

**REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**  
**SUMARIO Nº 66**  
**FECHA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2023**

**DIRECTOR**

Luis Enrique de la Villa Gil (Catedrático Emérito DTSS, Uam. Abogado).

**COMITÉ EJECUTIVO**

María Emilia Casas Baamonde (Catedrática Emérita DTSS, U. Complutense); Elías González-Posada Martínez (Catedrático DTSS, U. Valladolid); Antonio Ojeda Avilés (Catedrático (j) DTSS, U. Sevilla); Manuel Carlos Palomeque López (Catedrático Emérito DTSS, U. Salamanca); María Luisa Segoviano Astaburuaga (Magistrada del Tribunal Constitucional).

**SECRETARIO GENERAL**

Jose Ignacio García Ninet (Catedrático Emérito DTSS, U. Barcelona).

**CONSEJO ASESOR**

Mario Ackerman (Catedrático DT, U. de Buenos Aires, República Argentina); Catherine Barnard (Catedrática DT, U. Cambridge, Reino Unido); Wolfgang Däubler (Catedrático DT, U. Bremen, R.F. Alemana); Keith Ewing (Catedrático Dº. Púb. U. King's College de Londres, Reino Unido); Adrián Goldin (Catedrático DT, U. San Andrés de Buenos Aires, Rep. Argentina); Oscar Hernández Álvarez (Catedrático DT, U. Lisandro Alvarado, Barquisimeto, Venezuela); Antoine Jeammaud (Catedrático Emérito DT, U. Lyon 2, Francia); Patricia Kurczyn Villalobos (Catedrática DTSS, Unam, México); Cristina Mangarelli (Catedrática DTSS, U. de la República Montevideo, Uruguay); Carmelo Mesa Lago (Catedrático SS, U. Pittsburg, USA); Antonio Monteiro Fernandes (Catedrático DT, Instituto Superior de Ciencias do Trabalho e da Empresa, Portugal); Thereza Nahas (Jueza Tribunal de São Paulo y Acad. Brasileira de Direito do Trabalho, Brasil); Luca Nogler (Catedrático DT, U. Trento, Italia); Tonia Novitz (Catedrática de Derecho del Trabajo, U. Bristol, Reino Unido); Ann Numhauser (Catedrática DT, U. Lund, Suecia); Ana Mª. Orellana Cano (Magistrada. De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid); Danny Pieters (Catedrático DS, U. Lovaina, Bélgica); Rosa Quesada Segura (Catedrática Emérita DTSS, U. Málaga); Achim Seifert (Catedrático DT. U. Jena, R.F. Alemana); Jean Michel Servais (Ex-Director de la OIT y Profesor Visitante de las U. Girona, España y Lieja, Bélgica); Alfredo Villavicencio (Catedrático DT, U. Pontificia Católica de Lima, Perú).

**CONSEJO DE EVALUADORES EXTERNOS**

Tomás Sala Franco (Catedrático Emérito DTSS, U. Valencia); Luis Miguel Camps Ruíz (Catedrático (j) DTSS, U. Valencia); Antonio Vicente Sempere Navarro (Catedrático DTSS (s.e.) y Magistrado de la Sala 4ª TS); Gabriel García Becedas (Catedrático DST, Uam); Joaquín García Murcia (Catedrático DTSS, U. Complutense); Jesús Martínez Girón (Catedrático DTSS, U. A Coruña); Juan García Blasco (Catedrático DTSS, U. Zaragoza); Javier Gárate Castro (Catedrático DTSS, U. Santiago de Compostela); Ignacio García-Perrote Escartín (Catedrático DTSS (s.e.) y Magistrado de la Sala 4ª TS); José Luis Monereo Pérez (Catedrático DTSS, U. Granada); Margarita Ramos Quintana (Catedrática DTSS, U. La Laguna); Jesús Rafael Mercader Uguina (Catedrático DTSS, U. Carlos III, Madrid); Lourdes López Cumbre (Catedrática DTSS, U. Cantabria); María Nieves Moreno Vida (Catedrática DTSS, U. Granada); Ángel Blasco Pellicer (Catedrático DTSS (s.e.) y Magistrado de la Sala 4ª TS); Gloria Pilar Rojas Rivero (Catedrática DTSS, U. La Laguna); Sofía Olarte Encabo (Catedrática DTSS, Granada); José Luis Tortuero Plaza (Catedrático Emérito SS, U. Complutense); Juan Gorelli Hernández (Catedrático DTSS, U. Huelva); Arántzazu Vicente Palacio (Catedrática DTSS, U. Jaime I, Castellón); Jordi García Viña (Catedrático DTSS, U. Barcelona); Magdalena Nogueira Guastavino (Catedrática DTSS, Uam); Yolanda Valdeolivas García (Catedrática DTSS, Uam); Wilfredo Sanguinetti Raymond (Catedrático DTSS, U. Salamanca); Gregorio Tudela Cambronero (Catedrático DTSS, Uam); Ana de la Puebla Pinilla (Catedrática DTSS, Uam); María José Rodríguez Ramos (Catedrática DTSS, U. Sevilla); Cristina Sánchez-Rodas Navarro (Catedrática DTSS, U. Sevilla); Carmen Agut García

(Catedrática DTSS, U. Jaime I Castellón); Iciar Alzaga Ruíz (Catedrática DTSS, Uned, Madrid); David Lantarón Barquín (Catedrático DTSS, U. Cantabria); M<sup>a</sup> Luisa Molero Marañón (Catedrática DTSS, U. Rey Juan Carlos); Inmaculada Ballester Pastor (Catedrática DTSS, U. Jaime I, Castellón); Carmen Sánchez Trigueros (Catedrática DTSS, U. Murcia); Antonio Márquez Prieto (Catedrático DTSS, U. Málaga); Francisco A. Vila Tierno (Catedrático DTSS, U. Málaga); Lourdes Mella Méndez (Catedrática DTSS, U. Santiago de Compostela); Carmen Viqueira Pérez (Catedrática DTSS, U. Alicante); Ángel Arias Domínguez (Catedrático DTSS, U. Extremadura); Ángel Luis de Val Tena (Catedrático DTSS, U. Zaragoza); Julia López López (Catedrática DTSS, UPF, Barcelona); Amparo Garrigues Giménez (Catedrática DTSS, U. Jaime I, Castellón); Edurne Terradillos Ormaetxea (Catedrática DTSS, U. País Vasco, San Sebastián); Juan Bautista Vivero Serrano (Catedrático DTSS, U. Salamanca); Erik Monreal Bringsvaerd (Catedrático DTSS, U. Islas Baleares); Fernando Ballester Laguna (Catedrático DTSS, U. Alicante); Gemma Fabregat Monfort (Catedrática DTSS, U. Valencia); Olga Fotinopoulou Basurko (Catedrática DTSS, U. País Vasco, San Sebastián); Djamil Tony Kahale Carrillo (Catedrático DTSS, U. Politécnica Cartagena); Nancy Sirvent Hernández (Catedrática EU DTSS, Alicante); Francisco Javier Fernández Orrico (Catedrático DTSS, U. Elche); Borja Suárez Corujo (Prof. Tit. DTSS (s.e.), Uam); Irene Bajo García (Prof. Tit. DTSS, U. Alicante); Yolanda Maneiro Vázquez (Prof. Tit. DTSS, U. Santiago de Compostela); José María Miranda Boto (Prof. Tit. DTSS, U. Santiago de Compostela); Juan Antonio Altés Tárrega (Prof. Tit. DTSS, U. Valencia); María del Carmen Salcedo Beltrán (Prof. Tit. DTSS, U. Valencia); Noemí Serrano Arguello (Prof. Tit. DTSS, U. Valladolid); Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado (Prof. Tit. (Acred.) DTSS, U. Barcelona); María de Sande Pérez-Bedmar (Prof. Contratada Dra. DTSS (s.e.), Uam); Gema Quintero Lima (Prof. Contratada Dra. DTSS, U. Carlos III Madrid); Maravillas Espín Sáez (Prof. Contratada Dra. DTSS (s.e.), Uam); Eugenio Lanzadera Arencibia (Prof. DTSS, Udim); Esperanza Macarena Sierra Benítez (Prof. Contratada Dra. U. Sevilla); Francisco Trujillo Pons (Prof. Acred. Tit. DTSS, U. Jaime I); Carmen Solís Prieto (Prof. Dr. U. Extremadura); María Dolores Carrascosa Bermejo (Prof. Acred. Tit. DTSS, UCM, Asoc. Icade); Marina Revuelta García (Prof. Ayud. Doc. U. Cantabria); Mercedes Sánchez Castillo (Prof. Tit. DTSS, U. Miguel Hernández); María José Asquerino Lamparero (Prof. Contratada Dra. DTSS, U. Sevilla).

## **CONSEJO DE REDACCION**

Jaime Montalvo Correa (Catedrático Emérito DTSS, Uned, Madrid); Francisco Javier Prados de Reyes (Catedrático (j) DTSS, U. Granada); Jesús García Ortega (Catedrático DTSS, U. Valencia); M<sup>a</sup>. Teresa Igartua Miro (Catedrática DTSS, U. Sevilla); Pilar Rivas Vallejo (Catedrática DTSS, U. Barcelona); J. David Montoya Medina (Catedrático (Acred.) DTSS, U. Alicante); Carlos Hugo Preciado Doménech (Mag. TSJ-Cat.); José de Quintana Pellicer (Mag. (j), TSJ-Cat.); José Luis Carratalá Teruel (Mag. JS. Castellón); Juan Ramón Rivera Sánchez (Catedrático EU DTSS, Alicante); M<sup>a</sup>. José Nevado Fernández (Prof. Tit. DTSS, U. Salamanca); Milagros Alonso Bravo (Prof. Tit. DTSS, U. Valladolid); Ana Badiola Sánchez (Prof. Contratada Dra. DTSS, U. Cantabria); M<sup>a</sup> Ángeles Burgos Giner (Prof. Tit. (j) U. Jaime I, Castellón); Enrique Cabero Morán (Prof. Tit. DTSS, U. Salamanca); Miguel Canessa Montejo (Consultor Internacional. Perú); Rafael de Lorenzo García (Prof. Tit. Uned, Madrid); Pilar Madrid Yagüe (Letrada ISM, Madrid); Rafael Sastre Ibarreche (Prof. Tit. DTSS, U. Salamanca); Daniel Pérez del Prado (Prof. Tit. DTSS, U. Carlos III); M<sup>a</sup>. José Abella Mestanza (Prof. Tit. (j) DTSS U. Barcelona, Abogada); Gemma Gracia Alegría (Letrada INSS, Valencia); Raquel Rodríguez Izquierdo (Prof. Tit. EU DTSS, U. Barcelona); Diego de la Villa de la Serna (Abogado, ISS, Madrid); Ana Gómez Hernández (Abogada, Ceca Magán, Madrid, Pt<sup>a</sup>. Asnala); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Abogado, Hogan-Lovels, Madrid); Rosa Rodríguez Gutiérrez (Abogada, Roca Junyent, Madrid); Carlota Sotomayor Velasco (Abogada, Montero Aramburu, Madrid); Teresa Perea Montes (Abogada, Sepla, Madrid); Silvia Rodríguez-Rabadán Benito (Abogada, Madrid); Ana de la Villa Unciti (Abogada, Ecija, Madrid).

## **SECRETARÍA DE REDACCIÓN**

María Jesús Feliz Santos

## **COORDINACIÓN Y EDICIÓN**

Laura Pastor Marcos (lustel)

**PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL**, febrero, julio y noviembre

**DIRECTOR**

Luis Enrique de la Villa Gil (Catedrático Emérito DTSS, Uam. Abogado)

**SECRETARIO GENERAL**

José Ignacio García Ninet (Catedrático Emérito DTSS, U. Barcelona)

**N.º 66 NOVIEMBRE 2023**

**In Memoriam**

- Manuel Álvarez de la Rosa. (RI §426664)  
*Margarita Ramos Quintana y Gloria Rojas Rivero*

**ESTUDIOS**

- Decisiones automatizadas y discriminación en el trabajo.  
Automated decisions and discrimination at work (RI §426665)  
*Pilar Rivas Vallejo*
- Los agentes intermediadores a la luz de la Ley 3/2023, de empleo. Una nueva ecuación en la colaboración público-privada.  
Intermediary agents in the context of Law 3/2023 of employment. Background and outlook in public-private partnerships (RI §426666)  
*Susana Rodríguez Escanciano*
- Cuentas nocionales: ¿una propuesta válida para el debate?.  
Notional accounts: a valid proposal for the debate? (RI §426667)  
*Francisco Javier Hierro Hierro*
- Derechos sociales, derecho de la competencia y libertad de empresa.  
Social rights, competition law and business freedom (RI §426668)  
*Cristina Roy Pérez*
- Un análisis jurídico-laboral del frustrado "Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa".  
A labor-legal analysis of the frustrated "Status of people in non-work practical training in the field of the company" (RI §426669)  
*Josep Moreno Gené*

**FIRMA INVITADA**

- ¿Tiene futuro el Derecho del Trabajo alemán?  
Does the German labor Law have a future? (RI §426670)  
*Wolfgang Däubler*

## **COMENTARIOS DOCTRINALES**

- Novedades más sobresalientes del RDL 2/2023: las que acaban de llegar y las que, posiblemente, lleguen después.  
Most outstanding news of RDL 2/2023: those that just arrived and those that possibly arrive later  
Most outstanding news of RDL 2/2023: those that just arrived and those that possibly arrive later (RI §426671)  
*Inmaculada Ballester Pastor*
- Fibras mortales en la era moderna: el amianto y su impacto en la salud del siglo XXI.  
Deadly fibers in the modern era: asbestos and its impact on health in the 21st century (RI §426672)  
*Marcos Crespo Fernández*
- Sobre Franz Kafka y el amianto o asbesto.  
About Kafka and asbestos (RI §426673)  
*Luis Enrique de la Villa Gil*
- Implicaciones laborales de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. El papel de la negociación colectiva en la implantación y desarrollo de los canales internos de denuncia.  
Labor implications of Law 2/2023, about protection of people who report regulatory infringements and fight against corruption. The role of collective bargaining in the implementation and development of internal complaint channels (RI §426674)  
*José Manuel Pazó Argibay*
- Algoritmos, inteligencia artificial y condiciones de trabajo, ¿son compatibles?  
Algorithms, artificial intelligence and working conditions, are they compatible? (RI §426675)  
*Raquel Poquet Catalá*
- El accidente de trabajo: su consideración en el trabajo a distancia.  
Occupational accident: its status in remote working (RI §426676)  
*Juan Francisco Sáenz Pastor*

## **UNIÓN EUROPEA**

- Actualidad de la Unión Europea. De junio a septiembre de 2023.  
Social actuality of the European Union. June-September 2023 (RI §426677)  
*Daniel Pérez del Prado*
- La dimensión social de la Unión Europea: apuntes en el contexto de la Presidencia española del Consejo.

The social dimension of the European Union: notes in the context of the Spanish Presidency of the Council (RI §426678)  
*Tatsiana Ushakova*

## **DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS**

- Doctrina constitucional española y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pronunciamientos socio-laborales en el periodo mayo-agosto 2023.  
Spanish constitutional doctrine and of the Court of Justice of the European Union. Socio-labour pronouncements (RI §426679)  
*José Ignacio García Ninet*

## **JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL**

- La obtención de prueba a través de la actividad de detectives privados: la nulidad de la fuente de prueba y la calificación del despido. Comentario a la STS de 12 de septiembre de 2023.  
Obtaining evidence through private detective activity: nullity of the source of evidence and the dismissal qualification. STS of September 12, 2022 (RCUD 2261/2022) (RI §426680)  
*Elena García Testal*
- La consideración de los trabajadores fijos discontinuos como trabajadores a tiempo parcial y sus posibles consecuencias. Comentario a STSJ-Galicia de 15 de septiembre de 2023.  
The consideration of discontinuous fixed workers as part-time workers and its possible consequences after the Judgment of the High Court of Justice of Galicia, of September 15, 2023 (RI §426681)  
*Francisco Javier Arrieta Idiakez*
- Consumo de sustancias estupefacientes durante la prestación laboral del conductor de transporte de viajeros por carretera. Comentario a la STS de 21 de febrero de 2023.  
The consumption of narcotic substances during the work of a road passenger transport driver. Commentary on the Judgment of the Supreme Court (social division) No. 149/2023 dated 21 February 2023 (RI §426682)  
*Carlota Sotomayor Velasco*
- Calificación y efectos de las pausas para ir al baño y las interrupciones por cortes de luz e internet en el teletrabajo bajo el marco del trabajo efectivo y el tiempo de descanso. Comentario a la STS de 19 de septiembre de 2023.  
Qualification and effects of bathroom breaks and interruptions due to power and internet outages in telework under the framework of effective work and rest time (RI §426683)  
*Raquel Coterillo Laso*

## **MAESTROS ESPAÑOLES DEL DERECHO DEL TRABAJO**

- La obra científica del profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. (RI §426684)  
*Jesús Cruz Villalón*

## **DERECHO COMPARADO**

- Teletrabajo transnacional y nómadas digitales. Primeras reflexiones sobre un proyecto de ley con trámite parlamentario.  
Transnational telework and digital nomads. First thoughts on a bill that is currently being discussed at congress (RI §426685)  
*Juan Ángel Confalonieri*

# IN MEMORIAM

MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

Por

MARGARITA RAMOS QUINTANA / GLORIA ROJAS RIVERO  
Catedráticas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de La Laguna

[miramos@ull.edu.es/grojas@ull.edu.es](mailto:miramos@ull.edu.es/grojas@ull.edu.es)

*Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

*“Sin esperanza no hay ética posible si concebimos la ética  
como un proyecto de vida y sociedad mejores”*

Victoria Camps

El pasado 2 de noviembre de este año 2023 fallecía el profesor Manuel Álvarez de la Rosa, quien fue catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de La Laguna hasta el año 2015, abogado de reconocido prestigio y figura vital en nuestras respectivas carreras universitarias.

Su trayectoria académica se inició en el año 1970, de modo que durante 45 años ejerció su magisterio en esta universidad dejando tras de sí un recuerdo imborrable entre múltiples generaciones de juristas que tuvieron el privilegio de disfrutar de la pasión con que ejercía su labor docente. Para él, solo la universidad era -en medio de este mundo- un particular reducto donde es posible acceder al más alto nivel de conocimiento, pese a la crisis cuasi permanente de sus estructuras y funciones, así como de sus propias contradicciones internas.

De carácter animoso y afable, dotado de una personalidad arrolladora, el campo de la investigación constituía para él una especie de estímulo vital continuo y permanente. La lectura voraz de libros, ensayos, artículos y en general de los recursos de la producción científica fueron esculpiendo en él un carácter de “jurista de oficio”: acometía con brillante intuición proyectos que inicialmente nos presentaba desde lo que él solía denominar “olfato jurídico”. A partir de ahí, se adentraba con plena solvencia en amplias y profundas indagaciones derivadas de la diversidad de fuentes -manejadas siempre de

forma integrada bajo la inspiración de un especial sentido crítico- hasta construir una obra en que una vez pasado el tiempo presentaba como culminada, en una especie de exhibición de un sorprendente entusiasmo juvenil ante la misión cumplida. Así trabajaba. Incansablemente.

Resulta innecesario reproducir aquí su vasta producción científica -hoy, al alcance de cualquiera en la red-, pero sí queremos destacar con cuánta ilusión emprendió en 1992, junto con el profesor Palomeque López, la elaboración del conocido manual *Derecho del Trabajo*, el cual alcanzó en 2022 su trigésima edición, con despedida incluida y cierre final del mismo por parte de ambos autores. Tres décadas observando al Derecho del Trabajo en sus ropajes más recientes, soportando con paciencia estoica las vicisitudes legislativas intensas y a veces abruptas, no siempre dotadas del rigor técnico que debieran presentar sus contenidos de forma coherente y comprensible, algo de lo que frecuentemente se quejaba. Esta experiencia intelectual, de treinta años de trabajo compartido, ha sido uno de sus logros más destacados pues constituyó el hilo invisible de la profunda admiración y cariño que mutuamente ambos maestros se regalaban desde mucho antes. Asimismo, podríamos referir sus interesantes monografías, de las que particularmente aquí cabe citar la que sería ya la última, titulada *El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo*, primorosamente editada por Comares en el año 2020, y que tuvo por objeto delimitar la igualdad en su triple dimensión: como valor moral, como principio y como derecho, proyectando su alcance de conformidad con lo establecido en la CE.

Lector empedernido y hombre de amplísima cultura, sus recomendaciones literarias eran mayoritariamente muy atinadas -de algunas de ellas participamos en alegre conversación en almuerzos que frecuentemente organizábamos en un restaurante con terraza en La Laguna, cuando no en Madrid, especialmente en compañía de Ignacio García-Perrote y Jesús Mercader, con quien Manolo mantuvo una larga y provechosa amistad de muchos años y de quienes él mismo nos desvelaba (de ambos) sus grandes logros intelectuales que valoraba sobremanera. Asimismo, cultivó una bonita amistad con María Emilia Casas, especialmente a partir de la obtención de la cátedra en el año 1992, en cuyo tribunal ella participó, lo que fue determinante para la consolidación de una relación académica y personal perdurable en el tiempo. En esos escenarios de encuentros y reuniones con sus amistades, Manolo desplegaba una conversación animada y plagada de referencias culturales, jurídicas y filosóficas que hacían del momento un espacio especialmente atractivo y buscado por quienes teníamos la suerte de contar con su afecto.

Esa personalidad lo convirtió en un conferenciante muy reclamado en Congresos, Seminarios, Jornadas y Cursos tanto en universidades españolas como extranjeras,



manteniendo un vínculo especial con las de América del Sur donde encontró amigos tan valiosos y perennes para él como Humberto Villasmil, quien le proporcionó contactos directos en la OIT que eran muy de su agrado y con universidades de aquel continente. No podemos dejar de destacar sus especiales vínculos con la Escuela de Salamanca liderada por su maestro el profesor Palomeque, germen de creación de una corriente de pensamiento en el iuslaboralismo que a Manolo le aportó un especial sentido crítico del Derecho y sus relaciones con la Justicia y la Política: el Derecho del Trabajo como herramienta del Estado para la composición del conflicto base de la sociedad postindustrial, el conflicto capital-trabajo. La norma laboral como opción ideológica en el entramado interno del ordenamiento jurídico.

Siquiera sea brevemente, debemos dejar constancia de su compromiso político e institucional, ocupando cargos como el de Consejero de la Presidencia del Gobierno de Canarias durante la presidencia de Jerónimo Saavedra (1983-1987) o en el ámbito universitario, habiendo sido Secretario General de la Universidad de La Laguna en los años comprendidos entre 1980 y 1985. Igualmente, en su faceta de abogado se mantuvo en el ejercicio hasta algunos meses antes de que la enfermedad le arrebatara su entusiasmo por acudir al despacho, siendo un referente en el ámbito de la negociación colectiva en Canarias y muñidor de algunos acuerdos sectoriales a nivel estatal.

En su haber han quedado ocho monografías científicas -excluyendo de tal cómputo su ameno libro rindiendo homenaje a uno de sus personajes históricos favoritos, *De Gaulle, un retrato de Francia* (2006)-, una cincuentena de aportaciones a obras colectivas y numerosos artículos científicos publicados en revista de alto impacto. A través de su magisterio, nos ha transmitido lo que en síntesis podríamos denominar “un modo de aproximación al Derecho” consistente en un doble elemento nuclear: un método impecable de manejo de las fuentes del Derecho y un sistema en el cual el Derecho es observado como un todo en el que no hay compartimentos estancos (la construcción de Luhmann le era muy apreciada y la invocaba habitualmente “para resolver problemas” - como a él le gustaba decir-). Entre sus últimos proyectos de envergadura cabe citar su compromiso con el impulso y promoción de la revista *Trabajo y Derecho*, formando parte de su Consejo de Dirección hasta prácticamente el último de los números que saldrá ya publicado tristemente después de su fallecimiento.

Manolo se sentía orgulloso de quienes hacemos Derecho del Trabajo en la Universidad de La Laguna, para nosotras y todos los que aquí trabajamos, siempre fue un honor ir a su lado en los distintos eventos académicos; nos servía de modelo, nos dio siempre confianza y valiosos consejos. Llegar a ser como él, alcanzar su altura intelectual, se nos planteó a todos como un reto que parecía, y sin duda lo ha sido, inalcanzable. ¡Qué grande Manolo!

Con esa grandeza suya, agradecidas por la formidable ocasión que nos brindó la vida de haber contado con su sabiduría y su compañía hasta el último momento, afrontamos el sentimiento de ausencia y pesar con el mejor homenaje que podemos hacerle, el de tratar de dar continuidad a su legado, seguir la estela de su camino andado y mantener encendida la llama de la vocación por la universidad, por la literatura y por la honradez intelectual.

Queremos agradecer el ofrecimiento del profesor Luis Enrique de la Villa Gil -con quien sostuvo una prolongada relación de afecto y amistad- para publicar en esta prestigiosa revista, nuestro obituario, de la figura del profesor Álvarez de la Rosa.

# ESTUDIOS

## DECISIONES AUTOMATIZADAS Y DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO

Por

PILAR RIVAS VALLEJO  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Barcelona

[pilar.rivas.vallejo@ub.edu](mailto:pilar.rivas.vallejo@ub.edu)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

**RESUMEN:** Las decisiones automatizadas, es decir, producto de recomendaciones o predicciones fruto de la intervención de sistemas de inteligencia artificial alimentadas con datos masivos, se están utilizando para la gestión de las relaciones de trabajo. Pero su uso no está exento de riesgos, y el principal de ellos es el del impacto discriminatorio provocado por los sesgos que pueden incorporar en su diseño o aprendizaje y en su aplicación, ampliado como efecto de su intrínseca opacidad y escasa motivación, junto con su aparente neutralidad e infalibilidad. Su irrupción en la realidad de las relaciones de trabajo puede ocasionar problemas de discriminación de personas, colectivos y situaciones que tanto la ciencia de la inteligencia artificial como el derecho deben mitigar y evitar. Este trabajo se centra en analizar el impacto discriminatorio del uso de algoritmos o mecanismos automatizados de decisión para la gestión del trabajo y la selección de personal -llamada discriminación algorítmica- desde la perspectiva jurídica, para detectar los focos de dicho riesgo, identificar la discriminación y su calificación jurídica en cada caso, y analizar las respuestas correctoras desde el derecho y el plano de la responsabilidad por discriminación en el trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Decisiones automatizadas; discriminación algorítmica; perfilación; inteligencia artificial; work analytics.

**SUMARIO:** I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO.- 1. Automatización de decisiones e inteligencia artificial.- 2. ¿Por qué nos alarman tanto las decisiones automatizadas?.- 3. Interrelaciones y equivalencias conceptuales entre lenguaje jurídico y computacional.- II. DECISIONES AUTOMATIZADAS PARA LA GESTIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO.- 1. Analítica de gestión.- 2. Sesgos discriminatorios en el reclutamiento derivados de la IA.- 3. Vigilancia y evaluación del desempeño en el trabajo.- III. DETECCIÓN DE DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA.- 1. Insuficiencia del derecho antidiscriminatorio.- 2. Discriminación múltiple e interseccionalidad.- 3. Disfunciones entre los conceptos de sesgo algorítmico y discriminación por asociación, por error o discriminación múltiple.- 4. Valoración de las decisiones automatizadas como discriminatorias.- 4.1. ¿Es relevante conocer cómo actúa un algoritmo para calificar su impacto como discriminatorio?.- 4.2. Impacto discriminatorio de los algoritmos.- 4.3. Calificación como discriminación directa o indirecta.- IV. PROTECCIÓN OTORGADA POR EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO.- 1. Marcos normativos que abordan la opacidad de las decisiones automatizadas.- 2. Acceso y explicabilidad de los algoritmos.- 2.1. Derecho a la explicabilidad y acceso al razonamiento subyacente.- 2.2. Intervención humana significativa.- 2.3. Acceso a la motivación y derechos de propiedad intelectual.- V. ACREDITACIÓN Y PRUEBA DE DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA.- 1. En el caso de sesgos algorítmicos.- 2. En el caso de

discriminación múltiple y/o interseccional.- VI. REFLEXIONES FINALES EN TORNO AL IMPACTO DE LA FUTURA LEGISLACIÓN SOBRE IA.- VII. REFERENCIAS.

## **AUTOMATED DECISIONS AND DISCRIMINATION AT WORK**

**ABSTRACT:** Automated decisions, that is, the product of recommendations or predictions resulting from the intervention of artificial intelligence data driven systems, are being used to manage work relationships. But their use is not free of risks: the main one is the discriminatory impact caused by the biases that can be incorporated in their design or machine learning and in their application, amplified as an effect of their opacity and low motivation, together with their apparent neutrality and infallibility. Its irruption in the reality of labour relations can cause problems of discrimination of people, groups and situations that both the science of artificial intelligence and the law must mitigate and avoid. This paper focuses on analyzing the discriminatory impact of the use of algorithms or automated decision-making mechanisms for work management and personnel selection -called algorithmic discrimination- from a legal perspective, to detect sources of that risk, identify discrimination and its legal qualification in each case, and also to analyze the corrective responses from the law and the responsibility for discrimination at work.

**KEYWORDS:** Automated decisions; algorithmic discrimination; profiling; artificial intelligence; work analytics.

**SUMMARY:** I. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW.- 1. Automated decisions and artificial intelligence.- 2. Why are we so alarmed about automated decisions?.- 3. Interrelations and conceptual equivalences between legal and computational language.- II. AUTOMATED DECISIONS FOR THE MANAGEMENT OF WORK FORCE.- 1. Management analytics. 2. Discriminatory biases in recruitment derived from AI.- 3. Monitoring and evaluation of work performance.- III. ALGORITHMIC DISCRIMINATION DETECTION.- 1. Insufficiency of the anti-discrimination law. 2.1. Multiple discrimination and intersectionality.- 2.2. Dysfunctions between the concepts of algorithmic bias and discrimination by association, by error or multiple discrimination.- 3. Assessment of automated decisions as discriminatory.- 3.1. Is it relevant knowing how an algorithm works to classify its impact as discriminatory?.- 3.2. Discriminatory impact of algorithms.- 3.3. Classification as direct or indirect discrimination.- IV. PROTECTION GRANTED BY THE ANTI-DISCRIMINATORY LAW.- 1. Regulatory frameworks that address the opacity of automated decisions.- 2. Access and explainability of algorithms.- 2.1. Right to explainability and access to underlying reasoning.- 2.2. Significant human intervention.- 2.3. Access to motivation and intellectual property rights.- V. PROOF OF ALGORITHMIC DISCRIMINATION. 1. In the case of algorithmic biases. 2. In the case of multiple and/or intersectional discrimination.- VI. FINAL THOUGHTS ON THE IMPACT OF FUTURE AI LEGISLATION.- VII. REFERENCES.

## **I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO**

### **1. Automatización de decisiones e inteligencia artificial**

La inteligencia artificial (IA) pone al servicio de la gestión distintas herramientas, cuya virtualidad reside en la simplificación de procesos de gestión, con la consiguiente reducción de costes temporales y económicos. También las gestiones que afectan al ámbito del trabajo (y de las prestaciones de la Seguridad social) están colonizadas por modelos matemáticos que automatizan la cadena de decisiones y asisten en su adopción.

Se conoce como “derecho informático” o “informática jurídica” a la disciplina jurídica que aborda el impacto jurídico del uso de la informática, y se emplea el término anglosajón “legal tech” para hacer referencia a la tecnología puesta al servicio del derecho<sup>1</sup>. Pero, más recientemente, se viene denominando “derecho computacional”, o su versión anglosajona más extendida “Computational law”, a una emergente subrama de tal disciplina dedicada al estudio de la automatización del razonamiento jurídico<sup>2</sup>, si bien se centra en el desarrollo e implementación de sistemas informáticos capaces de evaluar, facilitar o aplicar el derecho<sup>3</sup>, por lo que no abarca en realidad todas las formulaciones de la automatización de decisiones con efectos jurídicos, sino aquellas que nacen con tal vocación. Es el caso de los procesos administrativos automatizados, donde se inscribirían algunos de los que ya se están ensayando para simplificar y mejorar la eficacia de algunos procesos públicos entre los que se encuentran la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o el reconocimiento de ayudas públicas o el acompañamiento de trabajadores en su itinerario formativo de inserción laboral por parte del Servicio Público de Empleo. También incluye otros enfoques abordados por la doctrina especializada (cfr. M. Hildebrandt<sup>4</sup>): tanto el procesamiento del lenguaje natural para la búsqueda y la predicción jurídica cuantificada a partir de datos masivos, como el software para procesar la automatización de decisiones jurídicas a partir de la codificación de órdenes.

Los modelos que pretenden emular la inteligencia humana usando la experiencia humana, previa transformación de esta en datos, para predecir comportamientos o eventos o para extraer conclusiones que sirvan para elaborar recomendaciones o buscar soluciones, sistemas de IA, utilizan para ello datos masivos (*data driven law*). A tal fin emplean, entre otros, principalmente el método del aprendizaje automático (sistema que aprende de la actividad realizada y de sus propios errores, a la vez que extraen conocimiento, que puede proceder de datos masivos)<sup>5</sup>. La secuenciación de un

---

<sup>1</sup> Barrio Andrés, M., *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*. Wolters Kluwer, 2019.

<sup>2</sup> Genesereth, M., «What is Computational Law?», *Complaw Corner*, Codex: The Stanford Center for Legal Informatics, 2021, <https://law.stanford.edu/2021/03/10/what-is-computational-law/>.

<sup>3</sup> Wyner, A., «An ontology in OWL for legal case-based reasoning», *Artificial Intelligence and Law*, vol.16, núm. 4, pp. 361-387, doi: [10.1007/s10506-008-9070-8](https://doi.org/10.1007/s10506-008-9070-8).

<sup>4</sup> Vid. <https://www.cohubicol.com/about/research-team/>.

<sup>5</sup> Como señala Torra (Torra, V., «La inteligencia artificial». *Lychnos*, Cuadernos de la Fundación General CSIC, núm. 7, 2011, [https://fgcsic.es/lychnos/es\\_es/articulos/inteligencia\\_artificial#DEST1](https://fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/inteligencia_artificial#DEST1)), existen varios puntos confluyentes en la definición de la inteligencia artificial, junto con el lenguaje natural o el reconocimiento del habla, entre otros: 1) la resolución de problemas; 2) la representación del conocimiento, incorporando conocimiento del ámbito donde debe aplicarse el sistema en cuestión; 3) el aprendizaje automático; y 4) la inteligencia artificial distribuida con capacidad para tomar decisiones e interactuar con otros programas.

determinado proceso para adoptar una decisión puede también funcionar sin alimentación por datos, en cuanto simplemente requiera del análisis de cada caso y no de un espectro amplio, por lo que tal sistema podrá diseñarse para exigir el cumplimiento de determinadas condiciones como un modelo binario (sí/no) capaz de determinar en cada supuesto si lo que se somete a su consideración cumple la expectativa exigible previamente tasada (v.g. los requisitos para el acceso a una prestación o beneficio público), y por ello se denomina “sistema de código” (*code-driven law*). Obviamente, las implicaciones del uso de una tipología u otra (referidas a mecanismos habitualmente utilizados en el ámbito de la gestión del trabajo o las prestaciones públicas) son muy dispares entre sí, pues, mientras en el modelo alimentado por datos masivos los riesgos pueden ser de diverso origen (incorporación de sesgos, prejuicios, además de errores en la selección o etiquetado de los datos, entre otros), en el segundo modelo tales riesgos son también menos complejos, pero no por ello inexistentes.

En ambos casos cabe hablar de “decisiones automatizadas”, que puedan presentar características comunes de opacidad y falta de motivación. Los modelos alimentados por datos masivos se exponen a la creación de bolsas de discriminación presentes en los sesgos de los datos que alimentan el modelo y que acaban provocando su réplica al servir para el autoaprendizaje del propio sistema: el llamado aprendizaje automático, pero también provenientes de errores en su procesamiento. Lo cierto es que la generalización de los modelos de decisiones automatizados trae consigo una transformación tanto de la forma como se presentan las decisiones con efectos jurídicos sobre las personas como de la oposición o impugnación a las mismas. Y así, según sostiene Hildebrandt, nos hallamos ante una “metamorfosis del derecho”, pues el procesamiento computacional altera las reglas del juego conocidas hasta hoy. De ahí que la citada autora y su equipo planteen en su investigación que esta transformación podría serlo asimismo del propio estado de derecho<sup>6</sup>. En cualquier caso, representan una amenaza para los derechos fundamentales.

No existe una definición universal de inteligencia artificial (IA), porque tampoco se trata de una realidad unívoca<sup>7</sup>, además de hallarse aún en construcción. Sin embargo, sí puede constatarse un cierto consenso en el ámbito jurídico que permita aludir a una única realidad como fuente de efectos jurídicos, frente a los que reaccionar en cada ámbito del derecho, según las necesidades surgidas de la dimensión del problema al que enfrentarse. Así, se puede contar con una variedad de definiciones -jurídicas- que dan soporte a un conjunto de problemas y soluciones comunes que el uso de las distintas

---

<sup>6</sup> Además de la bibliografía que se citará más adelante, vid. <https://www.cohubicol.com/about/>.

<sup>7</sup> Torra, V., op. cit.

formas adoptadas por el avance científico de la IA está provocando o es susceptible de provocar en la realidad social regida por el derecho, donde puede ubicarse el impacto sobre la gestión del trabajo en sus distintas dimensiones, desde la selección y contratación hasta la terminación de la relación laboral<sup>8</sup>.

Así pues, partiendo de estas aproximaciones del mundo del derecho, pueden consultarse distintas definiciones que permiten codificar tal realidad y su impacto jurídico. Entre ellas puede destacarse la que proporciona un proyecto de norma del ámbito europeo: la propuesta de Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea (UE), pero no es la única. A continuación, se mencionarán algunas de ellas, con el propósito de sentar el eje de referencia aplicable al abordaje de la problemática que los mecanismos de adopción de decisiones basados en IA provocan en el ámbito del trabajo.

Inteligencia artificial es el *conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las capacidades cognitivas de los seres humanos (Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno, de 4 de diciembre de 2018)*. Para el Consejo Económico y Social Europeo, es la “disciplina que se propone utilizar las tecnologías digitales para crear sistemas capaces de reproducir de forma autónoma las funciones cognitivas humanas, incluyendo en particular la captación de datos, una forma de comprensión y adaptación (resolución de problemas, razonamiento automático y aprendizaje)” (Dictamen sobre *Inteligencia artificial: anticipando su impacto en el trabajo para asegurar una transición justa*, punto 2.2).

La propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial de 21 de abril de 2021<sup>9</sup> (en su versión actual de 14 de junio de 2023<sup>10</sup> incorpora el concepto a los efectos de dicha legislación, asimilándolo a “sistema autónomo” (mientras que su primera versión se refería a “software” compuesto por varios elementos en forma de algoritmos<sup>11</sup>). El art. 3 (sobre definiciones) establece que «un 'sistema de inteligencia artificial' (sistema de IA) es un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con

---

<sup>8</sup> Duggan, J., «Algorithmic management and app-work in the gig-economy: A research agenda for employment relations and HRM», *Human Resource Management Journal*, Vol. 30, p.114-132, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1748-8583.12258>.

<sup>9</sup> Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) y se modifican determinados efectos legislativos de la Unión {SEC(2021) 167 final}- {SWD(2021) 84 final}-{SWD(2021) 85 final}, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC\\_1](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1) y [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF).

<sup>10</sup> En [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html).

<sup>11</sup> Ebers, M., «Ethical and legal challenges», en *Algorithms and Law*. Ebers, M. y Navas, S. (dirs.). Cambridge University Press, 2020, p. 40.

diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida -como predicciones, recomendaciones o decisiones- que influya en entornos reales o virtuales». En su versión de 14/6/2023, el considerando 6 bis define el aprendizaje automático como el proceso informático de optimizar los parámetros del modelo a partir de los datos para generar información de salida a partir de los datos de entrada, y afirma tener como objetivo la delegación del control de tales sistemas de IA, sobre todo en aquellos capaces de evolucionar (o autocorregirse por aprendizaje). El riesgo de estos es la difícil conexión entre ambos puntos, de entrada y de salida, para la comprensión humana, lo que repercute en su complejidad para supervisarlos y rastrearlos, en definitiva, para indagar en su explicabilidad y abordar su rendición de cuentas. Y, si bien otras técnicas matemáticas ofrecen menos riesgos en este terreno, lo cierto es que los sistemas de IA combinan distintas técnicas, por lo que no se mitigan los peligros. En la versión previa al establecimiento del diálogo que ha de preceder a la adopción de la norma, todavía sin fecha definida pero sí próxima, se incorporan sistemas que, tras la redacción de la propuesta en 2021, han causado gran alarma social, sobre todo en el ámbito de la información y de la creación artística y científica, con proyección específica en la enseñanza: los modelos fundacionales que no usan datos etiquetados y los sistemas generativos (el más conocido actualmente, ChatGPT, de Open AI).

Existen otros elementos que interactúan en el funcionamiento de la inteligencia artificial en el sentido que se analizará y cuyo concepto, por tanto, también conviene apuntar, para una mejor comprensión de la forma en que actúan y de su impacto jurídico, así como a efectos de plantear su corrección desde este mismo plano. Entre ellos, resultan de interés los de ciencia de datos, datos masivos, minería de datos o analítica de personas (por su aplicación a la analítica del trabajo y de los negocios). Por supuesto, en este conjunto conceptual ocupa un lugar prioritario la técnica basada en IA que funciona con datos masivos: el aprendizaje automático y su sistema mejorado, el aprendizaje profundo, sobre los que resulta especialmente relevante conocer, grosso modo, en qué medida las decisiones de recomendación o de decisión final que producen impactan sobre la esfera del trabajo y, en particular, la de los derechos de las personas vinculadas por un contrato de trabajo y afectadas, por consiguiente, por tales decisiones.

En primer lugar, la “ciencia de datos” es la disciplina computacional responsable del procesamiento de datos masivos (*big data*) en todas sus fases, comenzando por su recopilación mediante diversas técnicas (por ejemplo, minería de datos y “minería de realidad” -*reality mining*-), y para diferentes finalidades, como la predicción<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup>La datificación permite construir predicciones a partir de la acumulación de datos y su cuantificación, pero también aumenta el margen de inexactitud. «Archivar un fenómeno es ponerlo en un formato cuantificado para poder tabularlo y analizarlo» (Mayer-Schönberger, V. y Cukier, K.,



Por otra parte, se entiende por tratamiento de datos personales “cualquier operación o conjunto de operaciones que se realice sobre datos personales, como la recogida, el almacenamiento, el registro, la alteración, la recuperación, la divulgación, la puesta a disposición, la supresión, la destrucción o la realización de operaciones lógicas y/o operaciones aritméticas sobre dichos datos” (art. 2(b) del Convenio 108 del Consejo de Europa, *para la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento Automatizado de Datos Personales*, 1981<sup>13</sup>).

El modelo de IA que suscita mayor interés jurídico es aquel que puede detectar patrones de comportamiento e inferir conclusiones a partir de grandes conjuntos de datos y realizar predicciones de alta precisión aplicables para la recomendación o adopción de diferentes decisiones comerciales y empresariales. Se trata del *aprendizaje automático*, o “el conjunto de técnicas que aprenden a encontrar patrones sin instrucciones (“la rama de la IA relacionada con la función de aprender a partir de la experiencia”<sup>14</sup>). Sin embargo, en tanto que su diseño y aplicación implica el previo procesamiento de órdenes y datos, está abierto a la manipulación en su sentido más amplio, es decir, se encuentra condicionado por decisiones previas relativas a distintos factores implicados en la “datificación”, como la forma en que se etiquetan los datos, los datos que se eligen (pues pueden estar incompletos, o ser sesgados o insuficientes y poco representativos o mal etiquetados), la forma como analizan los datos los algoritmos<sup>15</sup> (errores de interpretación, sesgos de confirmación, etc.)... presentando en definitiva la realidad de una determinada forma<sup>16</sup> que no tiene por qué ser estrictamente fiel. Por otra parte, se trata de modelos con base opaca, especialmente porque se trata en buena medida de software de código cerrado o de un “sistema de caja negra”<sup>17</sup>, cuya

---

*Big Data*. Turner. Madrid, 2013, [Big - data.- La - revolucion - de - los - datos - masivos - Noema - Edición en español - Viktor - Mayer - Schonberger - Kenneth - Cukier.pdf](#), p . 37).

<sup>13</sup>Vid. Consejo de Europa, *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications*, Committee of experts on internet intermediaries, MSI-NET(2016)06 rev6, <https://rm.coe.int/study-hr-dimension-of-automated-data-processing-incl-algorithms/168075b94a>.

<sup>14</sup>Pujol, O., «The concept of ‘artificial intelligence’. Opacity and societal impact», en *Artificial Intelligence and the law*, García Mexía, P. y Pérez Bes, F. (dirs.), 2021, p. 8.

<sup>15</sup>Pasquale, F., *New laws of robotics: defending human expertise in the age of AI*, The Belknap Press, 2020, p. 21

<sup>16</sup>Bucher, T., *If... Then: Algorithmic Power and Politics*, Oxford University Press, 2018, DOI: 10.1093/oso/9780190493028.001.0001.

<sup>17</sup>Slavin, K., «Cómo los algoritmos configuran nuestro mundo», TED Talks, 2011, [https://www.ted.com/talks/kevin\\_slavin\\_how\\_algorithms\\_shape\\_our\\_world?language=es](https://www.ted.com/talks/kevin_slavin_how_algorithms_shape_our_world?language=es). Según Burrell (Burrell, J., «How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms», *Big Data & Society*, vol. 3, núm. 1, 2016, <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>), la opacidad se fundamenta en tres razones: el secreto corporativo o público deliberado, la ignorancia técnica del proceso funcional y el diseño del modelo y el desajuste entre la optimización matemática y la interpretación semántica de los datos.

complejidad se basa en la interacción entre datos y código<sup>18</sup> y su trascendencia jurídica en la *poderosa legitimidad*<sup>19</sup> de las conclusiones que generan los algoritmos, pese al desconocimiento del nexo de conexión entre el origen de la decisión o elección proporcionada o *la razón por la que cree que esta es la mejor opción* (lo que puede provocar predicciones erróneas inadvertidas). Estos influyen no solo en nuestras decisiones, sino en las decisiones que los demás toman sobre nosotros, promoviendo unas en detrimento de otras<sup>20</sup>, sin que resulte accesible la detección del sesgo y consiguiente decisión discriminatoria. La razón que subyace en la decisión (automatizada) es particularmente relevante desde la perspectiva jurídica, no sólo a los efectos de justificar su legalidad, sino en la determinación de su validez desde el derecho antidiscriminatorio.

## 2. ¿Por qué nos alarman tanto las decisiones automatizadas?

Las decisiones automatizadas, es decir, producto de recomendaciones o predicciones fruto de la intervención de sistemas de inteligencia artificial alimentadas con datos masivos, están dotadas de una apariencia de objetividad e infalibilidad, que las presenta como mecanismos idóneos para objetivar decisiones (alejándolas de la subjetividad humana y con ello la discrecionalidad o arbitrariedad que suele impregnar procesos de decisión que afectan a personas) y, simultáneamente, dotarlas de la mayor precisión, al tiempo que proyectan un aura de neutralidad que reduzca su cuestionabilidad.

Esta conjunción de características de las que están dotados los sistemas automatizados provoca un efecto perverso, ya descrito, respecto de la opacidad que envuelve a la decisión adoptada y de su impugnabilidad. Este riesgo se anuda a que, a diferencia de las decisiones humanas, que, a menudo, se perciben como discrecionales o penetradas por prejuicios sociales (junto a un conjunto de factores que influyen en los humanos que las adoptan), las decisiones automatizadas, *a priori*, no se perciben como erróneas o subjetivas, sino que generan la falsa impresión de precisión y objetividad, aunque se desconozca el proceso o cadena decisional que ha conducido a su adopción. Pero, al mismo tiempo, desde el derecho toda decisión resulta cuestionable, en cuanto

---

<sup>18</sup>Burrell, J., *Ibid.*

<sup>19</sup> Gillespie, T., «Algorithm». En *Digital Keywords: A Vocabulary of Information Society and Culture*, ed B. Peters (Princeton, NJ: Princeton University Press), 2016, DOI: 10.1515/9781400880553-004.

<sup>20</sup> Mackenzie, A., *Machine Learners: Archaeology of Data Practice*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2017 y Laaksonen, SM.; Haapoja, J.; Kinnunen, T; Nelimarkka, M, y Pöyhtäri, R., «The Datafication of hate: expectations and challenges in automated hate speech monitoring». *Front. Big Data*, 2/5/2020, <https://doi.org/10.3389/fdata.2020.00003>.

es susceptible de oposición, lo que justifica, asimismo, su inherente motivación, exigible no solo en las decisiones administrativas, sino también en las privadas.

Cuando se establece el necesario diálogo entre las disciplinas científicas implicadas en la realidad que se analiza, desde el ámbito de las ciencias de la computación sus expertos preguntan a los juristas por qué exigen a un sistema de IA la motivación que no reclaman con la misma vehemencia a los humanos cuando toman decisiones de igual calado. Esta es una premisa falsa, puesto que la motivación es requisito *sine qua non* de la validez de las decisiones, incluso en el ámbito privado, toda vez que constituye el presupuesto para la admisión de las decisiones empresariales, especialmente en el ámbito de la igualdad y el derecho a la no discriminación, considerando que es principio de la legislación laboral que la empresa debe motivar las decisiones aparentemente discriminatorias o nulas por motivos diferentes a la vulneración de derechos fundamentales (v.g. extinción del contrato por causas objetivas) para evitar su nulidad cuando su validez sea cuestionada. Si bien es cierto que el grado de exigencia legal de la motivación difiere según los casos, y sólo es objeto de estricto escrutinio cuando se judicializa la disconformidad con la decisión, no es menos cierto que este régimen jurídico se aplica por igual a las decisiones humanas que a las que son intermediadas por mecanismos automatizados o adoptadas por tales sistemas de manera totalmente autónoma. Pero es igualmente innegable que la forma, tanto de ofrecer la debida explicación (y su correlativa comprensión por quien la solicita) como de impugnarla, difieren en ambos casos.

Así, mientras que en las decisiones adoptadas “al modo tradicional” resulta lógico en el común de los casos entender como suficiente (no por ello válido ni legal según las circunstancias concurrentes), un razonamiento simple de los motivos de la decisión (v.g. “hemos seleccionado al candidato con mejor currículum vitae, que acredita el conocimiento de tres idiomas y la experiencia de cinco años y no hemos tomado en consideración el sexo de los candidatos”), cuando se trata de decisiones automatizadas, la explicación simple (v.g. “es la selección que ha hecho el algoritmo utilizado”) es a todas luces exigua y poco convincente, por lo que requiere dar cuenta de la esencia del funcionamiento del propio sistema de IA utilizado para llegar a tal conclusión si se quiere ofrecer la mínima justificación. Es justamente esta explicación la que, hoy por hoy, no cuenta con un refrendo legislativo explícito y obliga a formular diversas aproximaciones que permitan satisfacer el derecho a tal motivación, más allá de dar por válido el criterio meramente técnico (por ejemplo, el sistema de IA tiene una falibilidad, v.g. de un 5% y, por tanto, es harto improbable que haya incurrido en un error y, por supuesto, no ha sido presa de prejuicios sociales propios de humanos). Como han podido demostrar tanto la ciencia de datos como las experiencias conocidas, que ya han sido abordadas por la

doctrina jurídica en los últimos tiempos, tales sistemas no son ni infalibles ni puramente objetivos.

Resulta evidente, pues, que, tanto el escrutinio de las decisiones como su régimen de impugnación, se ven inevitablemente afectadas por la interposición de algoritmos o mecanismos automatizados. Un argumento no inhabitual, incluso entre juristas, para dar cobertura a la equivalencia entre unas y otras decisiones (humanas o intermediadas por mecanismos automatizados), es que esta injerencia en realidad no cambia ni la decisión ni el resultado o análisis previo a la misma, toda vez, argumentan, que los sistemas no basados en datos masivos informatizan las condiciones jurídicas fijadas por la ley para adoptar la decisión conforme a un sistema basado en código (v.g. concesión de una prestación o un beneficio social público) y los sistemas alimentados por datos masivos (sistema “data driven” ) igualmente permiten controlar el tipo de datos empleados y mitigar los sesgos. Si bien es cierto que existen fórmulas de mitigación de sesgos, estas pueden a su vez introducir otras distorsiones igualmente sesgadas, en cuanto priorizarán características o elementos que, sin esta intervención, quedarían relegados, lo que provoca que esta suerte de discriminación positiva modelizada no esté tampoco exenta de contradicciones y riesgos.

Y, por otra parte, la conversión de las reglas jurídicas en sistemas automatizados también puede incluir errores o, en todo caso, un resultado diverso al esperado. Tomando como ejemplo el conocido caso del algoritmo Bosco, utilizado para determinar la concesión del llamado bono social eléctrico, regulado por el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, se pudo comprobar cómo, simultáneamente a su implantación, perdían tal beneficio la mitad de sus hasta ese momento perceptores. Existe una alta probabilidad de que ello no se deba a motivos discriminatorios, sesgos ni errores, sino a una mayor “granularidad” , en lenguaje de computación, del análisis, lo que lleva a descartar a beneficiarios que, en un examen más profundo de las condiciones de acceso y las circunstancias que rodean a los solicitantes, pudieran quedar excluidos del mismo por incumplimiento de los requisitos. Lo cierto es que, aunque se trate de un modelo basado en código y no en datos (es decir, en la programación de las condiciones que deben cumplir los solicitantes), el resultado cambia a partir de su interposición y, lo que es más interesante, *sin saber realmente por qué*. Esta es la verdadera clave: se ha producido un cambio, que habrá de examinarse a la luz de diversos criterios, y valorar si resulta peyorativo, desorbitado, injustificado, e incluso discriminatorio... con la debida introducción de nuevos elementos de análisis. El ejemplo es especialmente ilustrativo para concluir que en las decisiones mediadas por algoritmos no bastará ya con analizar la justificación o motivación de la medida adoptada, sino también *cómo* se adoptó, y *este cómo no es ya el cómo tradicional, sino un nuevo cómo*. Pues, aunque su validez

depende en sí de su propio contenido, en este análisis no es irrelevante el proceso que condujo a su adopción, ya que puede concurrir error, prejuicio, intencionalidad... Pero, en todo caso, lo subrayable es que se alteran los términos del análisis de la justificación de la decisión, porque los elementos que la componen son distintos.

Es posible, asimismo, que este examen se haya de trasladar también a la fuente de la decisión, de optar por el sistema automatizado y mitigar el resultado de la propia decisión, cuando existan diversos implicados en la cadena de decisiones, entrando en juego, asimismo, los elementos de la involuntariedad, imprevisibilidad y autonomía. Finalmente, con independencia de la responsabilidad última por la aplicación de la decisión, que, en definitiva, es el centro de imputación de responsabilidades en el ámbito laboral, debe, asimismo, valorarse el papel que haya de tener en el momento presente y, sobre todo, en el futuro próximo, la normalización y universalización de estos modelos de adopción de decisiones y de gestión del trabajo<sup>21</sup>, lo que indefectiblemente conduce a descartar la lucha por su inaplicación en entornos laborales y optar por su aceptación condicionada. En tal caso, como parece ser la línea adoptada por la propuesta de reglamento de IA de la UE (donde, no obstante, se ha rechazado el uso de sistemas biométricos en la versión actual del texto), las exigencias que ya se barajan radican en todas aquellas características predicables del buen uso de los macrodatos y de la elaboración de perfiles que admite el art. 22 del Reglamento Europeo de Protección de Datos, a los que, de igual modo, hace referencia el art. 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, como presupuestos básicos de la correcta gestión de datos de alimentación de sistemas de IA.

Todo lo expuesto justifica la inevitable introducción de un nuevo lenguaje en el derecho, compuesto por conceptos computacionales que han pasado a integrarse en nuestra vida cotidiana, modificando no sólo la interacción en determinados entornos, como el trabajo, sino también la propia gestión de las relaciones jurídicas, como son las relaciones de trabajo. Por ello la entrada de nuevos personajes en la escena jurídica exige la interlocución entre el derecho y el lenguaje computacional, si se quiere abordar tanto la evitación o mitigación de riesgos para los derechos (especialmente los fundamentales y, en particular, la igualdad y no discriminación), como su corrección posterior. Desde este punto de vista, el abordaje de tales riesgos es múltiple, porque también es plurifactorial su origen, pudiéndose extender tanto a las diversas técnicas

---

<sup>21</sup> Brkan, M., *IA, aprendizaje automático, algoritmos y protección de datos en el marco del RGPD y más allá*. Universitat Oberta de Catalunya, [https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142586/2/Entornos%20digitales%20y%20nuevos%20retos%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20datos\\_M%C3%B3dulo%202\\_%20Inteligencia%20artificial%2C%20aprendizaje%20autom%C3%A1tico%2C%20algoritmos%20y%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20en%20el%20marco%20del%20RGPD%20y%20m%C3%A1s%20all%C3%A1.pdf](https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142586/2/Entornos%20digitales%20y%20nuevos%20retos%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20datos_M%C3%B3dulo%202_%20Inteligencia%20artificial%2C%20aprendizaje%20autom%C3%A1tico%2C%20algoritmos%20y%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20en%20el%20marco%20del%20RGPD%20y%20m%C3%A1s%20all%C3%A1.pdf), p. 30.

para corregir sesgos desde la computación como las diferentes herramientas de la “ética-jurídica” , dirigidas a evitar su introducción en el diseño de los modelos automatizados (suficiencia, representatividad y diversidad de los datos, correcto etiquetado, etc.) o el uso de reglas éticas que palien el posible impacto discriminatorio, o, finalmente, las técnicas de evaluación de impacto, evaluación de riesgos, etc. No obstante, en estas páginas nos interesa especialmente el plano netamente jurídico de la responsabilidad derivada de los riesgos no evitados o mitigados en el ámbito del derecho a la igualdad y no discriminación<sup>22</sup>.

A partir de esta perspectiva, resulta de interés centrar el examen únicamente en los sesgos en los que pueden incurrir las decisiones automatizadas y la calificación jurídica de los mismos, lo que exige evaluar los ámbitos donde estos puedan tener cabida en el seno de la gestión de las relaciones de trabajo, la detección de la discriminación, a la que llamaremos *discriminación algorítmica*, por ser producto directo del uso de algoritmos, así como analizar el enfoque jurídico que exige el tratamiento legal, y procesal, de tal novedosa forma de discriminación. Consideraremos esta “forma” en un sentido laxo, como sinónimo de expresión o vía de manifestación, pues habrá de identificarse en todo caso dentro de las reglas jurídicas vigentes en el derecho antidiscriminatorio europeo y español.

En este proceso de examen, el primer paso es considerar cómo se abordan los sesgos desde la ciencia de la inteligencia artificial y la ciencia de datos, puesto que estas también se enfrentan a la necesidad de combatir la discriminación desde el diseño. El principal inconveniente en esta interlocución es que no se trata de lenguajes paralelos, toda vez que la primera es una ciencia universal, mientras el derecho se encuentra fuertemente condicionado por la legislación local, que en nuestro caso (España) también se halla complementada y respaldada por la de la Unión Europea. Esta falta de correspondencia provoca algunas disfunciones en el necesario entendimiento entre qué deba entenderse por sesgos y por discriminación para su correcta identificación y corrección. Nada que no tenga solución desde el derecho, en cualquier caso.

### **3. Interrelaciones y equivalencias conceptuales entre lenguaje jurídico y computacional**

Los científicos de la inteligencia artificial y computacional se refirieron hace un tiempo a los sesgos en la inteligencia artificial (IA), que asociaron con varios tipos y vincularon a

---

<sup>22</sup> Se remite el análisis del resto de cuestiones a Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, y Rivas Vallejo, P. (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

un fenómeno holístico que incorpora varios conceptos, afirmando que, sin embargo, las herramientas basadas en datos siempre serán mucho más precisas que las decisiones emitidas por profesionales<sup>23</sup>.

La inclusión de juristas en este debate genera una interesante sinergia entre ambas áreas de conocimiento (se ha aludido al “derecho computacional”, centrado en las decisiones automatizadas) y contribuye al imprescindible análisis jurídico del impacto discriminatorio de los algoritmos. Desde esta perspectiva, incluso se ha abordado la traducción del lenguaje computacional al jurídico, considerándose igualmente necesarias las interrelaciones, tanto para la automatización de la aplicación del derecho y la justicia, como para el tratamiento jurídico de los sesgos algorítmicos. El hecho es que, como destaca Hildebrandt<sup>24</sup>, la irrupción del lenguaje computacional en el espacio jurídico requiere un nuevo enfoque hermenéutico, que exige una comprensión adecuada del vocabulario y la gramática del aprendizaje automático. En el análisis del impacto de los sesgos, la literatura especializada también señala las divergencias entre ambos lenguajes (Choudechova<sup>25</sup> sostiene que la noción de discriminación indirecta es un concepto ético/jurídico, ya que un instrumento técnico libre de los sesgos predictivos puede causar una discriminación indirecta según el contexto en el que se aplique), y equipara *equidad* con *ausencia de sesgo*.

Del mismo modo, el concepto de equidad (*fairness*) utilizado en informática para analizar el sesgo (que podría corresponder más específicamente a la equidad) no se alinea con el propio del derecho, ya que, en el contexto del derecho antidiscriminatorio, otros conceptos juegan un papel determinante, como es el caso la justificabilidad, proporcionalidad y racionalidad de la decisión, que no son estrictamente equivalentes al principio de justicia material. La Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los grandes datos para los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI))<sup>26</sup>, se refiere en su párrafo 22 (sobre el impacto discriminatorio de los algoritmos y los sistemas de conjuntos de datos) a la equidad como principio prevalente en el examen de las predicciones basadas en el análisis de datos. Considerando que este instrumento incorpora los criterios que informan los principios generales del derecho, la equidad significa igualdad y trato individual -y, por tanto, exige que los casos

---

<sup>23</sup>Grove, M., Zald, D.H.; Lebow, B.S.; Snitz, B.E. y Nelson, C., «Clinical versus mechanical prediction: a meta-analysis». *Psychological Assessment*, vol. 12, núm. 1, 2000.

<sup>24</sup>Hildebrandt, M., «Algorithmic regulation and the rule of law», *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, vol. 376, núm. 2128. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2017.0355>.

<sup>25</sup>Choudechova, A., «Fair prediction with disparate impact: a study of bias in recidivism prediction instruments», 2016, pp. 1-17, <https://arxiv.org/abs/1610.07524>.

<sup>26</sup> En [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_ES.html).

iguales sean tratados de igual manera y los desiguales de manera desigual-, su aplicación corrige la legislación a través de su adecuación a las circunstancias específicas del caso, combinando la *epikeia* aristotélica y la *aequitas* romana como un “atributo ético/jurídico de la ley”<sup>27</sup>.

En cualquier caso, existe una necesidad incuestionable de alinear los dos lenguajes<sup>28</sup>, de que la ciencia computacional incorpore los conceptos jurídicos del contexto para el que está diseñada o en el que debe actuar, o, al menos, un lenguaje jurídico compartido que sirva para adaptarse a diferentes contextos locales o regionales. No obstante, existen cuestiones derivadas de la complejidad inherente al derecho que dificultan el establecimiento de una correspondencia estricta entre los sesgos algorítmicos y la discriminación en sentido jurídico. En definitiva, los análisis técnicos se centran más en el resultado que en el proceso, que es donde radica el sesgo algorítmico<sup>29</sup>.

La intrusión de terceros en la elección en la que se fundamenta el proceso de adopción de decisiones, junto con la autonomía del aprendizaje automático, distorsiona tanto la forma en que aquellas se toman como los criterios empleados para ello, frente a los convencionales mecanismos “humanos”, tampoco libres de sesgos o arbitrariedades. Tales sistemas pueden utilizar indicaciones humanas superpuestas (v.gr., instrucciones de la empresa) para el diseño del algoritmo, o en su caso, las de los desarrolladores de programario (*software*). Esto supone que asuman los sesgos de programación o entrenamiento que podrían haber intoxicado al modelo, si este no se hubiera entrenado en un contexto distinto a aquel donde debe operar. Pero la cuestión central es si los sesgos derivados de mecanismos automatizados basados en IA pueden equipararse al concepto legal de “discriminación”.

En el ámbito laboral, según el Convenio de la OIT sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (número 111), la discriminación es “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, origen nacional o condición social, que tenga por efecto anular o menoscabar la igualdad de

---

<sup>27</sup> Ruiz-Gallardón, I., «La equidad: una justicia más justa», *Foro, Nueva época*, vol. 20, núm. 2, 2017, pp. 173-191, <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.59013>.

<sup>28</sup> Hildebrandt, M., «The issue of bias. The framing powers of ML», *Computer Science*, DOI:10.2139/ssrn.3497597. En M. Pelillo, T. Scantamburlo (eds.), *Machine We Trust. Perspectives on Dependable AI*, MIT Press 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3497597>. Versión preimpresión, p. 13.

<sup>29</sup> Vantin, S., «Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio», en Llano Alonso, F. y Garrido Martín, J. (dirs.), *Inteligencia artificial y derecho. El jurista ante los retos de la era digital*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 370; y Xenidis, R. y Senden, L., «EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination», en U. Bernitz et al. (eds.), *General principles of EU law and the EU digital order*. Kluwer Law Int., 2020, pp. 172 y 738.



oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación” . Para el convenio, pues, si el concepto corresponde a un trato diferente basado en las características personales de un individuo, que no se vincula a la intención de discriminación, sino al resultado, el sesgo (no deliberado) del análisis algorítmico, puede entonces considerarse como equivalente al concepto jurídico de discriminación. Si se compara este concepto con el de las directivas de igualdad de la UE (Directivas 2000/78, 2000/46 y 2006/54), igualmente se identifica como una situación en la que «una persona es, ha sido o sería tratada menos favorablemente que otra en una situación comparable, por cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1» (en el caso de la 2000/78, “religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en relación con el empleo y la ocupación” , en el marco de la Directiva 2000/43, raza u origen étnico, y en el caso de la Directiva 2006/54, sexo)<sup>30</sup> . En consecuencia, sin perjuicio de la delimitación del alcance de la responsabilidad derivada de actos discriminatorios, se identifica el concepto de discriminación como un trato diferente basado en una causa protegida<sup>31</sup>, *aun cuando la conducta o acto de que se trate no sea deliberado o el resultado discriminatorio no sea buscado*.

Este rasgo sirve para cubrir todos los efectos derivados de los sesgos algorítmicos, ya sean sesgos intencionales o sesgos accidentales derivados de la inferencia de datos (incluidos *los datos proxy*, que invalidan la supuesta neutralidad que ofrece la *anonimización* de los datos procesados).

Al mismo tiempo, serviría para cubrir situaciones interseccionales donde la característica relevante para el algoritmo no es una categoría protegida, sino otra característica “secundaria” , si aparece o se asocia a una causa que está cubierta, previendo la falta de protección jurídica de la interseccionalidad como categoría jurídica diferenciada, en la medida en que esta pueda colaborar o influir en el resultado sesgado respecto de las categorías que se protegen (v.g., el elemento decisivo para el algoritmo podría ser el sobrepeso, pero asociado a una mujer, podría tener relevancia jurídica como categoría protegida, a los efectos de fundar una posible reclamación por discriminación basada en motivos de género). Ello implica otorgar un valor jurídico diferente al que resulta del sesgo algorítmico, ya que, para el sistema de IA, el valor específico se basa en la confluencia de varios factores (en este caso, sexo junto a apariencia), mientras que solo una de las causas probablemente haya dado lugar a un resultado diferente, que podría no ser decisivo a efectos de la pertinente acreditación en

---

<sup>30</sup>La Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas también incluye dichas categorías protegibles, no dentro de la categoría de “sexo”, sino como una categoría independiente.

<sup>31</sup>Art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: por razón de sexo, raza, color, origen étnico, religión o creencias.

caso de reclamar por discriminación. A modo de ejemplo, inferir a partir de un código postal o domicilio, nombre u otra variable, si una persona pertenece a una categoría protegida implica combinar en el análisis diferentes factores, que, tomados por separado, pueden resultar “inocuos” o irrelevantes, pero que, actuando en combinación, generan un resultado que, en el ejemplo considerado, afecta a personas de un determinado origen nacional o étnico, religión o posición económica, de modo que esta conclusión determinaría la inclusión del individuo o individuos en un determinado rango, orden o posición, con impacto negativo para su empleabilidad (v.gr., no ser seleccionado para un puesto de trabajo). La acreditación de la evidencia de discriminación alcanza un grado de dificultad superior en la medida en que debe implicar hallar la correlación entre los datos, lo que podría ser un problema de “modelo de caja negra” (inherente al aprendizaje profundo, donde las razones del resultado basado en la alimentación por datos masivos son desconocidos<sup>32</sup>). Esto significa que, cuando se emplea el aprendizaje automático, la IA multiplica el sesgo, pero no ayuda a identificarlo, al basarse en correlaciones de datos.

Los datos son, por tanto, el obstáculo más insalvable para la acreditación procesal del sesgo, aunque ello no excluye el empleo de mecanismos convencionales para ello (la categoría protegida y su resultado negativo para el demandante). Asimismo, el aprendizaje automático permite mayores justificaciones para desvirtuar los indicios<sup>33</sup>, ya que opera en el campo de la discriminación indirecta, que puede así ser superada a través de una justificación objetiva y razonable, mientras que la víctima será poco consciente del sesgo<sup>34</sup>, principal barrera que en muchos casos impide que el riesgo y su impacto se hagan visibles. Si se considera, además, la dilución de las coordenadas espaciales del trabajo y su traslación al ámbito digital, con el correlativo debilitamiento de los lazos de unión entre trabajadores en una parte importante de los lugares de trabajo digitalizados<sup>35</sup>, el problema no se extiende solo al proceso de reclutamiento y contratación, sino a la propia dinámica de la relación laboral.

---

<sup>32</sup> Mayson, S., «Bias In, Bias Out», *The Yale Law Journal*, vol. 128, núm. 8, 2019, <https://www.yalelawjournal.org/article/bias-in-biasout#:~:text=abstract,.to%20have%20disparate%20racial%20impacts>.

<sup>33</sup> Xenidis, R. y Senden, L., *op. cit.*, p. 747.

<sup>34</sup> Ebers, M., *op. cit.*, p. 79.

<sup>35</sup> Álvarez, H., «El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos futuros». *Justicia y Trabajo*, núm. 2, 2023, p. 43, [https://revistajusticiaytrabajo.colex.es/el-impacto-de-la-tecnologia-en-las-relaciones-laborales-retos-presentes-y-desafios-futuros/?utm\\_content=253633930&utm\\_medium=social&utm\\_source=linkedin&hss\\_channel=lcp-14798867](https://revistajusticiaytrabajo.colex.es/el-impacto-de-la-tecnologia-en-las-relaciones-laborales-retos-presentes-y-desafios-futuros/?utm_content=253633930&utm_medium=social&utm_source=linkedin&hss_channel=lcp-14798867).

## II. DECISIONES AUTOMATIZADAS PARA LA GESTIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

### 1. Analítica de gestión

La creciente complejidad técnica del trabajo es un fenómeno paralelo a la evolución de la propia tecnología. La IA representa un paso más en esta evolución natural, y lleva aparejada nuevos riesgos ligados, tanto a la ejecución como a la gestión del trabajo. La mayor disrupción no radica en las herramientas involucradas en la realización del trabajo (salvo entornos digitales o trabajo con *cobots*), sino en la nueva forma como se gestiona la relación laboral, y la selección, evaluación, vigilancia y control de trabajadores<sup>36</sup>.

Los sistemas utilizados para evaluar, clasificar y priorizar a las personas tienen la versatilidad necesaria para aplicaciones posteriores como promoción profesional, desempeño de competencias, cálculo de salarios, permanencia en la empresa o redundancia... Pero Work Analytics, una subciencia de la minería de datos basada en inteligencia artificial o gestión y evaluación del talento<sup>37</sup>, también proporciona mayor eficiencia y productividad y ventajas económicas a través de la gestión algorítmica (para la dirección, evaluación y disciplina de la fuerza laboral<sup>38</sup>), no solo en plataformas digitales, sino también en sectores convencionales (que, a diferencia de las primeras<sup>39</sup>, no cuentan con normativa propia).

Estos modelos automatizados ofrecen la ventaja de incorporar software de fácil adquisición y aplicación, facilitando la cadena de tareas con simplificación del tiempo de respuesta, por lo que parece factible su popularización a corto plazo en empresas de toda tipología, y no sólo en grandes empresas capaces de financiar su diseño y producción o proclives a su uso en atención al volumen de procesos de gestión manejados, pues su utilidad en la reducción de costos de personal y control de flujos de

---

<sup>36</sup> Kellogg, K., Valentine, M. y Christin, A., «Algorithms at work: the new contested terrain of control». *Academy of Management Annals*, vol. 14, núm. 1, 2020, pp. 366-410, <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>.

<sup>37</sup> Bersin, J., «The skills of the future are now clear: and despite what you think, they're not technical». Blog del autor, <https://joshbersin.com/2019/09/the-skills-of-the-future-are-now-clear-anddespite-what-you-think-theyre-not-technical/> (8/9/2019).

<sup>38</sup> Madera, A.J., *Gestión algorítmica. Consecuencias para la organización del trabajo y las condiciones de trabajo*, 2021, Comisión Europea (Sevilla), <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/system/files/2021-05/jrc124874.pdf>.

<sup>39</sup> Veale, M.; Six Silberman, M.; Binns, R.: «Fortifying the algorithmic management provisions in the proposed platform work directive», SocArXiv Papers, 29/10/2022, <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/fortifying-the-algorithmic-management-provisions-in-the-proposed-platform-work-directive/>.

mano de obra<sup>40</sup>, maximizando eficacia y productividad, es común también a los pequeños usuarios. Por ello, las empresas adoptan sistemas de información de recursos humanos (Talla, Workplace Analytics... ya que es específico de aquellos procesos de “back-office” que son los primeros en ser automatizados<sup>41</sup>), con capacidad para “adquirir, almacenar, manipular, analizar, recuperar datos y distribuir toda la información computada en los pasos anteriores sobre los recursos humanos de una organización”<sup>42</sup>. A pesar de que el modelo de decisión totalmente automatizada no se encuentra implantado aún, y el modelo actual es el de “asistencia” o asesoramiento en la adopción de decisiones, esos otros procesos también están condicionados en diferente medida por modelos automatizados, en distintos grados de intervención, como el asesoramiento o la recomendación, hasta llegar al más alto grado de automatización: el *modelo de aprobación* de la recomendación algorítmica, todos ellos bajo control humano.

Los modelos matemáticos para ayudar a la adopción de decisiones (automatizadas) podrían ocultar prejuicios sociales que se perpetuarían<sup>43</sup>, proyectando exponencialmente su impacto, especialmente en el ámbito laboral<sup>44</sup>. Si bien esto no es nuevo en minería de datos, aprendizaje automático e inteligencia artificial<sup>45</sup>, la opacidad o falta de transparencia de los mecanismos automatizados aumenta las dificultades para impugnar las decisiones de las empresas y la concienciación jurídica<sup>46</sup>, pues la detección y

---

<sup>40</sup> Nguyen, A., «The Constant Boss, Work Under Digital Surveillance», *Data & Society*, [https://datasociety.net/wp-content/uploads/2021/05/The\\_Constant\\_Boss.pdf](https://datasociety.net/wp-content/uploads/2021/05/The_Constant_Boss.pdf), p. 1.

<sup>41</sup> Franco, M.; Roehrig, B. y Pring, P., *¿Qué haremos cuando las máquinas lo hagan todo?*, 2018, p. 132.

<sup>42</sup> Pampouktsi, P.; Avdimiotis, K.; Aragoudakis, M. y Avlonitis, M., «Applied Machine Learning Techniques on Selection and Positioning of Human Resources in the Public Sector», *Open Journal of Business and Management*, 9, 2021, pp. 536-556, doi: 10.4236/ojbm.2021.92030. Vid. también Pampouktsi, P.; Avdimiotis, K. y Avlonitis, M., Pampouktsi, P.; Avdimiotis, K. y Avlonitis, M., «A 3-in-1 framework for human resources' selection and positioning based on machine learning tools», 2021, DOI: [10.1504/IJDATS.2021.10043787](https://doi.org/10.1504/IJDATS.2021.10043787).

<sup>43</sup> O'Neil, C., *Armas de destrucción matemática: cómo los datos masivos aumentan la desigualdad y amenazan la democracia*. Penguin Books, Londres, 2017.

<sup>44</sup> Rosenblat, A., *Uberland: How algorithms are rewriting the rules of work*. University of California Press, 2018; Umoja Noble, S., *Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism*, NYU Press, 2018. Además, Angwin, J., Larson, J., Mattu, S. y Kirchner, L., «Machine Bias», en *Ethics of Data and Analytics*, 2016.

<sup>45</sup> Hajian, S.; Bonchi, F. y Castillo, C., «Algorithmic bias: from discrimination discovery to fairness-aware data mining», 2016, DOI: 10.1145/2939672.2945386, <https://www.researchgate.net/publication/305997939>.

<sup>46</sup> Pasquale, F., *op.cit.*; y Barocas, S. y Selbst, A. D., «Big data's disparate impact», *California Law Review*, núm. 104, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2477899](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899).

mitigación de tales factores, que crean discriminación y prejuicio hacia las personas en contextos como el laboral, deben abordarse más allá de la ciencia computacional<sup>47</sup>.

Bajo los anunciados sesgos pueden subyacer tanto fines discriminatorios (discriminación directa) como el simple desconocimiento de su impacto negativo. Pese a la hipotética objetividad de un sistema de IA como mecanismo alternativo a los prejuicios o sesgos humanos, los datos históricos utilizados para alimentar el modelo automatizado pueden identificar un patrón o modelo percibido como correcto o bien recomendar una decisión a partir de él. El aprendizaje profundo utiliza los datos de entrada (*datos masivos*) para aprender por sí mismo e inferir conclusiones que se utilizan para informar decisiones, sin clara conexión entre los datos de entrada y las conclusiones del modelo matemático, de suerte que resulta de especial complejidad detectar dónde radica el sesgo en una decisión y, por lo tanto, también lo es descubrir una posible decisión automatizada discriminatoria. Más allá de este impacto, la IA puede también convertirse en un mecanismo de elusión de la eficacia del plan de igualdad de una empresa o de otras medidas de igualdad acordadas en negociación colectiva, en tanto puede rescatar y normalizar prácticas anteriores a la implantación de medidas dirigidas a corregirlas, de manera sutil o casi invisible.

La clasificación y valoración de las personas podría implicar el tratamiento de datos personales<sup>48</sup>, aunque en muchas ocasiones los datos masivos que se utilizan para alimentar el sistema (el algoritmo) han sido previamente anonimizados y no han sido tratados para su utilización en relación con los propios interesados, sino respecto de terceros. Esto significa que los sesgos que pudieran derivarse de las conclusiones del algoritmo se aplicarían a nuevos temas y que, dado este impacto individual, podría ser relevante la aplicación del Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* [RGPD]<sup>49</sup>. Aunque la implicación de decisiones automatizadas y su impacto discriminatorio es, en gran

---

<sup>47</sup>Scantamburlo, T., «Non-empirical problems in fair machine learning», *Ethics and Information Technology*, núm. 23, 2021, <https://doi.org/10.1007/s10676-021-09608-9>.

<sup>48</sup> El tratamiento de datos personales se define como «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales, tales como la recogida, el almacenamiento, la conservación, la alteración, la recuperación, la divulgación, la puesta a disposición, la supresión, la destrucción o la realización de operaciones lógicas y /u operaciones aritméticas sobre esos datos» (Art. 2(b) del Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas en relación con el Tratamiento Automatizado de Datos Personales, 1981.

<sup>49</sup> Téngase en cuenta que, según la [STJUE de 12/1/2023, asunto C-154/21](#), el art. 15.1 c) del Reglamento 2016/679 establece el derecho de acceso del interesado sobre los destinatarios o categorías de destinatarios a los que se han comunicado o se comunicarán sus datos personales, aunque esta información podría limitarse a indicar las categorías de destinatarios si no resulta posible identificarlos o si la solicitud es manifiestamente infundada o excesiva.

medida, un aspecto incidental de este reglamento, la futura Ley de Inteligencia Artificial de la UE derivada de la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas de inteligencia artificial (sobre inteligencia artificial) y por la que se modifican determinados actos legislativos de la Unión [COM(2021) 206 final - 2021/106 (COD)], deberían proporcionar una respuesta a todas las lagunas de protección actuales que el derecho antidiscriminatorio de la UE cubre solo parcialmente, al tiempo que establece un marco legal para abordar la discriminación por razón de sexo (pero no la discriminación múltiple o interseccional). Esta disposición considera específicamente como sistemas de IA de alto riesgo (art. 6.2 y anexo III, apdos. 1 y 4) los utilizados para la identificación y categorización biométrica de las personas físicas (prohibidos en el ámbito laboral en la versión actual del texto), y los *de empleo, gestión de trabajadores y acceso al trabajo por cuenta propia*.

## **2. Sesgos discriminatorios en el reclutamiento derivados de la IA**

La IA se puede utilizar con fines laborales en una amplia gama de situaciones, como la contratación, la vigilancia de los trabajadores o la evaluación del desempeño. Se pueden analizar varios motivos al analizar los sesgos en el reclutamiento por IA: 1) reclutamiento por robots con técnicas psicógenas; 2) algoritmo de reclutamiento para la evaluación de características y habilidades; 3) publicidad dirigida de ofertas de trabajo en redes sociales. Examinémoslos brevemente:

### 1) Reclutamiento por robots mediante técnicas psicogénicas

El uso de robots o algoritmos para la selección permite técnicas psicógenas en la fase de entrevista digital (conocida como “screening” ) para captar toda la información relevante sobre los candidatos, lo que incluye la neutralización del derecho a mentir en la entrevista de trabajo y, por tanto, refuerza la fidelización a la empresa y abre la posibilidad de realizar perfiles basados en la apariencia física. De este modo, se excluye del mercado laboral a las personas en función de la detección de rasgos psicológicos que puedan ser potencialmente “descartables” (v.gr., tendencia a la depresión, probabilidad de padecer una enfermedad mental potencialmente “inconveniente” para la empresa, simpatía del candidato por un sindicato contrario a la cultura de la empresa<sup>50</sup> ...).

---

<sup>50</sup> Gaster, R., *Behemoth, Amazon Rising: Power and Seduction in the Age of Amazon*, Incumetrics Press, Washington, 2020.

Estas situaciones no son nuevas en los procesos de selección de trabajadores<sup>51</sup>. La novedad es el potencial del nuevo sistema, basado en dos rasgos distintivos clave: la opacidad y la confiabilidad por parte de los usuarios, junto con la capacidad de replicar sesgos (históricos) anteriores y amplificar su impacto. Teniendo en cuenta que se utilizan antes del nacimiento de la relación laboral, la tutela jurídica disponible contra su potencial discriminatorio está significativamente restringida, incluso en el derecho de la UE, aunque estas etapas preliminares de contratación están protegidas por las directivas de igualdad (cfr. caso *Firma Feryn*).

Por su parte, los sistemas automatizados de detección y reconocimiento de emociones (psicogénicos) también se aplican en sistemas de respuesta personal basados en bots, que se están incorporando dentro del nivel básico de gestión de personal y que pueden ser utilizados para anticipar comportamientos y ser así una poderosa herramienta de control corporativo hacia los trabajadores. Aunque parece que el texto final del reglamento europeo sobre IA actualmente en tramitación no autorizará su uso en los entornos laborales (porque en sus últimas enmiendas ya se introdujo tal expresa prohibición), el riesgo continúa latente y el ausente control de su uso por empresas y técnicas de selección de personal puede estar provocando un alto riesgo de discriminación en tanto no se apruebe la norma europea y esta sea de efectiva aplicación en los países de la UE.

## 2) Algoritmos de reclutamiento para evaluar características y habilidades

El uso de un sistema de perfilado de los solicitantes en el intercambio entre ofertas y solicitudes de empleo (como en el caso de un servicio público de empleo) se ha convertido en una práctica conocida tanto en el empleo público como en el privado. En algunos sistemas públicos de empleo europeos, pues, se está implementando como método de evaluación de candidatos en el acceso al empleo, como demuestra el caso del sistema de empleo austriaco<sup>52</sup> o el sistema de empleo español (Send@). La

---

<sup>51</sup> Vid. Bogen, M. y Rieke, A., *Help wanted. An examination of Hiring Algorithms, Equity and Bias*, Upturn, 2018; y Raub, M., «Bots, bias and big data: artificial intelligence, algorithmic bias and disparate impact liability in hiring practices», *Arkansas Law Review*, vol. 71, núm. 2, 2018, pp. 529-570.

<sup>52</sup> Allhutter, C.; Fischer, F.; Grill, G. y Mager, A., «Algorithmic profiling of job seekers in Austria: how austerity politics are made effective», *Front big data*, 2020, DOI: [10.3389/fdata.2020.00005](https://doi.org/10.3389/fdata.2020.00005). El resultado de esta implementación fue criticado en la teoría jurídica comparada, ya que jerarquiza a todas las demandantes de empleo, lo que se traduce en una muy baja empleabilidad de las mujeres en función de una serie de variables como la maternidad, como consecuencia del diseño sesgado del algoritmo sin perspectiva de género ( lo que lleva a una evaluación diferente del impacto de la paternidad y el cuidado de los hijos en hombres y en mujeres), como indican Fröhlich, Spiecker y Döhmman («Können Algorithmen diskriminieren?», *VerfBlog*, 26/12/2018, <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/>, DOI: [10.17176/20190211-224048-](https://doi.org/10.17176/20190211-224048-)

naturaleza pública de estos mecanismos no excluye el sesgo, incluso si está mitigado en el diseño.

Los algoritmos administran datos con potencial para caracterizar a los candidatos, recuperar información de datos relacionales y no estructurados y formular un conjunto de recomendaciones<sup>53</sup>. Estas operaciones se pueden realizar como un proceso totalmente automatizado o también con asistencia humana, gracias a algoritmos para optimización, heurística, inteligencia artificial, aprendizaje automático, modelos de datos semánticos y sistemas de apoyo a la decisión<sup>54</sup>. El aprendizaje automático ayuda a vincular los datos disponibles de varias fuentes (minería de datos y algoritmos de seguimiento) para obtener la mejor opción en la selección de personal (algoritmo de recomendación), basado en una combinación de “datos semánticos” que interactúan entre sí para identificar rasgos utilizados para clasificar y evaluar a las personas dentro de un conjunto de individuos. Para ello, el sistema de IA utiliza tres tipos de datos o información: datos estructurados, datos no estructurados e información proporcionada por los usuarios o solicitantes en este caso<sup>55</sup>.

Cuando se utilizan en el acceso al empleo asistido por tales herramientas, estas técnicas filtran las solicitudes de candidatos, sirviendo para automatizar gran parte del proceso de selección mientras conservan la intervención humana exigida por el art. 22 del RGPD, ya que la herramienta desempeña un papel de “asistencia” en el proceso de decisión (sin perjuicio de la capacidad del sistema para dirigir todo el proceso hasta la emisión y notificación de la decisión adoptada, cfr. robots reclutadores *Elenius*, de Jacobson, o *Amelia*, de IPSoft).

Los modelos matemáticos para usos relacionados con las relaciones laborales ya se han aplicado en el campo de los recursos humanos, aunque actualmente su potencial predictivo se está expandiendo. La simplificación y eficiencia que proporcionan los sistemas de decisión automatizados permite pensar en futuras aplicaciones para la gestión del empleo, como la elección de trabajadores afectados por una medida colectiva, el ajuste de contrataciones en periodos punta de producción o de alta

---

0). El algoritmo AMS del servicio público de empleo austriaco ([https://www.ams.at/organisation/public-employment-service Austria/working - recruiting - study](https://www.ams.at/organisation/public-employment-service-Austria/working-recruiting-study)) calcula, desde enero de 2019, las probabilidades de empleo de los desempleados registrados en el servicio, clasificándolos en diversos grupos, con diferentes expectativas formativas y laborales que configuran los programas públicos de apoyo a la búsqueda de empleo, de acuerdo con diversos criterios que podrían encapsular sesgos como el sexo, la edad, el domicilio y la nacionalidad.

<sup>53</sup> Protasiewicz, J.; Pedrycz, W.; Kozłowski, M.; Dadas, S.; Stanislawek, TM; Kopacz, A. y Gałęzewska, M., «A recommender system of reviewers and experts in reviewing problems», *Knowledge-Based Systems*, vol. 106, 2016, DOI: [10.1016 j.knosys.2016.05.041](https://doi.org/10.1016/j.knosys.2016.05.041), p. 1643178.

<sup>54</sup> Protasiewicz, et al., *Ibíd.*

<sup>55</sup> Protasiewicz, et al., *Ibíd.*



demanda, o la gestión del riesgo laboral, medidas de prevención de acuerdo con las predicciones epidemiológicas (como se constató con la pandemia del virus SARS-CoV-2), entre otros. Algunos de los usos del aprendizaje automático y otras herramientas basadas en IA tienen potencial para la gestión de las relaciones laborales (causalidad de los contratos temporales, organización del trabajo, evaluación y valoración de trabajadores o valoración de la eficacia o el desempeño, cálculo de retribuciones, prevención de riesgos laborales, control del trabajo, terminación de las relaciones de trabajo <sup>56</sup>, y otras potencialidades no exploradas aún, tales como la búsqueda de mejores condiciones o la negociación de convenios colectivos). Pero no todos son necesariamente negativos, ya que podrían utilizarse, v.g., con el fin de detectar patrones discriminatorios históricos: desde la prevención de riesgos laborales hasta el análisis de la causalidad de los contratos temporales (y la adecuación de la contratación a las necesidades previstas), pasando por la localización de mejores condiciones, así como despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La alarma jurídica con respecto a todo sistema automatizado se centra en su opacidad, ya que los afectados se ven privados del acceso a los criterios funcionales utilizados y, más allá del sistema de evaluación por clientes (que está generando toda una suerte de reacciones rayanas en la neurosis por la obtención de la mejor puntuación de los clientes), no tienen forma de saber que los sistemas de evaluación del desempeño no se basan en criterios inclusivos. No disponen de información sobre cómo el sistema define las tareas de los trabajadores y desglosa minuciosamente el tiempo calculado para realizarlas. Tampoco sobre qué factores humanos y ambientales son evaluados y, sobre todo, cómo, y en qué grado tienen consecuencias en su posición en la empresa y sus condiciones de trabajo, en la medida en que afectan a los puntajes recibidos. Por otra parte, no parece que esta exhaustiva medición, si no incorpora criterios inclusivos en la evaluación del desempeño, pondere las necesidades personales que interfieren en la productividad, como las funciones fisiológicas básicas y otros factores relacionados con factores biológicos, de diversidad funcional o de estados transitorios, lo que ha llevado a algunas situaciones extremas de falta de humanidad en algún caso de sobras conocido (v.g. repartidores de Amazon, que, en fecha de 22 de mayo de 2023, demandaron a la empresa por trato inhumano y discriminación por razón de sexo <sup>57</sup>).

---

<sup>56</sup> OIT, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 2021, [https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS\\_771749/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang-en/index.htm).

<sup>57</sup> Puede consultarse la demanda en <https://towardsjustice.org/wp-content/uploads/2023/05/2023-05-22-12-32-23-2023.5.22-DSP-complaint-for-filing.pdf>.

### 3) Publicidad dirigida de ofertas de trabajo en redes sociales

La oferta de trabajo como proceso de contratación puede utilizar algunas características digitales, tanto en las plataformas digitales como a través de otras herramientas digitales (v.g. publicidad dirigida en redes sociales). Las ofertas de empleo en publicaciones y anuncios también pueden adoptar una apariencia digital, con las virtudes y desventajas propias de los entornos digitales. El sesgo se puede plasmar en el objetivo seleccionado para una oferta de trabajo (v.gr., “solo hombres blancos” ), en la forma en que se pueden capturar datos personales de la plataforma o red social y procesarlos para la creación de perfiles, o mediante un algoritmo que funcione en un modelo de aprendizaje automático.

Considerando este alcance particular del “sesgo laboral” , la directiva de privacidad (Directiva 2002/58/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, en su versión consolidada de 2009) también se aplicaría, junto con el RGPD, en el procesamiento de datos privados, aunque su ámbito principal es el sector de las comunicaciones electrónicas<sup>58</sup>, por lo que debería considerarse la publicidad dirigida de ofertas de trabajo en redes sociales a la hora de definir su ámbito de aplicación. De acuerdo con el art. 6, la plataforma no cumple explícitamente con la obligación de informar a los usuarios que están recibiendo publicidad dirigida, lo que significa que la protección a los potenciales trabajadores sigue sin desplegarse cuando reciben ofertas de trabajo a través de las redes sociales. No cabe olvidar que

### 3. Vigilancia y evaluación del desempeño en el trabajo

La razón última detrás de este cambio de paradigma causado por la IA en el empleo radica en la capacidad de la tecnología basada en IA en términos de seguimiento y supervisión de personas (trabajadores). Esta nueva era ha normalizado la hipervigilancia de los trabajadores (“el jefe constante”<sup>59</sup>) y ha calado en los tribunales de justicia, que admiten la óptica de la vigilancia moderna de los trabajadores (v.g. STS 163/2021, de 8 de febrero de 2021, que acepta la validez de la geolocalización de los trabajadores, dentro de las coordenadas de tiempo y trabajo, con la única condición de que no se

---

<sup>58</sup>Parlamento Europeo, *Online advertising: the impact of targeted advertising on advertisers, market access and consumer choice*, 2021, p. 59.

<sup>59</sup>Nguyen, A., *op. cit.*

repercuta su coste y mantenimiento en los propios empleados). Asimismo, se acepta la vigilancia por parte de terceros mediante técnicas de “branding” , que miden la satisfacción del cliente e incluyen mecanismos de evaluación del trabajo a través de la evaluación del servicio recibido, dentro de las técnicas de reputación corporativa (*begging and branding*), al mismo tiempo que han convertido a los propios trabajadores en “prosumidores” y evaluadores. Todos acaban participando, con sus propios sesgos y prejuicios sociales, en la evaluación digital de los proveedores de servicios, repercutiendo así en las condiciones de empleo e incluso en su permanencia en la empresa. En última instancia, influyen en la política de contratación de la empresa, condicionada por los gustos de los clientes (riesgo prohibido por el derecho de la UE, según la sentencia de 10 de julio de 2008, asunto *Firma-Feryn*, C-54/07), pero también abren una peligrosa ventana a la violencia externa y los prejuicios sociales, riesgo que afecta especialmente a las mujeres y a las minorías cuando son evaluadas por clientes poco escrupulosos (hoy en día, asistimos a verdaderos linchamientos en las redes digitales producto de valoraciones de servicios).

Por otro lado, aún es pronto para evaluar en qué medida trabajar en lugares de trabajo de metaverso puede influir en esta situación y empeorarla. Pero las interacciones de los trabajadores con los clientes pueden causar una conducta sesgada e incluso violenta similar a la descrita. Según Annany<sup>60</sup>, los algoritmos tienen la capacidad de transformar las sociedades, dar a las personas opciones sobre qué hacer y señalar lo que se espera que hagan. En este contexto, la violencia colectiva puede ser un problema real dentro de los lugares de trabajo cuando estos están sometidos a software de supervisión remota. Hasta qué punto se puede evitar este daño depende de las reglas y los compromisos sociales del empleador, pero, hasta cierto punto, nuestro derecho podría tener un papel relevante para prevenir la “violencia digital laboral invisible” de los clientes. Tal vez reduciendo el papel de ese cliente en la evaluación del desempeño de los trabajadores, o mediante su abordaje por la negociación colectiva.

En definitiva, necesitamos un nuevo enfoque inclusivo<sup>61</sup>, que comprenda la supervisión de las métricas utilizadas con fines laborales por las diferentes aplicaciones digitales, como en el Proyecto de Ley aprobado por el poder legislativo del Estado de

---

<sup>60</sup>Anany, M., «Seeing Like an Algorithmic Error: What are Algorithmic Mistakes, Why Do They Matter, How Might They Be Public Problems?», *Yale Journal of Law y Technology* 2022, <https://law.yale.edu/isp/publications/digital-public-sphere/healthy-digital-public-sphere/seeing-algorithmic-error-what-are-algorithmic-mistakes-why-do-they-matter-how-might-they-be-public>.

<sup>61</sup>Maitland, AI., *Work in the age of data*, BBVAOpenmind.com, 2019, pp. 150-159, <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2020/02/BBVA-OpenMind-book-2020-Work-in-the-Age-of-Data.pdf>.

California (Automated Decision Systems Accountability Act AB13, de 2021<sup>62</sup>), la Ley de responsabilidad algorítmica de EE. UU. de 2022<sup>63</sup> ...o la versión modificada de la Propuesta de Reglamento IA de la UE (junio de 2023), que incluye en su apdo. 70 la obligación de tomar en consideración, a efectos de asegurar la protección frente a la discriminación, las características de los individuos integrados en grupos vulnerables, como sería el caso de las personas con discapacidad, en la implementación del deber de transparencia del art. 52.

### III. DETECCIÓN DE DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

#### 1. Insuficiencia del derecho antidiscriminatorio

Varios conceptos clave en el derecho antidiscriminatorio de la UE demuestran la distorsión derivada del intento de encajar la discriminación algorítmica en el marco de este campo para garantizar su protección jurídica. Es el caso del propio concepto de interseccionalidad, discriminación por asociación, por error, o 'discriminación múltiple'. La falta de equivalencia entre los factores examinados por el mecanismo automatizado y el resultado recomendado, junto con la ausente capacidad humana para detectar con el mismo grado de detalle que un modelo matemático millones de datos e inferir conclusiones de tal examen, y la diferente priorización y ordenación de factores y características cuando se analiza a humanos, puede causar un gran desajuste entre los conceptos técnicos y jurídicos al tratar de acomodar esta nueva realidad al derecho. Pero, sobre todo, porque la identificación de la causa de la discriminación puede permanecer oculta a efectos de activar tales figuras y la tutela que estas brindan. A título de ejemplo, la correlación de características inferidas por un algoritmo puede identificar una relación del individuo evaluado con una condición protegida como base de su decisión peyorativa (discriminación por asociación), pero, al no ser esta directa o perfectamente visible, puede pasar desapercibida en el examen de la detección de causas discriminatorias, o, aún peor, que las características confluyentes en tal análisis no constituyan condición protegida por el derecho, pero hayan influido decisivamente en la conclusión adoptada por el sistema de IA.

---

<sup>62</sup> AB 13, 2021-2022 Asamblea Estatal, Reg. Ses. (7/12/2020), [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=202120220AB13](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=202120220AB13). La ciudad de Nueva York ya había presentado en 2018 la primera legislación de responsabilidad de algoritmos del país, para supervisar el uso de algoritmos por parte del gobierno, examinar cómo se incluyen errores y sesgos en su diseño, y recomendar medidas que garanticen precisión y equidad (aprobada como ley el 11/12/2017).

<sup>63</sup> Disponible en <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6580/text>.

Por otro lado, el sistema basado en datos puede funcionar con “datos no identificados”, pero puede sufrir una brecha crítica como resultado de la identificación de personas, si el responsable de dichos datos no toma medidas razonables para garantizar que dichos datos no puedan asociarse con un individuo y no se intente su *reidentificación*. De acuerdo con la Ley de Connecticut sobre Privacidad de Datos Personales y Monitoreo en Línea por el Proyecto de Ley Sustituto del Senado núm. 6, Ley Pública Núm. 22-15<sup>64</sup>, que puede referenciarse como buena práctica, constituye obligación contractual de cualquier destinatario de dichos datos a fin de satisfacer tales criterios (las medidas razonables y el compromiso público de procesar dichos datos solo de manera anonimizada y de no intentar volver a identificarlos).

## 2. Discriminación múltiple e interseccionalidad

La discriminación múltiple forma parte de estudios<sup>65</sup>, textos programáticos e iniciativas legislativas de la Unión Europea, conscientes de la prevalencia del género en este fenómeno multicausal<sup>66</sup>, pero no ha sido efectivamente integrada en su corpus iuris, lo que impide su efectiva aplicación. No así la discriminación interseccional como forma específica de discriminación, en la que prevalece el resultado final sobre la suma de causas o multiplicidad de estas<sup>67</sup>.

La discriminación *interseccional*, término acuñado por Crenshaw<sup>68</sup>, parte de la necesidad de considerar de manera específica las situaciones de discriminación que surgen de la confluencia de distintos factores y que provocan un resultado distinto de la mera suma de causas independientes. En el plano digital, el sistema de inferencias que realiza el aprendizaje automático puede rastrear distintos factores, no todos ellos objeto de tutela específica bajo la legalidad de cada país (caso de la obesidad, el aspecto físico, el uso de determinada indumentaria, tatuajes, piercings... fenómeno denominado *profiling* o “aspectismo”, actuación basada en el aspecto, que incorpora con frecuencia prejuicios de género), cuya interrelación provoque el resultado final, sea la no

---

<sup>64</sup> Esta ley excluye los contratos de trabajo, pero se refiere a «decisiones tomadas por el controlador que resultan en la provisión o denegación por parte del controlador de oportunidades de empleo» (<https://www.cga.ct.gov/2022/ACT/PA/PDF/2022PA-00015-R00SB-00006-PA.PDF>).

<sup>65</sup> Comisión Europea, 2007 y 2009

<sup>66</sup> Serra Cristóbal, R., «El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales», *Teoría y derecho*, núm. 27, 2020, p. 146. DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2020.008>.

<sup>67</sup> Makkonen, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, 2002.

<sup>68</sup> Crenshaw, K., «Demarginalizing the intersection of race and sex: a Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics», *The University of Chicago Legal Forum*: 1989, Hein Online - 1989 U. Chi. Legal F. 139, <https://philpapers.org/archive/CREDTI.pdf?ncid=txtlnkusaolp00000603>.

priorización en un proceso de selección, sea la evaluación negativa a otros efectos. En este caso, la interrelación de varios de esos factores provoca un resultado que no hubiera sido priorizado en un proceso de selección o en una evaluación personal para otros fines considerando cada característica en forma aislada. El análisis interseccional, sostiene Serra Cristóbal<sup>69</sup>, “permite analizar las interdependencias entre diversos factores de opresión y, de manera simultánea, promover una interpretación indivisible e interdependiente de los derechos humanos”.

La falta de positivización hasta ahora de la figura en el derecho de la Unión Europea<sup>70</sup> (pese a su referencia en los apartados 14 de la Directiva 2000/43 y 3 de la Directiva 2000/78, ambos en el preámbulo y sin contenido concreto anudado en el cuerpo de la norma)<sup>71</sup> ha dejado sin mecanismos jurídicos la tutela efectiva de las situaciones definidas por la confluencia de varias causas de discriminación, como demuestra la STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto C-443/15, *Parris*. De suerte que la interrelación entre los conceptos computacionales y jurídicos carece, en la práctica, de efectos concretos, mientras no encuentre respaldo legal, pese a que el impacto del sesgo algorítmico pueda ser mucho mayor, en tanto que las inferencias que puede realizar el aprendizaje automático son capaces de detectar rasgos que a los humanos y sus prejuicios sociales les pasarían inadvertidos, evitando su impacto discriminatorio, lo que determina que esta modalidad de discriminación encierre un potencial mucho más grave que la discriminación simple o monocausal<sup>72</sup>, del mismo modo que el aprendizaje automático tiene una más elevada capacidad de generar discriminaciones por

---

<sup>69</sup>Serra Cristóbal, R., *op. cit.*, p. 157. Vid. también Schiek, D. y Lawson, A. (eds.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, London-New York: Routledge, 2016; y Serra Cristóbal, R. (dir.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>70</sup> También en el español, sin perjuicio de que la Ley Integral de Igualdad 15/2022 sí la incluya entre sus conceptos en su art. 6.3 la discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación (b). Asimismo, dispone que «en supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del art. 4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación». También la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual introduce en su art. 2.5 el principio de atención a la discriminación interseccional y múltiple, que define como la superposición a la violencia de otros factores de discriminación.

<sup>71</sup>Para Xenidis, R. y Senden, L., *op. cit.*, p. 738, el concepto de discriminación múltiple está presente en la Directiva 2006/54. En Europa, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *BS c. España*, de 24/7/2012, sí aplica tal concepto. Por su parte, la propuesta de directiva horizontal de 2008, aún no aprobada, 11531/08 SOC 411 JAI 368 MI 246-COM (2008) 426 final (texto refundido de 2017), se refiere específicamente a la interseccionalidad y composición de motivos de discriminación entre aquellos protegidas por las directivas, con el art. 2.2(a), que prohíbe la discriminación múltiple.

<sup>72</sup>Xenidis, R. y Senden, L., *Ibid.*, p. 740.

asociación, precisamente por su capacidad de inferir correlaciones entre datos<sup>73</sup>. Este potencial discriminatorio se endurece todavía más si se considera su invisibilidad ante las herramientas de control antidiscriminatorias, frente a las cuales puede permanecer oculto o inadvertido. En consecuencia, el reenfoque del derecho antidiscriminatorio de la UE contribuiría, sin duda, a mitigar los sesgos algorítmicos, lo que intensifica la urgencia de gestionar una cuestión que lleva demasiado tiempo pendiente de resolverse en el ámbito europeo, aunque en el español la citada Ley 15/2022, de 12 de julio, ha positivizado tales conceptos. Una fórmula adecuada para ello es la propuesta por Wachter<sup>74</sup>: la inclusión como categorías jurídicas protegidas de aquellos individuos que están claramente relacionados con las protegidas. En el plano procesal, la admisión plena de la figura reforzaría la tutela para las víctimas de discriminación múltiple e interseccional (también para la discriminación provocada por el uso de sistemas de IA), simplificando la aportación de un solo indicio del sesgo interseccional y facilitando, pues, la actividad probatoria del sesgo algorítmico<sup>75</sup>.

### **3. Disfunciones entre los conceptos de sesgo algorítmico y discriminación por asociación, por error o discriminación múltiple**

Las decisiones automatizadas pueden incurrir en discriminación múltiple por la forma en que reproducen nuestra compleja realidad social, donde convergen interseccionalmente distintos prejuicios sociales susceptibles de confluir sobre los mismos individuos<sup>76</sup>.

Identificar y corregir este sesgo cuando proviene de modelos matemáticos para la adopción de decisiones aumenta la complejidad de una tarea inherentemente críptica, ya que exige la combinación de varios criterios correctores para evitar segregar solo una de las características a proteger. Pero, en realidad, la técnica pone al alcance del derecho antidiscriminatorio opciones de mucha mayor complejidad jurídica, ya que resulta más accesible diseñar una orden de no discriminar (es decir, de priorizar) determinadas características combinadas que confluyen en un mismo individuo (sexo, origen étnico, orientación sexual...) para un algoritmo que responder con las herramientas jurídicas necesarias a un caso de discriminación múltiple. Simplemente porque lo que es factible

---

<sup>73</sup> Wachter, S., «Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising», *Berkeley Technology Law Journal*, núm. 35, 2020, [https://btlj.org/data/articles2020/35\\_2/01-Wachter\\_WEB\\_0325-21.pdf](https://btlj.org/data/articles2020/35_2/01-Wachter_WEB_0325-21.pdf), p. 371.

<sup>74</sup> Wachter, S., *Ibidem*.

<sup>75</sup> Vantin, S., *op. cit.*, p. 276.

<sup>76</sup> Xenidis, R., «Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: three pathways to resilience», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, núm. 6, 4/1/2021, pp. 739-740, <https://doi.org/10.1177/1023263X20982173>.

en términos técnicos aún no está consolidado en el derecho, ya que el derecho de la UE<sup>77</sup> aún no ha positivizado un concepto legal de discriminación múltiple que sirva para identificar y tutelar este tipo de intersección discriminatoria, de mantener su tratamiento como suma de causas independientes<sup>78</sup> (sin espacio para la discriminación múltiple<sup>79</sup> ni para la sustitución de criterios asociados a características protegidas por el derecho de la UE (v.g. país de nacimiento como sustituto de origen étnico, como sucedió en la sentencia de 6 de abril de 2017, asunto C-668/15, *Jyske Finans A/S*<sup>80</sup>) y, aunque sí lo ha hecho en el español<sup>81</sup>, queda un largo camino para su efectiva incorporación a las situaciones de discriminación algorítmica, sin olvidar el ámbito limitado de aplicación de dicha ley. En suma, nuestro derecho no está preparado aún para dar respuesta a la discriminación algorítmica, ya que permite a diferentes manifestaciones del impacto de las decisiones automatizadas eludir un marco legal encorsetado que adolece de lagunas legales y obliga a constreñir el análisis del ámbito o alcance de la discriminación a parámetros simplificados.

Del mismo modo, el concepto de *discriminación por asociación* genera dudas irresolutas. En la medida en que no cabe identificar la asociación con la correlación de datos proxy, ya que este es simplemente un elemento para detectar características por proximidad, pero no para detectar elementos de discriminación, no es posible sostener un concepto “digital” de discriminación por asociación. Sin embargo, sí se puede afirmar una clara conexión entre ambos conceptos y un elevado potencial discriminatorio derivado de la mayor precisión que tiene la asociación entre la persona discriminada y aquella característica revelada de sus allegados, que podría ser rastreada por un sistema de IA (v.gr., la relación con una persona con discapacidad).

---

<sup>77</sup>La SJUE de 24/12/2016, asunto C-443/15, *Parris*, rechaza la consideración de dos causas como discriminación múltiple o interseccional si tomadas por separado no son discriminatorias. En otras palabras, exige que sean discriminatorias en forma aislada, lo que realmente podría catalogarse como superposición de causas, pero no interseccionalidad con mayor impacto negativo asociado a la combinación de causas en un nuevo resultado.

<sup>78</sup>Xenidis, R., *op. cit.*, p. 741.

<sup>79</sup>FRA - Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, 2010, <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discrimination-healthcare>.

<sup>80</sup>Gerards, J. y Xenidis, R., «Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law», *European Futures*, 3/12/2020, <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-andopportunities-for-eu-equality-law/>.

<sup>81</sup>Según la Ley 15/2022, Integral para la Igualdad, la discriminación interseccional se define como la combinación o interacción de varias causas protegidas, dando lugar a una forma específica de discriminación (art. 6.3.b). Este texto distingue el concepto de discriminación múltiple, asimilándolo al principio establecido por la citada STJUE, como una situación en la que «una persona es discriminada simultánea o consecutivamente por dos o más causas protegidas» (art. 6.3.a).



Las correlaciones que pueden ser desconocidas por los humanos (pero que, conocidas, pudieran llevar a discriminar) son más fácilmente captables por un sistema automatizado (por inferencias en conjuntos de datos) y, por ende, pueden amplificar la capacidad asociativa con fines peyorativos<sup>82</sup>. De hecho, la correlación de inferencias entre datos implica interrelacionar rasgos que el algoritmo o conjunto de algoritmos utilizados priorizan, o descartan, de acuerdo con el resultado óptimo que proporciona el análisis, lo que acaba implicando que se definan determinadas características como más adecuadas para los fines empresariales previstos (v.gr, contratación), mientras que otros quedarán relegados. En cualquier caso, en esta operación automatizada será muy factible detectar rasgos determinantes de una discriminación *por asociación* en el sentido antes mencionado.

La *discriminación por error* (aquella que se basa en una apreciación errónea de las características de la persona discriminada) parece identificarse *a priori* con los errores del aprendizaje automático (errores algorítmicos<sup>83</sup>), al realizar inferencias que atribuyen a ciertos rasgos consecuencias que podrían no ser concordantes con la realidad (errores derivados de las reglas de la lógica cuando existe una insuficiente base de datos, sobrerrepresentación o infrarrepresentación de categorías de datos que codifican el mundo real). El proceso mental deductivo que conduce a falsas apreciaciones puede ser humano o computacional, aunque el etiquetado de datos para transformar elementos de la realidad en conocimiento digital también tiene origen humano, al ser realizado por humanos que pueden incurrir en errores y sesgos.

Ahora bien, la cuestión clave en este caso es la autoría del error, pues, si en el caso humano este es claramente atribuible a una incorrecta comprensión de la realidad o a una mala percepción sobre la persona evaluada, la errónea valoración digital de una determinada característica es debida a otros actos no humanos o al propio mecanismo de aprendizaje automático. En el primer caso, la imputación de responsabilidad es subjetiva, mientras que en el segundo puede ser objetiva si la responsabilidad laboral se atribuye a la empresa al mando de las herramientas que causaron el sesgo. El modelo de responsabilidad laboral contractual supera las dificultades inherentes a la opacidad y

---

<sup>82</sup>El ejemplo más claro, que proporciona la conocida sentencia Coleman de 17/7/2008 [asunto C-303/06], es la detección algorítmica del vínculo con una persona con discapacidad a través de distintas inferencias, como la pertenencia a una asociación de padres de personas con diversidad funcional, u otro tipo de datos que acrediten que, aunque la empresa desconocía esta circunstancia de su vida familiar, la asociación sí existe como un elemento que alimenta la decisión empresarial peyorativa.

<sup>83</sup>Según Annany (*op. cit.*, pp. 3-4), los errores algorítmicos son «construcciones *sociotécnicas*, como *relaciones* entre personas y máquinas que de alguna manera fallaron, se averiaron o se comportaron de formas inesperadas», sosteniendo que la necesidad de regulación de los errores algorítmicos como problema público surge de su consideración como sistemáticos, estructurales, fuente de condiciones injustas e imposibles de evitar.

los problemas de trazabilidad de los responsables a lo largo de la cadena computacional que originó el resultado final, ya sea a través del diseño, la alimentación, el etiquetado de los datos, el entrenamiento en contextos distintos al de su creación, o su aplicación, como la de identificar a un responsable principal o único<sup>84</sup>.

#### 4. Valoración de las decisiones automatizadas como discriminatorias

##### 4.1. ¿Es relevante conocer cómo actúa un algoritmo para calificar su impacto como discriminatorio?

La pregunta planteada es si es realmente necesario saber cómo un sistema de IA establece una conclusión o si debemos preocuparnos únicamente *por el resultado*. Del mismo modo, a qué alcanzan las obligaciones derivadas de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y su (previsible) transposición al ordenamiento español (el art. 8 bis que introduce el anteproyecto de ley para su transposición sí se refiere a la obligación de proporcionar «información adicional en los supuestos de utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia»<sup>85</sup>).

Desde esta perspectiva, podríamos considerar dos hipótesis de respuesta: a) la *tesis de la conducta*; b) la *tesis del resultado*. Nuestro derecho prima el resultado, pero también concede relevancia a la conducta en sí, ya que esta sirve para determinar el alcance de la gravedad del incumplimiento, como de la responsabilidad derivada, aun cuando la mera existencia de un impacto discriminatorio constituye, en el plano procesal, el indicio necesario para trasladar la carga de la prueba al autor de la conducta que desencadena el resultado hipotéticamente discriminatorio. En consecuencia, el proceso para llegar a la salida y los factores que intervienen en él no son irrelevantes, como tampoco lo es comprender cómo funcionan estos sesgos automatizados y cómo deben calificarse desde la perspectiva jurídica. Es evidente, pues, la necesidad de que los expertos en IA estén completamente familiarizados con la terminología jurídica afectada, no solo para hallar las correspondencias entre ambos lenguajes, sino también para abordar adecuadamente la mitigación de sesgos, ya que las correlaciones de datos no son irrelevantes ni neutrales para el derecho.

---

<sup>84</sup>Vantin, S., *op. cit.*, p. 376.

<sup>85</sup> Puede consultarse el texto en <https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado/download/b1cdbf75-f3cc-4528-a44b-2a4517537752>.

#### 4.2. Impacto discriminatorio de los algoritmos

A tenor del uso actual de los sistemas de IA con impacto en los derechos fundamentales, desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación resulta imprescindible identificar si nuestro ordenamiento jurídico puede ofrecer una respuesta satisfactoria a las reclamaciones sobre responsabilidad por decisiones automatizadas. Ello exige un análisis tanto de la naturaleza de tales formas de discriminación a la luz de las directivas de igualdad de la UE, como de su posible calificación como discriminación directa o indirecta.

El análisis del impacto discriminatorio de las decisiones automatizadas requiere confrontarlas con las reglas del derecho antidiscriminatorio, y ello lleva a formular diversas cuestiones, no todas ellas conectadas al ámbito de la discriminación: a) ¿puede existir intencionalidad discriminatoria en el uso de un algoritmo que ofrece conclusiones sesgadas?; b) ¿es necesario que exista, o cabe imputar responsabilidad objetiva como consecuencia de la intervención de mecanismos automatizados para la adopción de decisiones, o bien deben considerarse nulas por falta de intervención humana?; c) ¿constituye discriminación directa o discriminación indirecta basar decisiones en técnicas de automatización con poca participación humana y generando sesgos discriminatorios?; d) ¿son suficientes las herramientas convencionales de tutela tradicionales o convendría reinterpretar estas formas de discriminación, ya que fueron diseñadas para operar con otros parámetros?

Respecto a la primera cuestión, siguiendo a Miné<sup>86</sup>, «la discriminación directa puede ser intencional y explícita con respecto al motivo prohibido», «pero, al estar dicha discriminación explícitamente afirmada, en especial en una norma, cada vez con menor frecuencia, el derecho pone el énfasis en el efecto producido por la diferencia de trato, según un concepto objetivo de la discriminación», y «el carácter intencional de la discriminación ya no constituye un elemento esencial».

En el ámbito laboral, la diferencia de trato entre dos situaciones comparables sigue siendo relevante, más allá de la finalidad (económica, discriminatoria o de cualquier otro tipo). Dichas situaciones pueden o no estar condicionadas por el recurso a herramientas técnicas basadas en IA, pero los elementos comparables serán las situaciones en sí mismas, no la naturaleza de las acciones que las abordan (en este caso, cómo se tomó la decisión). En ese caso, estos otros aspectos deberán tener pleno peso en la evaluación del comportamiento hipotéticamente discriminatorio.

---

<sup>86</sup>Miné, M., «The concepts of direct and indirect discrimination», paper conference: *Fight against discrimination: the new 2000 Directives about Equality*, 31/3-1/4/2003, Trier, [http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02\\_Key\\_concepts/2003\\_Mine\\_ES.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2003_Mine_ES.pdf), p. 5 (ya no se encuentra disponible).

La decisión automatizada puede responder tanto al concepto de discriminación directa como al de discriminación indirecta, pues un algoritmo puede diseñarse con la finalidad estricta de descartar ciertas características, como en el caso de la selección de personal, o de realizar una evaluación basada en criterios aparentemente neutros en detrimento de individuos con determinadas características, o que prescindan deliberadamente de aquellos que condicionan claramente la evaluación de su productividad (v.gr., enfermedad o discapacidad), lo que podría calificarse como “diseño no inclusivo” del algoritmo. Tanto si se trata de una práctica no neutral como de un uso aparentemente neutro que, no obstante, puede implicar una desventaja particular para las personas que cumplen uno o más criterios (o que representaría una desventaja particular basada en el sexo, en comparación con el otro sexo), lo cierto es que la decisión empresarial en última instancia constituye una discriminación. A menos que pueda operar la salvedad que obvia la presunción de discriminación indirecta, es decir, que el criterio o práctica estén objetivamente justificados por un fin legítimo, y los medios empleados sean los adecuados y necesarios. En definitiva, el derecho antidiscriminatorio requiere una reinterpretación a la luz de estas nuevas formas de discriminación tecnológica que permitan ajustar las respuestas jurídicas.

#### *4.3. Calificación como discriminación directa o indirecta*

Evaluar el impacto discriminatorio de las decisiones basadas en algoritmos exige examinar en primer lugar si la empresa realmente incorpora parámetros sesgados en el algoritmo al adoptar sus decisiones. La respuesta no es unívoca, porque el diseño del algoritmo se construye a partir de instrucciones que persiguen un propósito, y este lo definen quienes ordenan su programación, ya sean las empresas usuarias, o las que comercializan el software para su adquisición por los empresarios usuarios para organizar sus “recursos humanos” . Por lo tanto, es posible que la respuesta sea negativa (esto constituiría una discriminación explícita directa, insertada en la estructura del algoritmo).

Ahora bien, si un algoritmo de aprendizaje automático funciona como una caja negra y, simplemente, evalúa todas las variables posibles para alcanzar la decisión más precisa, la decisión final (sesgada) podría estar contaminada y constituir un supuesto de discriminación indirecta, aunque ajena a las intenciones de los empleadores que lo utilizaron como base para su decisión. Surgen, así, varias preguntas:

a) ¿Es, entonces, la propiedad del algoritmo relevante para la responsabilidad por discriminación? Considerando la irrelevancia de la intencionalidad para calificar una acción o resultado como discriminatorio, ¿cuál sería la consecuencia de utilizar

deliberadamente arquitecturas sesgadas, frente a la mera adquisición de software que provoca el mismo resultado no deseado?

b) Si el modelo funcional del algoritmo utilizado, por ejemplo, en la selección de personal, toma como referencia un patrón histórico, es decir, los propios antecedentes sesgados de la empresa, ¿estaríamos entonces ante un posible caso de *discriminación directa inconsciente*?

A la hora de diseñar un sistema de IA o utilizar la inteligencia de datos de la propia empresa para automatizar decisiones sobre sus empleados, la cuestión central, sin duda, es la actitud de la empresa ante este riesgo: su pasividad ante el posible efecto perverso de la elección es lo que finalmente la convierte en cómplice del sesgo del algoritmo. Y, por supuesto, las acciones previas que alimentaron y entrenaron el algoritmo, y que este reproduce como el modelo ideal a seguir, que fueron ejecutadas previamente por la empresa, porque, en tal caso, aunque no es responsable de una orden directa de discriminar (como correspondería a un diseño *ex professo* con tal fin), sí es responsable de sus acciones pasadas.

La cuestión es de gran interés desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio, en tanto permite considerar la responsabilidad basada en comportamientos pasados cuando estos constituyen la base inconsciente de nuevas decisiones sugeridas por un instrumento técnico (el algoritmo), pero asumidas por humanos, como consecuencia de que un algoritmo determinó que debían ser reproducidas para asistir nuevas decisiones, incluso si la empresa desconoce el funcionamiento del aprendizaje automático y sus consecuencias (precisamente por falta de motivación del algoritmo en cuanto a los elementos en los que se basa para llegar a la conclusión). En este caso, lo verdaderamente relevante será su consentimiento para validar el sesgo que reproduce el algoritmo (confirmando la propuesta del modelo automatizado). Y, en consecuencia, en el plano laboral, el empleador sigue siendo responsable de su actuación discriminatoria. Incluso cabe valorar su conducta como constitutiva de una discriminación directa y no indirecta (pues la conducta constitutiva de discriminación directa puede basarse en un mecanismo implícito pero consciente, mientras que la discriminación indirecta requiere que el impacto discriminatorio derive de su afectación prioritaria a un colectivo definido por una característica protegida).

El algoritmo puede replicar tanto discriminaciones directas como indirectas pasadas (*patrón histórico*), desplazando así las medidas previstas en el plan de igualdad de la empresa para corregir situaciones de discriminación como consecuencia del uso de tales patrones en la automatización de decisiones.

El análisis jurídico de la correlación entre los mecanismos reputacionales de la empresa en la evaluación de los trabajadores y las decisiones empresariales tiene

también una importancia central en este enfoque, dada la singular relevancia de que la arquitectura de los algoritmos utilizados esté libre de parámetros de carácter personal, como la salud, la discapacidad, la conciliación de la vida familiar y profesional o los derechos sindicales, así como para la corrección del impacto de un sistema de evaluación de dichas características. Lo cierto es que los modelos algorítmicos de evaluación del rendimiento están ignorando sistemáticamente los criterios jurídico-laborales objeto de especial tutela jurídica frente a la discriminación, como en el caso de la discapacidad, o la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar. La cuestión puede ejemplificarse en la Sentencia del Tribunal de Bolonia de 31 de diciembre de 2020, número 29491, que considera discriminatorio dicho sistema por su diseño no inclusivo, desprovisto de cualquier factor corrector para adaptarse a situaciones que servirían para justificar a los repartidores de Glovo la cancelación de su disponibilidad para atender un servicio, regida por el algoritmo *Frank* y llevarla a excluir a personas que se encuentren en tales circunstancias (justificadas legalmente), al descabargarlos del orden de prioridad de llamamiento, lo que, por tanto, al repetirse en el tiempo, incluso comprometería la propia pervivencia de su puesto de trabajo.

#### **IV. PROTECCIÓN OTORGADA POR EL DERECHO ANTIDISCRIMATORIO**

##### **1. Marcos normativos que abordan la opacidad de las decisiones automatizadas**

Si bien las decisiones empresariales generan responsabilidad directa por parte de los empresarios, independientemente de cómo se hayan tomado o asesorado, una vez que el espacio de decisión laboral está dominado por algoritmos, altera los tradicionales mecanismos de respuesta, al modificar la capacidad defensiva de los trabajadores, porque sus características amparan la supuesta objetividad de tales decisiones y los presentan como opacos e incontestables. En efecto, el problema de la opacidad es una constante habitual en la adopción de decisiones empresariales y públicas<sup>87</sup>. El uso masivo de datos y la convergencia de complejidad y aparente objetividad (“turbia ilusión de objetividad”<sup>88</sup>) crean un escenario de confianza y diluyen la percepción de opacidad, pese a las consecuencias tangibles de tales decisiones.

Gran parte del problema de la opacidad se centra tanto en la naturaleza intangible y técnica de los algoritmos como en su propia configuración jurídica, en tanto que se encuentran sujetos a derechos de propiedad intelectual. Ambos elementos permiten a

---

<sup>87</sup>Burrell, J., *op. cit.*

<sup>88</sup>Estoica, AA; Riederer, C. y Chaintreau, A., «Techo de cristal algorítmico en redes sociales: los efectos de las recomendaciones sociales en la diversidad de redes». *Actas de la Web Conference 2018*, Lyon. ACM, Nueva York, pp. 923-932, <https://doi.org/10.1145/3178876.3186140>.

sus usuarios directos mantener un difuso halo de opacidad sobre sus decisiones cuando están automatizadas. Frente a esta barrera de opacidad actúan los mecanismos de tutela derivados del Reglamento 2016/679 y del Convenio 108, ambos relativos a la adopción de decisiones automatizadas, en tanto no se desarrollen instrumentos autónomos en este campo (no lo será tampoco la futura Ley de IA de la UE). Por esta razón, el marco jurídico aplicable (caracterizado por su enfoque central en la protección de datos personales) exige una combinación adecuada entre tales normas y el derecho antidiscriminatorio. De suerte que, mientras las primeras permiten delimitar los parámetros motivacionales de las decisiones empresariales, para valorar la validez de tales decisiones de acuerdo con parámetros de transparencia (incluyendo su *explicabilidad*, o el derecho a una explicación sobre su funcionamiento<sup>89</sup> y sus posibles excepciones, amparadas en derechos de propiedad intelectual y empresarial) y la intervención humana (ex art. 22 RGPD), el derecho antidiscriminatorio proporciona las reglas de distribución de la carga probatoria con el fin de indagar con mayor profundidad en la naturaleza hipotéticamente discriminatoria de tales decisiones.

Al margen de las normas que delimitan las obligaciones en materia de protección de datos de carácter personal y el derecho a la igualdad y no discriminación (de las que se deriva el deber de motivar la decisión automatizada), interviene también el marco normativo de la propiedad intelectual, que puede introducir complejidad adicional en la determinación de obligaciones y responsabilidades, pues comporta, asimismo, problemas de foro competente y de imputación o reparto de responsabilidades<sup>90</sup>, por más que en el ámbito laboral tales responsabilidades hayan de dilucidarse siempre al margen de la relación contractual entre empresas y trabajadores, marco delimitador de la respuesta directa de los empleadores. Esta parcelación de la normativa aplicable requeriría de un replanteamiento centrado en la protección frente a decisiones automatizadas y, en general, el uso de inteligencia artificial sobre humanos, donde igualmente quedaría comprendida la protección de los datos personales.

El análisis siguiente se centrará en el ámbito estrictamente jurídico desde la perspectiva de la discriminación, sin perjuicio de las diversas estrategias que se pueden explorar para la prevención y mitigación de sesgos, como la gobernanza y la equidad algorítmica, la evaluación del impacto del riesgo, la auditoría de algoritmos y la

---

<sup>89</sup>Goodman, B. y Flaxman, S., «European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a “Right to Explanation», *AI Magazine*, 38(3), 50-57, 2017, <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>.

<sup>90</sup>Vantin, S., *op. cit.*, p. 371.

normalización<sup>91</sup>, la supervisión sindical y de la autoridad pública, la mitigación técnica, además de la transparencia de los algoritmos y otras herramientas de intervención estudiadas por los especialistas, como las que podrían estar cubiertas por la Directiva Whistleblowing (Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2019, *sobre la protección de las personas que denuncien infracciones del derecho de la Unión*, y su correlativa Ley 2/2023, de denunciante, e incluso la utilización de los propios datos para combatir los sesgos discriminatorios (equidad algorítmica, *algorithmic fairness*<sup>92</sup>)<sup>93</sup>.

## 2. Acceso y explicabilidad de los algoritmos

Los algoritmos se definen como “secuencia(s) finita(s) de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que permiten obtener un resultado a partir de la entrada de información”, lo que significa que hay dos elementos cruciales desde una perspectiva jurídica: la secuencia de instrucciones (el “código fuente”<sup>94</sup>) y la información o datos que utiliza (conocidos como “librerías”, o conjuntos de datos, que, a su vez, están sujetos a derechos de propiedad y de uso, según su origen, a efectos de su acceso por parte de cualquier reclamante), en los que centrar el llamado derecho a la *explicabilidad* y a la transparencia, equivalentes a la motivación de la decisión que ayudan a asistir.

### 2.1. Derecho a la explicabilidad y acceso al razonamiento subyacente

El derecho de la UE conecta ambos núcleos de tutela a través de la protección de los datos personales: los propios datos personales y las decisiones automatizadas que usan

---

<sup>91</sup> Publicados por primera vez en 2021 (cfr. Centre for Data Ethics and Innovation Blog, «Developing the Algorithmic Transparency Standard in the open», Elena Hess-Rheingans y Lara Bird, octubre de 2022, <https://cdei.blog.gov.uk/2022/10/10/developing-the-algorithmic-transparency-standard-in-the-open/>), pueden consultarse los estándares internacionales Algorithmic Transparency Recording Standard del Central Digital and Data Office (CDDO) y Centre for Data Ethics and Innovation (CDEI), Algorithmic Transparency Standard (enero 2023) en [https://github.com/co-cddo/algorithmic-transparency-recording-standard/blob/main/template\\_table.md](https://github.com/co-cddo/algorithmic-transparency-recording-standard/blob/main/template_table.md).

<sup>92</sup> Ho, D. E. y Xiang, A., «Affirmative algorithms: the legal grounds for fairness as awareness», *The University of Chicago Law Review Online* (30/10/2020), <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/10/30/aaho-xiang/>.

<sup>93</sup> En Estados Unidos, la administración Obama (2016) ya planteó tal necesidad, que se ha traducido en la “Guidance for Regulation of Artificial Intelligence Applications” de 17/11/2020 (<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/11/M-21-06.pdf>), donde se plantea la “mitigación de sesgos”.

<sup>94</sup> Aplicado a algoritmos, “por código fuente se entiende todo texto legible por un ser humano y redactado en un lenguaje de programación determinado. El objetivo del código fuente es crear normas y disposiciones claras para el ordenador y que este sea capaz de traducirlas a su propio lenguaje” (definición de *Digital Guide Ionos*).



estos datos. El puente de conexión hacia la tutela frente a la discriminación es precisamente la afectación de las decisiones automatizadas basadas en datos, en la medida en que estas emplean perfilación (ex art. 22 RGPD) y pueden contener sesgos, de muy difícil comprensión, como resultado de la propia complejidad del aprendizaje automático en el que se basan<sup>95</sup>.

De ahí que el hecho de que uno de los elementos fundamentales en la articulación de la protección frente a la discriminación algorítmica (hasta lograr un mayor desarrollo normativo) sea, precisamente, el análisis del tratamiento de datos, aun admitiendo la limitación del ámbito aplicativo y posibilidades que ofrece el art. 22 RGPD, que apela a herramientas que se han revelado como absolutamente insuficientes en el campo de las inferencias por aprendizaje automático (la seudonimización<sup>96</sup> y otras técnicas a las que alude dicho precepto para anonimizar datos o despojarlos de rasgos personales, puesto que cualquier tipo de atributo es susceptible de rastreo e inferencia, lo que supone que tales técnicas no garantizan la igualdad).

Examinemos, pues, este marco legal. En el ámbito europeo, dos instrumentos garantizan el derecho a la protección de datos: el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, Convenio 108, y el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD).

En el contexto de una demanda por discriminación, el derecho a la transparencia y explicabilidad puede materializar la justificación objetiva y razonable que puede ser exigida a la empresa responsable de la decisión, según la aplicación de la distribución de la carga de la prueba en un proceso por discriminación. Sin embargo, hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones (*principio de transparencia algorítmica*) resulta difícil en tales casos. La explicabilidad de los algoritmos cumple varios propósitos: ayuda a entender su funcionamiento, tanto para diseñadores y desarrolladores como para aquellos afectados por sus efectos y contribuye a la confiabilidad del sistema (y su auditoría); además, permite construir el argumentario jurídico para desvelar su posible ilegalidad<sup>97</sup>, o el impacto de esta, una vez aplicada en un contexto determinado. Por ello, resulta determinante calibrar el grado de explicabilidad y valorar la exploración neutral de

---

<sup>95</sup> Gunning, D., «Explainable Artificial Intelligence (XAI)», 2017, [https://sites.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/\(Gunning\)%20JCAI-16%20DLAI%20WS.pdf](https://sites.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/(Gunning)%20JCAI-16%20DLAI%20WS.pdf).

<sup>96</sup> "Datos seudonimizados" son los datos personales que no pueden atribuirse a un individuo específico sin el uso de información adicional, siempre que dicha información adicional se mantenga por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona identificable (tomado de la Ley de Connecticut sobre Privacidad de Datos Personales y Monitoreo en Línea por el Proyecto de Ley Sustituto del Senado N° 6 Ley Pública No. 22-15, [Act Concerning Personal Data Privacy and Online Monitoring by Substitute Senate Bill No. 6 Public Act No. 22-15](#)).

<sup>97</sup> Ebers, M., *op. cit.*, p. 48.

los algoritmos por parte de un tercero que permanezca ajeno al ámbito de la propiedad intelectual y del secreto empresarial que pudieran derivarse de la divulgación a efectos de búsqueda de sesgos<sup>98</sup>. La auditoría de algoritmos se convierte en una herramienta clave para ello (y así lo es, también en la Propuesta de Ley sobre IA de la UE).

En cuanto a la configuración jurídica de este derecho, la primera cuestión relevante es la exclusión de la protección de datos *no personales*, según el art. 9.1(b) del Convenio 108, que, asimismo, prevé una excepción (art. 8.3): los datos personales que no sean recabados de los interesados, en cuyo caso el responsable está exento de la obligación si el procesamiento implica “esfuerzos desproporcionados”. Cabe interpretar que el aprendizaje profundo complica particularmente el cumplimiento de este deber y así identificar esta situación con los “esfuerzos desproporcionados” a los que se refiere el precepto.

En segundo lugar, la propia regulación del derecho lo circunscribe a *los contratos en línea o procesos totalmente automatizados*. En efecto, los interesados tienen derecho a conocer la motivación del algoritmo cuando este se utiliza para elaborar perfiles (el caso regulado por el art. 22 RGPD y cuyo objetivo es cubrir el ámbito público de procesamiento de datos, con fines de orden público, como se desprende de la proposición de Ley de IA de la UE), es decir, al conocimiento del *razonamiento subyacente* en el procesamiento de datos cuando sus resultados les son aplicados (este es también el sentido apuntado por el dictamen del CESE cuando se refiere a que el principio de transparencia algorítmica consiste en hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman), y a que esta explicación sea proporcionada por humanos. Es decir, conocer la *lógica que subyace* en el tratamiento de datos si se les aplican los resultados del mismo<sup>99</sup> y que esta explicación debe ser proporcionada por humanos. El considerando 71 del Reglamento predica este derecho de las personas que acceden a *servicios contratados en línea sin intervención humana alguna*, y sostiene que *este tipo de tratamiento incluye la elaboración de perfiles que comprende cualquier forma de tratamiento de datos personales que evalúe aspectos personales de una persona física* (afiliación sindical, rendimiento en el trabajo, origen étnico o racial, opiniones políticas, religión o creencias filosóficas, datos de salud o vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad relacionadas, considerando 75<sup>100</sup>), en

---

<sup>98</sup>Ebers, M., *op. cit.*, p. 80.

<sup>99</sup> Esta es la indicación que da el dictamen del CESE al referirse a que el principio de transparencia algorítmica significa hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones tomadas.

<sup>100</sup> Los “datos sensibles”, a tenor del art. 6 del Convenio 108, son categorías especiales de datos protegidos por el citado precepto, que requieren garantías complementarias apropiadas cuando se procesan, especialmente el origen racial o étnico, opiniones políticas, afiliación sindical, creencias

*particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo... en la medida en que ello produzca efectos jurídicos en él o le afecten significativamente de modo similar.* La norma parecería, pues, delimitar literalmente un ámbito restringido del derecho a la explicabilidad, que, por tanto, no se extendería a las decisiones automatizadas en una parte del proceso de decisión, aunque esta sea una parte especialmente relevante en el conjunto de factores que conducen a la decisión final, v.gr., cribado de currículos en un proceso de selección, que en última instancia se “humaniza” poniendo humanos a cargo de la decisión. Así, como ocurrió en el caso Uber (Tribunal de Ámsterdam, sentencia C/13/692003/HA RK 20-302), podría haberse limitado a validar la recomendación del sistema de IA, que, a su vez, puede haber utilizado un patrón histórico que replique decisiones sesgadas anteriores, o, incluso, si este no es el caso, pone fin a un procedimiento en el que la fase de cribado de currículos fue íntegramente automatizada, incluso si el proceso ha contado con humanos en su fase final. En este ejemplo, considerando, v.gr., que han sido presentados mil currículos, de los cuales quince fueron preseleccionados para su examen humano, el grueso del sesgo, donde probablemente radique la mayoría de discriminaciones por diversas causas protegidas, habrá quedado incluido en una fase completamente automatizada, respecto de la cual no se ofrecerá ninguna explicación formal, cuando, como se indica en el considerando 71, no se trate de “... *servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna*”. Ello podría acontecer porque no sean servicios de contratación en red o porque sí exista intervención humana en la cadena de decisión. De ahí la particular importancia de delimitar el concepto para exigir que la “intervención humana” sea “significativa” o “sustancial”.

En tercer lugar, el contenido de la explicación se refiere a la “razonamiento subyacente”, es decir, al *mecanismo de razonamiento del algoritmo* (¿el código fuente o su modificación a través del aprendizaje profundo?), mientras que la norma española sólo ampara el derecho a conocer la finalidad del tratamiento, *no cómo este se ejecuta técnicamente*. Dado que el elemento principal de la decisión son los datos e incluso si estos se utilizan para la elaboración de perfiles, el alcance del derecho sigue limitándose al ámbito de la protección de datos y su contenido (el derecho a ser informado del derecho de oposición en las circunstancias del art. 22, que estaría así también dentro de un marco restringido de aplicación) y no al derecho a la igualdad.

Sin embargo, el derecho a la información básica en un proceso de selección cuando se ve afectado por un algoritmo que evalúa una decisión a partir del análisis de datos

---

religiosas o de otro tipo, vida sexual o salud...de manera autónoma o en combinación con otros datos (*Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, 2015).

cuando estos provienen de terceros excluidos de la decisión automatizada no brinda ayuda específica a los afectados. En primer lugar, porque los propietarios de los datos personales serán distintos de los que serán evaluados utilizando dichos datos para alimentar el sistema de IA. En segundo lugar, porque probablemente esas personas ya conocerán la finalidad del tratamiento de los datos y su responsable (que, de no serles conocida, tampoco le aportaría gran ayuda en la identificación del sesgo), aunque la norma añade finalmente que *la información básica podrá incluir en estos casos las categorías de datos objeto de tratamiento y las fuentes de su procedencia*. Solo esta información completa podría ayudar a un reclamante a saber cómo se tomó la decisión y exigir una explicación. Aunque, en este caso, el análisis de las categorías de datos permitiría acceder a la fuente del algoritmo de decisión, pero de una manera superficial, si no se comparte el *código fuente*, e incluso si lo es, puede resultar igualmente insuficiente, a menos que se compartan los datos que alimentaron el algoritmo<sup>101</sup>.

## 2.2. Intervención humana significativa

La intervención humana conectada con las decisiones automatizadas cuenta con un único referente normativo en nuestro derecho positivo: el art. 22 RGPD (y su homólogo en el derecho interno). A tenor de este precepto, y de su interpretación en los considerandos anteriores, el derecho a la explicabilidad se refiere a *los servicios contractuales en línea sin intervención humana alguna*, lo que pone de manifiesto la urgente necesidad de ampliar esta estrecha esfera de atención legislativa a la adopción de decisiones laborales automatizadas. Pero, por otra parte, aun admitiendo su interpretación extensiva a ámbitos distintos a los servicios contractuales en línea, el concepto de intervención humana debe ser central en la regulación y análisis jurídico correspondiente, considerando el uso que las empresas hacen de diferentes herramientas apoyadas en IA para adoptar decisiones (incluida la selección y contratación de personal, no en línea o en red, aunque esta sí sirva para desplegar el proceso de selección, o incluso simplemente el de captación de la demanda de empleo, v.gr., cribado de currículos). En particular, el concepto de intervención humana (o “human-in-command” ), reivindicado igualmente desde los planos ético y tecnológico, precisa una acotación normativa que asegure su exigibilidad en contextos laborales, para excluir validaciones automáticas de las recomendaciones automatizadas, o para asegurar que la intervención humana sea algo más que procesar la orden de confirmación y, en cambio, sea sustancial o significativa.

---

<sup>101</sup>Roig, A., *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*. Bosch, Barcelona, 2020.

Esta idea puede observarse desde dos perspectivas:

a) La de *la intervención humana significativa*. Esta debe ser capaz de explicar que el procesamiento automatizado previo a la decisión humana lo ha sido de aspectos accesorios, o que no condujeron a una decisión final y definitiva para ningún individuo. Usando una símil procedimental, se referiría a los actos que ponen fin al proceso, v.gr., acceso a un puesto de trabajo (en lugar de al proceso).

b) El de *acotación del concepto de decisión*. Este supuesto incluiría dentro del ámbito de las garantías no sólo aquellas decisiones que puedan considerarse “finales” o definitivas, v.gr., la decisión de contratación, sino todas aquellas relevantes para los sujetos implicados, como la exclusión del proceso de contratación. Esta interpretación requeriría que la fase de cribado también fuera supervisada por humanos, quienes, además, se responsabilizarían del proceso de notificación a los interesados, expresando así la *explicabilidad exigible* y facilitando su impugnación.

En cualquier caso, podría sostenerse la conveniencia de que ambas vertientes de este enfoque se incorporaran a los modelos automatizados de decisión para su aplicación al ámbito laboral, pues se trata de decisiones que pueden afectar a derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad y la no discriminación (lo que requeriría una regulación específica de los derechos laborales digitales).

### 2.3. Acceso a la motivación y derechos de propiedad intelectual

En el marco de la tutela antidiscriminatoria, y, en particular, de la justificación objetiva y razonable que pueda salvar el indicio discriminatorio, en consecuencia, a la motivación de la decisión impugnada y la delimitación del alcance del derecho a una intervención humana (art. 22 RGPD), puede ser esencial determinar el alcance del acceso a ese instrumento intangible en el que se basó la decisión empresarial (secuenciación en la que consiste el algoritmo), como a los datos que lo alimentaron (librerías o información en forma de macrodatos). Una primera tendencia ha sido, no obstante, centrar las reclamaciones frente a decisiones automatizadas en el acceso a uno solo de estos elementos, el código fuente, con el propósito de verificar los defectos de diseño que puedan determinar el perjuicio que sostiene la reclamación (y conocer cómo se adoptó la decisión).

El abordaje jurídico de la cuestión debe tener en cuenta dos situaciones diferenciadas: a) algoritmos de arquitectura simple, no basados en *aprendizaje automático*, en los que los datos de entrada pasan a ser secundarios, como en el caso de las aplicaciones administrativas para la solicitud de ayudas públicas (en las que aquel

se centra en una decisión binaria [sí/no]<sup>102</sup>), y solo debe determinar si los solicitantes cumplen o no con los criterios previamente introducidos en la fase de su diseño); o b) los basados en aprendizaje automático o alimentación por datos, como es el caso de los algoritmos predictivos utilizados en la selección de personal, donde los datos son precisamente la clave del aprendizaje para realizar predicciones o elecciones (v.gr., el algoritmo Send@ del SEPE). Mientras que en el primer caso conocer la secuencia de programación seguramente proporcionaría una idea del origen de la decisión (o su eventual manipulación sesgada), en el último caso, dicho acceso, sin duda, no facilitará la base necesaria para plantear una oposición solvente al perjuicio causado por el sesgo.

Pues bien, las primeras reclamaciones en el ámbito laboral se han centrado únicamente en el *código fuente* (cfr. trabajadores de Glovo<sup>103</sup> o de Uber, solicitando acceso al “código fuente” del algoritmo), como forma de garantizar el derecho a la transparencia (si bien dicho acceso no garantiza su inteligibilidad, ya que requiere conocimientos técnicos suficientes para su interpretación). Si el *software* patentado o los algoritmos son propiedad intelectual de sus creadores (o adquirentes, si se cedieron sus derechos), es posible que el empleador solo es adquirente de una licencia de uso y no ostenta titularidad ni poder de disposición alguno que permita materializar el derecho a la transparencia.

Ante una reclamación de este tenor, la empleadora podría oponer derechos de propiedad intelectual sobre el algoritmo, que se despliega sobre “las diferentes partes que integran una obra, (...) siempre que contengan determinados elementos que expresen la creación intelectual del autor” (STJUE, Infopaq International, C-5/08, Rec. p. I-6569, apartado 39, y STJUE, Gran Sala, de 2/5/2012, asunto SAS Institute Inc contra World Programming Ltd., apartado 65). Dicha protección no se extiende a las ideas y principios en los que se basa cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, de acuerdo con la Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. En su considerando undécimo, se refiere explícitamente a los algoritmos: “de acuerdo con este principio de derechos de autor, en la medida en que la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación abarquen

---

<sup>102</sup>Scantamburlo, T., *op. cit.*, p. 703.

<sup>103</sup> En el primer caso, el Tribunal de Ámsterdam en sentencia C/13/692003/HA RK 20-302 de 11/3/2021 (y C/13/687315/HA RK 20-207 de la misma fecha) resuelve desfavorablemente, en tanto que se proporcionó a los trabajadores una explicación suficiente sobre dicho funcionamiento y esta no fue impugnada por ellos (sin perjuicio de la obligación de proporcionar acceso a los datos personales a los afectados). El segundo fue resuelto por sentencia del Tribunal ordinario de Bolonia de 27/11/2020, que estimó que los algoritmos utilizados por la empresa no eran inclusivos. En España, vid. <https://www.ccoo.cat/noticies/ccoo-de-catalunya-exigeix-coneixer-com-funcionen-els-algoritmes-de-glovo/>.

ideas y principios, estos últimos no están protegidos con arreglo a la presente Directiva”, que deberán protegerse “mediante derechos de autor” en las legislaciones nacionales. Tal protección, conforme al considerando 63 del RGPD, permite ocultar el código fuente en el contexto de una reclamación (del mismo modo, la mera observación, estudio o verificación del funcionamiento de un programa sin autorización previa del titular no constituye una infracción del derecho, conforme al art. 5.3 de la Directiva 2009/24/CE, pero, a tenor de la jurisprudencia de la UE, esta simple observación no es identificable con el acceso al código fuente).

En la misma línea, si la empresa hubiera obtenido una copia con licencia del algoritmo, conforme a la Directiva 2009/24/CE, estaría asimismo autorizada a “observar, estudiar o verificar el funcionamiento de un programa de ordenador con el fin de determinar las ideas y los principios implícitos en cualquier elemento del programa”, porque estas no están protegidas por los derechos de autor cubiertos por la directiva (STJUE Gran Sala, de 2/5/2012, asunto SAS, apdo. 50). Igualmente el razonamiento 61 de la sentencia identifica esta situación con el mero uso del programa, sin acceso al código fuente, distinguiéndola de estudiar, observar, verificar..., para concluir que «las palabras clave, la sintaxis, los comandos y combinaciones de comandos, las opciones, los valores por defecto y las iteraciones están compuestos por palabras, cifras o conceptos matemáticos que, considerados aisladamente, no constituyen, en cuanto tales, una creación intelectual del autor del programa de ordenador» (apdo. 66), aunque «solo a través de la elección, la disposición y la combinación de tales palabras, cifras o conceptos matemáticos puede el autor expresar su espíritu creador de manera original y obtener un resultado, el manual de utilización del programa de ordenador, que constituye una creación intelectual» (STJUE de 16/7/2009, Infopaq International, C-5/08, apdo. 39). En conclusión, aunque la resolución se refiera a otro núcleo de análisis (la copia de un programa informático o parte de él), el tribunal considera que esa combinación a la que llamamos algoritmo sí constituye una creación intelectual, que se documenta y escribe en lenguaje de código, pues «el objeto de la protección conferida por esa Directiva abarca el programa de ordenador en todas sus formas de expresión, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos, tales como el código fuente y el código objeto» (STJUE de 22/12/2010, asunto *Bezpečnostní softwarová asociace*, apdo. 35).

## **V. ACREDITACIÓN Y PRUEBA DE DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA**

### **1. En el caso de sesgos algorítmicos**

Para que pueda evaluarse el carácter discriminatorio de una decisión, la acreditación del indicio de la discriminación constituye presupuesto necesario, a tenor de las reglas

probatorias (arts. 8 Directiva 2000/43/CE, 10 Directiva 2000/78/CE y 19 Directiva 2006/54/CE), aunque resulta difícil responder acerca de si decidir por mecanismos digitales interpuestos realmente dificulta o no la prueba del indicio.

Como hipótesis de partida, no debe descartarse *a priori que la interpretación de la apariencia de discriminación o indicio suficiente* no se viera alterada por el uso de un algoritmo, pues estos se presentan precisamente como herramientas de objetividad y precisión en el asesoramiento de decisiones. En un escenario como el de un proceso de selección de trabajadores, el sesgo del algoritmo, si existe, puede acreditarse por medio de mecanismos probatorios tradicionales (v.gr., comparación entre los individuos elegidos y los excluidos). Ahora bien, una vez admitido el indicio, y considerando la gran precisión que alcanza un algoritmo de selección, salvo que el sesgo se encuentre en su diseño (código fuente), ¿cómo se efectúa el análisis comparativo en el universo objeto de procesamiento con respecto al individuo excluido de la selección? En otras palabras, si en un proceso de selección en el que concurren cientos de candidatos se excluyen grupos de individuos con diversas características protegidas (o no), la comparación entre la persona reclamante y las no descartadas no servirá para confirmar que el motivo de la exclusión fue únicamente las características de ese individuo, ya que también se pueden haber rechazado toda una serie de características inferidas.

En cuanto a la distinción binaria hombre/mujer, y la exclusión sistemática de las mujeres, el análisis parecería sencillo, pero, si se trata del rechazo a características correspondientes a distintos grupos (discapacidad, etnia, religión, origen, entre otros) y no a otros, o no su combinación con otros, el examen adquiere verdadera complejidad, ya que la multitud de variables combinadas por el modelo automatizado también permite considerar que otras características que pudieron haber sido identificadas podrían haber sido priorizadas, pero haber pasado desapercibidas en la acreditación del indicio necesario. Resulta aún más complicado calificar como discriminatorias decisiones cuando los criterios utilizados por el algoritmo no se correlacionan con precisión con características atribuibles a una categoría social protegida, aunque también podrían estar relacionados con dicha característica. Por ejemplo, tomando como referencia el caso citado por Xenidis<sup>104</sup>, si el fundamento de la decisión del algoritmo se basa en variables como la distancia al lugar de trabajo, esta no determina *per se* la existencia de un criterio discriminatorio bajo el derecho positivo, pero, si tal factor se combina con un origen concreto, que está conectado con una característica protegida, la inferencia realizada por el algoritmo resulta en una decisión discriminatoria (v.gr., los individuos que residen en la zona rechazada son mayoritariamente población inmigrante). Si, a su vez,

---

<sup>104</sup> Xenidis. R, *op. cit.*, p. 4.



la característica asociada no es una de las protegidas por el derecho antidiscriminatorio, se podría producir una situación de discriminación interseccional, producto de la confluencia de varios factores que solo un análisis más exhaustivo sería capaz de revelar, y que solo un marco de protección más amplio que el previsto por las directivas de igualdad podría calificar de discriminatoria. Ahora bien, también es importante tener en cuenta la posible ruptura del nexo de conexión necesario para establecer la relación entre la decisión y la discriminación alegada, precisamente por la distancia entre los datos de referencia y la consecuencia analizada. En definitiva, lo más relevante es que la dinámica funcional inherente a los mecanismos de decisión automatizados dificulta enormemente la detección de sesgos discriminatorios, y obliga, en consecuencia, a perfeccionar la profundidad del análisis y un replanteamiento de la estrategia jurídica en la tutela de la no discriminación.

## **2. En el caso de discriminación múltiple y/o interseccional**

La discriminación múltiple e interseccional encuentran una equivalencia directa entre los métodos de inferencia de datos y el resultado discriminatorio, por lo que la admisión legal de la autonomía de ambas figuras permitiría dar justa cobertura a los vacíos de discriminación que, por efecto de los mecanismos automatizados estudiados, pueden no solo estar sujetos a un aumento exponencial en gran medida invisible, sino que, además, permanecerían al margen de una tutela jurídica adecuada.

Descendiendo al plano probatorio, resulta de interés analizar si la equivalencia entre la interseccionalidad y el sesgo resultante de la inferencia entre campos de datos es susceptible de acreditación probatoria. En la medida en que el aprendizaje automático no permite conocer la correlación entre datos y cuáles de ellos han determinado el resultado, y, si técnicamente no es factible asistir en esta explicación a la hipotética víctima de la decisión discriminatoria, probablemente estemos ante un caso de discriminación múltiple, interseccional, pero no sea posible constatarlo, salvo que la empleadora proporcione también los datos de contraste (no los datos de alimentación). En definitiva, se trata del esquema tradicional de aportación de indicios, facilitado por el uso de otro sistema automatizado capaz de hallar la correlación entre un conjunto de individuos y el individuo que alega la discriminación, que bien pudieran también ser asistidos por mecanismos automatizados diseñados para detectar la incidencia estadística simple o interseccional de sesgos discriminatorios.

## **VI. REFLEXIONES FINALES EN TORNO AL IMPACTO DE LA FUTURA LEGISLACIÓN SOBRE IA**

La subjetividad domina las decisiones automatizadas basadas en datos masivos. Cuando se convierte en prejuicio y, por ende, discriminación, se genera un problema jurídico necesitado de una respuesta pública. El impacto jurídico de los modelos de adopción de decisiones afecta especialmente a las mujeres y las minorías, en los procesos de contratación o en la gestión de las relaciones laborales, en ámbitos como la evaluación, la vigilancia, la gestión del tiempo de trabajo o el ejercicio del poder disciplinario. El sesgo y la falta de diversidad pueden causar discriminación indirecta incluso en relación con la conciliación de la vida laboral y personal y la diversidad funcional dentro de la organización del trabajo cuando esta se rige por decisiones automatizadas. Las evaluaciones de los clientes también pueden sesgar la clasificación de los trabajadores y las decisiones de despido e introducir acoso y violencia en la relación laboral. Es, asimismo, el caso de los procesos de selección intervenidos por sistemas automatizados que utilizan datos biométricos y características personales para filtrar candidatos y eliminar a aquellos que no son 'aptos' para la empresa por razones discriminatorias. Este caso podría calificarse como discriminación directa o indirecta según las instrucciones (explícitas o no) que el empleador transmitiera a los diseñadores de la aplicación basada en IA utilizada por aquel.

Abordar este tema jurídico es una tarea que debe acometerse desde el derecho antidiscriminatorio, pero también desde la protección de datos personales y la futura Ley de IA de la UE. En el momento presente, la respuesta más efectiva para la protección frente a la discriminación algorítmica en el trabajo se encuentra en el derecho antidiscriminatorio (con la ayuda de la protección de datos personales), en el marco de la tutela de los derechos fundamentales. Dentro de este ámbito, es necesario superar algunos obstáculos para una protección completa del derecho a la igualdad y no discriminación, cuando esta, ya ha ocurrido: la interpretación de las inferencias de IA de acuerdo con la discriminación interseccional y múltiple, y con la discriminación por asociación, la regulación efectiva de los derechos a la explicabilidad, la transparencia, el acceso a la motivación de la decisión y el derecho a una intervención humana significativa en la adopción de decisiones más allá de la mera confirmación automática (no ajustada al espíritu del art. 22 RGPD); y, en tercer lugar, la regulación de la prueba, considerando las enormes dificultades de los trabajadores para detectar los indicios acerca del carácter discriminatorio de la decisión, con el consiguiente sacrificio económico ligado a la contratación de técnicos expertos para tal detección. Dificultades

que se incrementan cuando no ha existido selección en el proceso de contratación, lo que priva a estos aspirantes de información suficiente.

Las reflexiones previas en torno a la respuesta jurídica que ofrece nuestro actual ordenamiento jurídico sin duda deben cerrarse con su cotejo con el inevitable marco legislativo que sus dimensiones, presentes y futuras, exigen. Partiendo de las debilidades que el derecho positivo parece mostrar, a la luz de los distintos puntos oscuros que muestra el diálogo entre derecho y ciencia de la computación, resulta obvia la necesidad de acomodar el derecho, y su interpretación, a estas nuevas formas de operar jurídicamente, y, en lo que afecta al tema especialmente analizado, de tomar decisiones con consecuencias jurídicas, que afecten a los derechos (fundamentales, sobre todo) de las personas en el trabajo. A tal fin se dirige la propuesta de reglamento de IA de la UE, a la que se han realizado algunas referencias anteriores. Pero, en una visión holística de la propuesta, cabe destacar algunos elementos de especial interés en este tema.

En primer lugar, se trata de reparar la relativa anomia que supone en tan vasto contexto contar con una regulación tan parca como la que proporciona el tratamiento de datos (aun con el refuerzo al derecho a la intimidad o la protección de datos que supone esta garantista normativa) o la seguridad del producto (o los servicios digitales), que, como ha quedado patente, no resuelve los fallos de seguridad más críticos con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como con el derecho a la igualdad de oportunidades.

En segundo lugar, la propuesta tiene una aspiración limitada, entendida en el sentido de acotar algunos de los usos o de los sistemas de IA que se han constatado presentan los mayores riesgos, especialmente para los derechos fundamentales, lo que deriva en un enfoque de riesgos multinivel, en el que tales riesgos, producto del uso de sistemas de IA en sus distintas variantes (incluidos los modelos fundacionales), se conciben, en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dentro de un umbral de tolerancia donde ciertos sistemas quedan proscritos por representar un «riesgo intolerable», y otros se califican «de alto riesgo», en todos los casos bajo condiciones y limitaciones. Considerando que los basados en biometría<sup>105</sup> quedan

---

<sup>105</sup>El art. 5.1 en su apartado b) prohíbe la utilización de sistemas de categorización biométrica (entendiendo por tal el art. 3.1.35) la «asignación de personas físicas a categorías concretas, o inferencia de sus características y atributos, en función de sus datos biométricos y sus datos de base biométrica, o que puedan inferirse a partir de dichos datos») que clasifiquen a personas físicas con arreglo a atributos o características sensibles o protegidos o sobre la base de una inferencia de dichos atributos o características [también el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público en su apartado d), o para inferir las emociones de una persona física en lugares de trabajo en su apartado d) quater, para el análisis de imágenes de vídeo grabadas de espacios de acceso público que empleen sistemas de identificación biométrica remota «en diferido», en su apartado d) quinquies], y, en su apartado c),

proscritos por esta propuesta de reglamento (por tanto, también todas las herramientas de selección de personal que los utilizan), pero que los de autenticación parecen relegarse al segundo nivel, el de alto riesgo, podría estar validándose el sistema de acceso biométrico a los lugares de trabajo, si bien bajo las estrictas condiciones impuestas en el mismo y las derivadas del RGPD (art. 6.1) y la LOPD española, así como a las evaluaciones que supone el art. 35 RGPD y la certificación de conformidad que impone la propuesta. Sin embargo, los sistemas de control del trabajo guiados o automatizados por IA se gradúan en un escalón inferior, lo que supone su plena admisión controlada en el mundo del trabajo. Tal normalización supone, pues, una apuesta por el uso, aunque controlado, de la automatización de la gestión de la fuerza de trabajo, el control y la supervisión de trabajadores, partiendo de la que se concibe como era digital imparabile y necesaria, aunque deba ser sostenible. Tal sostenibilidad se ampara en distintas técnicas, tanto externas como internas, en el diseño, comercialización y uso de los productos que funcionan con IA. En cuanto a los que sirven a la gestión del trabajo, se trata de la imposición de controles externos (residenciados en las pertinentes autoridades públicas, que, en el caso español, se ha de centrar en la Agencia Española de Supervisión de IA, AESIA) e internos: el sistema de gestión de riesgos (análisis y estimación) sobre los derechos fundamentales ex art. 9 de la propuesta<sup>106</sup>. Algunas reservas se intuyen en el diseño de este sistema de gestión: primero porque la propia propuesta realiza una estimación en el apartado 3.3 de su exposición de motivos de entre 5000 y 8000 euros al año, y, en segundo término, porque la propuesta de reglamento reserva para los sistemas de alto riesgo, es decir, los que puedan aplicarse en la gestión del trabajo, un sistema de carácter interno, esto es en el contexto analizado, de la propia empresa usuaria del sistema de IA, en tanto que cada una de las implicadas en la cadena de valor del producto habrá de aplicar su propio sistema interno, y, por tanto, aquel habrá de llegar al usuario final libre de gran parte de sus riesgos potenciales, pero no puede olvidarse que, en términos de sesgos o riesgos para los derechos fundamentales, cada nuevo contexto al que resulten aplicables

---

la de aquellos que sirven para la evaluación o clasificación de personas físicas o grupos de personas físicas a efectos de su calificación social atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque «un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente» y/o «un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros que es injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este».

<sup>106</sup> En concreto, el art. 9.2 a) se refiere a «la identificación, la estimación y la evaluación de los riesgos conocidos y razonablemente previsibles que el sistema de IA de alto riesgo pueda plantear para la salud o la seguridad de las personas físicas, sus derechos fundamentales, incluida la igualdad de acceso y oportunidades, la democracia y el Estado de Derecho o el medio ambiente, cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista y en condiciones de uso indebido razonablemente previsible».

incorporará sus propios riesgos, que habrán de someterse a tal sistema de gestión interna de riesgos. Llegados a este punto, nuestra legislación debería prever, en ausencia de referencias más explícitas en el reglamento europeo, la intervención de la representación legal de los trabajadores en tal supervisión interna, y, en aplicación del criterio de la transparencia predicado por el art. 13.1, amén de la que ya figura concretada en los arts. 13.2 f) y 15.1 h) RGPD en términos de derechos pasivos (a información y a explicación), una forma más efectiva de transparencia, en este caso en la aplicación de sistemas automatizados con el detalle necesario para capacitar a los interesados en la interpretación de la información de salida del sistema (art. 13.1), a fin de transformar este derecho en una facultad activa. Y es que la legislación española, en virtud del art. 2.5 quater de la propuesta, introducido en la enmienda 162, podría ampliar las garantías que para los afectados por sistemas de IA se introdujeron tímidamente en la versión aprobada el 14/6/2023, en todo caso a la espera de confirmar la versión definitiva del reglamento una vez adoptado<sup>107</sup>, amén de las que derivan del acervo de la Unión en materia de protección de datos, privacidad y no discriminación (art. 5.1 bis). En definitiva, es razonable pensar en una legislación interna más garantista en términos de derechos fundamentales, que concrete y supere los mínimos dispuestos en un reglamento más orientado a la regulación del mercado que a la protección de los derechos fundamentales.

Por otra parte, no puede obviarse que el sistema de clasificación de riesgos que introduce la propuesta de reglamento europeo condiciona la calificación de alto riesgo (art. 6.2) en el caso de sistemas que asisten decisiones, como la gestión del trabajo («sistemas de IA independientes con implicaciones relacionadas principalmente con los derechos fundamentales» previstos en el punto 2 del anexo III), a la concurrencia del requisito denominado «riesgo significativo de causar perjuicios para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas» y que, además, los somete a un único tipo de control, el interno (no a la certificación por terceros, salvo los sistemas de identificación biométrica). Riesgo significativo que no se define en mayor detalle para entender cuándo un uso es crítico, pero que, en el contexto que se analiza, cabe identificar con la detección de sesgos discriminatorios. No es menos cierto que el preceptivo sistema de gestión de riesgos previsto en el art. 9 (cuyo apartado 8 incrementa la obligación de seguridad para grupos vulnerables de personas o menores que puedan verse afectados por su uso) o los deberes de gobernanza de datos descritos

---

<sup>107</sup> El precepto citado reza: «no impedirá que los Estados miembros o la Unión mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores o fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores».

en el art. 10 definen el nivel de seguridad del sistema que pueda adquirirse por una empresa para la gestión del trabajo, pero será su uso concreto el que determinará en cada caso si este ha pasado a considerarse crítico, sin perjuicio de las posteriores evaluaciones durante todo su ciclo de vida, y con independencia de que, de acuerdo con el art. 52.2, los trabajadores deban ser informados de forma clara e inteligible y deba recabarse su consentimiento previo conforme al RGPD y la Directiva (UE) 2016/280. Sin embargo, resulta oportuno considerar que la filosofía de la clasificación del riesgo que realiza la propuesta y en la que incluso se conciben ciertos riesgos como «limitados», se asienta sobre el presupuesto de la tolerancia de ciertos riesgos no evitables (para los que se disponen deberes de mitigación y control en el art. 9.4 b), y acepta el uso «indebido razonablemente previsible» del sistema de IA de alto riesgo). Lo que parece inferirse, pues, es que cada empresa usuaria debe estar comprometida en ese proceso de auditoría del impacto del uso del sistema que se disponga a implantar para la gestión de procesos de trabajo y de contratación de personal. Referencias fácilmente inteligibles respecto de grandes empresas: sin embargo, el marco de relaciones laborales en España hace difícilmente compatible en términos realistas el recurso a técnicas de gestión de personal y de control del trabajo con las prevenciones que se suponen exigibles para la garantía de los derechos fundamentales, y pueden acabar convirtiendo su empleo en un «uso crítico» que no obtenga el debido respaldo para los derechos de los afectados si ese control interno no es objeto, a su vez, de una estricta supervisión externa.

En tercer lugar, y por lo que respecta a los resortes de reacción y los mecanismos de tutela que no se acaban de perfilar en el art. 52.3 ter, pero que, en materia de discriminación, seguirán estando regidos por la legislación *ad hoc* (singularmente, las directivas de igualdad), si bien reforzados por las garantías adicionales que habrán de proporcionar los mecanismos de transparencia y explicabilidad mejorados en la propuesta con respecto al RGPD. Sin perjuicio de que la todavía *non nata* Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación que surja de la efectiva aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 15/2022, de 12 de julio, actúe de oficio (o a instancia de terceros) en la investigación de situaciones de discriminación ex art. 40 c), o de la actuación de la Inspección de Trabajo, la autodefensa del derecho seguirá siendo la vía más común en estos casos, o, a tenor del art. 31, cualquier otra administración pública (amén de la propia denuncia anónima respaldada por la directiva y la ley de informantes, ex art. 68 sexies, y de la legitimación institucional concedida por el 29 en la defensa del derecho), con las consiguientes dificultades en torno a la determinación del sesgo, cuando la gestión de riesgos previa o las pertinentes evaluaciones de impacto no hayan podido detener todo el espectro de posibles sesgos

discriminatorios (v.gr. riesgos no esperados). Si cabe ser optimista respecto de las facilidades de acceso al funcionamiento del sistema y la debida explicación a ofrecer ante tales reclamaciones, más allá de la mera confirmación o respuestas poco exhaustivas sobre la aplicación de recomendaciones sugeridas por el sistema de IA («explicación clara y significativa, de conformidad con el artículo 13, apartado 1, sobre el papel del sistema de IA en el procedimiento de toma de decisiones, los principales parámetros de la decisión adoptada y los datos de entrada correspondientes»), aunque siguen sin resolver la protección específica de las discriminaciones interseccionales (inherentes a los sesgos algorítmicos), definidas por la Ley 15/2022, pero carentes de reglas propias en el ámbito procesal.

## VII. REFERENCIAS

Allhutter, C.; Fischer, F.; Grill, G. y Mager, A., «Algorithmic Profiling of Job Seekers in Austria: How Austerity Politics Are Made Effective», *Front big data*, 2020, DOI: [10.3389/fdata.2020.00005](https://doi.org/10.3389/fdata.2020.00005).

Álvarez, H., «El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos futuros». *Justicia y Trabajo*, núm. 2, 2023, [https://revistajusticiaytrabajo.colex.es/el-impacto-de-la-tecnologia-en-las-relaciones-laborales-retos-presentes-y-desafios-futuros/?utm\\_content=253633930&utm\\_medium=social&utm\\_source=linkedin&hss\\_channel=lcp-14798867](https://revistajusticiaytrabajo.colex.es/el-impacto-de-la-tecnologia-en-las-relaciones-laborales-retos-presentes-y-desafios-futuros/?utm_content=253633930&utm_medium=social&utm_source=linkedin&hss_channel=lcp-14798867).

Angwin, J., Larson, J., Mattu, S. y Kirchner, L., «Machine Bias», en *Ethics of Data and Analytics*, 2016.

Annany, M., «Seeing Like an Algorithmic Error: What are Algorithmic Mistakes, Why Do They Matter, How Might They Be Public Problems?», *Yale Journal of Law and Technology* 2022, <https://law.yale.edu/isp/publications/digital-public-sphere/healthy-digital-public-sphere/seeing-algorithmic-error-what-are-algorithmic-mistakes-why-do-they-matter-how-might-they-be-public>.

Brkan, Maja, *IA, aprendizaje automático, algoritmos y protección de datos en el marco del RGPD y más allá*. Universitat Oberta de Catalunya, [https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142586/2/Entornos%20digitales%20y%20nuevos%20retos%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20datos\\_M%C3%B3dulo%202\\_%20Inteligencia%20artificial%2C%20aprendizaje%20autom%C3%A1tico%2C%20algoritmos%20y%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20en%20el%20marco%20del%20RGPD%20y%20m%C3%A1s%20all%C3%A1.pdf](https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142586/2/Entornos%20digitales%20y%20nuevos%20retos%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20datos_M%C3%B3dulo%202_%20Inteligencia%20artificial%2C%20aprendizaje%20autom%C3%A1tico%2C%20algoritmos%20y%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20en%20el%20marco%20del%20RGPD%20y%20m%C3%A1s%20all%C3%A1.pdf).

Barocas, S. y Selbst, A. D., «Big data's disparate impact», *California Law Review*, núm. 104, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2477899](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899).

Bersin, J., «The Skills of The Future Are Now Clear: And Despite What You Think, They're Not Technical». Blog del autor, <https://joshbersin.com/2019/09/the-skills-of-the-future-are-now-clear-anddespite-what-you-think-theyre-not-technical/> (8/9/2019).

Bogen, M. y Rieke, A., *Help wanted. An examination of Hiring Algorithms*, Equity and Bias, Upturn, 2018.

Bucher, T., *If... Then: Algorithmic Power and Politics*, Oxford University Press, 2018, DOI: 10.1093/oso/9780190493028.001.0001.

Burrell, J., «How the machine 'thinks': understanding opacity in machine learning algorithms», *Big Data & Society*, vol. 3, núm. 1, 2016, <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>.

Centre for Data Ethics and Innovation, «Algorithmic Transparency Standard. Guidance for Public Sector Organisations'», 2021.

Chouldechova, A., «Fair prediction with disparate impact: a study of bias in recidivism prediction instruments», 2016, pp. 1-17, <https://arxiv.org/abs/1610.07524>.

Comisión Europea, *Directrices éticas para una IA fiable*, Oficina de Publicaciones, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078>.

Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial - un enfoque orientado a la excelencia y confianza*. 2020.

Comité Económico y Social Europeo. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Inteligencia Artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa" Diario Oficial de la Unión Europea C 440/01, 19/9/2018. Comunicación de la COMISIÓN (UE), Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial, 2018.

Consejo de Europa, *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications*, Committee of experts on internet intermediaries, MSI-NET(2016)06 rev6, 2017, <https://rm.coe.int/study-hr-dimension-of-automated-dataprocessing-incl-algorithms/168075b94a>.

Crenshaw, K., «Demarginalizing the intersection of race and sex: a Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics», *The University of Chicago Legal Forum: 1989*, Hein Online-1989 U. Chi. Legal F. 139, <https://philpapers.org/archive/CREDTI.pdf?ncid=txtlnkusaolp00000603>.

Duggan, J., «Algorithmic management and app-work in the gig-economy: A research agenda for employment relations and HRM», *Human Resource Management Journal*, Vol. 30, p.114-132, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1748-8583.12258>.

Ebers, M., «Ethical and legal challenges», en *Algorithms and law*. Ebers, M. y Navas, S., dirs., Cambridge University Press 2020.



Estoica, AA; Riederer, C. y Chaintreau, A., «Techo de cristal algorítmico en redes sociales: los efectos de las recomendaciones sociales en la diversidad de redes». *Actas de la Web Conference 2018*, Lyon. ACM, Nueva York, pp. 923-932, <https://doi.org/10.1145/3178876.3186140>.

Flores, A.W.; Bechtel, K. y Lowenkamp, C.T. «False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to 'Machine Bias': There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks», *Federal Probation*. Vol. 80, núm. 2, 2016.

FRA - European Union Agency for Fundamental Rights (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea): *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, 2010, <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discriminationhealthcare>.

Franco, M.; Roehrig, B. y Pring, P., *¿Qué haremos cuando las máquinas lo hagan todo?*, 2018.

Fröhlich, W. y Döhmann, S., «Können Algorithmen diskriminieren?», *VerfBlog*, 2018/12/26, <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/>, DOI: [10.17176/20190211-224048-0](https://doi.org/10.17176/20190211-224048-0).

Gaster, R., *Behemoth, Amazon Rising: Power and Seduction in the Age of Amazon*, Incometrics Press, Washington, 2020.

Genesereth, M., «What is Computational Law?», *Complaw Corner*, Codex: The Stanford Center for Legal Informatics, 2021, <https://law.stanford.edu/2021/03/10/what-is-computational-law/>.

Gerards, J. y Xanidis, R., «Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law», *European Futures*, 3/12/2020, <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-andopportunities-for-eu-equality-law/>.

Gillespie, T., «Algorithm». En *Digital Keywords: A Vocabulary of Information Society and Culture*, ed. B. Peters (Princeton, NJ: Princeton University Press), 2016, DOI: 10.1515/9781400880553-004, y [https://www.researchgate.net/publication/309964434\\_2\\_Algorithm](https://www.researchgate.net/publication/309964434_2_Algorithm).

Goodman, B. y Flaxman, S., «European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a "Right to Explanation"», *AI Magazine*, vol. 38, núm. 3, pp.50-57, 2017, <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>.

Grove, M., Zald, D.H.; Lebow, B.S.; Snitz, B.E. y Nelson, C., «Clinical versus mechanical prediction: a meta-analysis». *Psychological Assessment*, vol. 12, núm. 1, 2000.

Gunning, D., «Explainable Artificial Intelligence (XAI)», 2017, [https://www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/\(Gunning\)%20JCAI-16%20DLAI%20WS.pdf](https://www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/(Gunning)%20JCAI-16%20DLAI%20WS.pdf).

Hajian, S.; Bonchi, F. y Castillo, C., «Algorithmic Bias: from Discrimination Discovery to Fairness-aware Data Mining», 2016, DOI: 10.1145/2939672.2945386, <https://www.researchgate.net/publication/305997939>.

Hildebrandt, M., «Algorithmic regulation and the rule of law», *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, vol. 376, núm. 2128. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2017.0355>.

Hildebrandt, M., «The issue of bias. The framing powers of ML», *Computer Science*, DOI:10.2139/ssrn.3497597. En M. Pelillo, T. Scantamburlo (eds.), *Machine We Trust. Perspectives on Dependable AI*, MIT Press 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3497597>. Versión preimpresión.

Ho, D. E. y Xiang, A., «Affirmative Algorithms: The Legal Grounds for Fairness as Awareness», *The University of Chicago Law Review Online* (30/10/2020), <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/10/30/aaho-xiang/>.

Kellogg, K., Valentine, M. y Christin, A., «Algorithms at work: the new contested terrain of control». *Academy of Management Annals*, vol. 14, núm. 1, 2020, pp. 366-410, <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>.

Laaksonen, S-M.; Haapoja, J.; Kinnunen, T; Nelimarkka, M, y Pöyhtäri, R., «The Datafication of Hate: Expectations and Challenges in Automated Hate Speech Monitoring». *Front. Big Data*, 5/2/2020, <https://doi.org/10.3389/fdata.2020.00003>.

Mackenzie, A., *Machine Learners: Archaeology of Data Practice*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2017.

Madera, AJ, *Gestión algorítmica. Consecuencias para la organización del trabajo y las condiciones de trabajo*, 2021, Comisión Europea (Sevilla), <https://joint-research-centre.ec.europa.eu/system/files/2021-05/jrc124874.pdf>.

Maitland, Al., *Work in the Age of Data*, BBVAopenmind.com, 2019, pp. 150-159, <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2020/02/BBVA-OpenMind-book-2020-Work-in-the-Age-of-Data.pdf>.

Makkonen, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, 2002.

Mayer-Schönberger, V. y Cukier, K., *Big Data*. Turner. Madrid, 2013, <http://catedradatos.com.ar/media/3.-Big-data.-La-revolucion-de-los-datos-masivos-Noema-SpanishEdition-Viktor-Mayer-Schonberger-Kenneth-Cukier.pdf>.

Mayson, S., «Bias In, Bias Out», *The Yale Law Journal*, vol. 128, núm. 8, 2019, <https://www.yalelawjournal.org/article/bias-in-biasout#:~:text=abstract.,to%20have%20disparate%20racial%20impacts.>

Miné, M., «The concepts of direct and indirect discrimination», paper conference: *Fight against discrimination: the new 2000 Directives about Equality*, 31/3-1/4/2003, Trier, [http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02\\_Key\\_concepts/2003\\_Mine\\_ES.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2003_Mine_ES.pdf). (el texto ya no se encuentra disponible).

Nguyen, A., «The Constant Boss, Work Under Digital Surveillance», *Data & Society*, [https://datasociety.net/wp-content/uploads/2021/05/The\\_Constant\\_Boss.pdf](https://datasociety.net/wp-content/uploads/2021/05/The_Constant_Boss.pdf).

OIT, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 2021, [https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS\\_771749/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang-en/index.htm).

O'Neil, C., *Armas de destrucción matemática: cómo los datos masivos aumentan la desigualdad y amenazan la democracia*. Penguin Books, Londres, 2017.

Pampouktsi, P.; Avdimiotis, K. y Avlonitis, M., «A 3-in-1 framework for human resources' selection and positioning based on machine learning tools», 2021, DOI: [10.1504/IJDATS.2021.10043787](https://doi.org/10.1504/IJDATS.2021.10043787).

Pampouktsi, P.; Avdimiotis, K.; Ìaragoudakis, M. y Avlonitis, M., «Applied Machine Learning Techniques on Selection and Positioning of Human Resources in the Public Sector», *Open Journal of Business and Management*, 9, 2021, doi: 10.4236/ojbm.2021.92030.

Parlamento Europeo, *Online advertising: the impact of targeted advertising on advertisers, market access and consumer choice*, 2021.

Pasquale, F., *New laws of robotics: defending human expertise in the age of AI*, The Belknap Press, 2020.

Protasiewicz, J.; Pedrycz, W.; Kozłowski, M.; Dadas, S.; Stanisławek, T.M.; Kopacz, A. y Gałęzewska, M., «A recommender system of reviewers and experts in reviewing problems», *Knowledge-Based Systems*, vol. 106, 2016, DOI: [10.1016/j.knosys.2016.05.041](https://doi.org/10.1016/j.knosys.2016.05.041).

Pujol, O., «The concept of 'artificial intelligence'. Opacity and societal impact», en *Artificial Intelligence and the law*, García Mexía, P. y Pérez Bes, F., dirs., Wolters Kluwers, Valencia, 2021.

Raub, M., «Bots, bias and big data: artificial intelligence, algorithmic bias and disparate impact liability in hiring practices», *Arkansas Law Review*, vol. 71, núm. 2, 2018, pp. 529-570.

Rivas Vallejo, P. (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la Inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Roig, A., *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*. Bosch, Barcelona, 2020.

Rosenblat, A., *Uberland: How Algorithms Are Rewriting the Rules of Work*. University of California Press, 2018.

Ruiz-Gallardón, I., «La equidad: una justicia más justa», *Foro Nueva Época*, vol. 20, núm. 2, 2017, pp. 173-191, <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.59013>.

Scantamburlo, T., «Non-empirical problems in fair machine learning», *Ethics and Information Technology*, núm. 23, 2021, <https://doi.org/10.1007/s10676-021-09608-9>.

Schiek, D. y Lawson, A. (dirs.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, London-New York: Routledge, 2016.

Serra Cristóbal, R. (dir.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Serra Cristóbal, R., «El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales», *Teoría y derecho*, núm. 27, 2020, DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2020.008>.

Spiegelhalter, D. y Harford, T., «Big data: are we making a big mistake?», *The Financial Times*, 28/3/2014, <https://www.ft.com/content/21a6e7d8-b479-11e3-a09a-00144feabdc0>.

Stoica, A.A.; Riederer, C. y Chaintreau, A., «Algorithmic glass ceiling in social networks: the effects of social recommendations on network diversity». *Proceedings of the Web Conference 2018*, Lyon. ACM, Nueva York, pp. 923-932, <https://doi.org/10.1145/3178876.3186140>.

Torra, V., «La inteligencia artificial». *Lychnos*, Cuadernos de la Fundación General CSIC, núm. 7, 2011, en [https://fgcsic.es/lychnos/es\\_es/articulos/inteligencia\\_artificial#DEST1](https://fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/inteligencia_artificial#DEST1) [última consulta 24/10/2022].

Umoja Noble, S., *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, NYU Press, 2018.

Vantin, S., «Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio», en Llano Alonso, F. y Garrido Martín, J. (dirs.), *Inteligencia artificial y derecho. El jurista ante los retos de la era digital*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Wachter, S., «Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising», *Berkeley Technology Law Journal*, núm. 35, 2020, [https://btlj.org/data/articles2020/35\\_2/01-Wachter\\_WEB\\_0325-21.pdf](https://btlj.org/data/articles2020/35_2/01-Wachter_WEB_0325-21.pdf).

Wyner, A., «An ontology in OWL for legal case-based reasoning», *Artificial Intelligence and Law*, vol.16, núm. 4, pp. 361-387, [doi: 10.1007/s10506-008-9070-8](https://doi.org/10.1007/s10506-008-9070-8).

Xenidis, R. y Senden, L., «EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination», en U. Bernitz et al. (dirs.), *General principles of EU law and the EU digital order*. Kluwer Law Int., 2020.

Xenidis, R., «Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: three pathways to resilience», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, núm. 6, 4/1/2021, <https://doi.org/10.1177/1023263X20982173>.

# **LOS AGENTES INTERMEDIADORES A LA LUZ DE LA LEY 3/2023, DE EMPLEO. ANTECEDENTES Y PERSPECTIVAS DESDE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA**

Por

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León

[srode@unileon.es](mailto:srode@unileon.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

**RESUMEN:** Con independencia de las singulares y diferentes soluciones adoptadas por las normas que se han ido sucediendo en el tiempo sobre las funciones básicas de la intermediación laboral, lo cierto es que el principal y constante problema que éstas han debido afrontar y resolver se ha centrado en la definición de los sujetos competentes, dando muestras constantes de una tensión a la hora de repartir o distribuir la mentada actividad entre los poderes públicos y las entidades privadas. Bajo tal premisa, la nueva Ley 3/2023, de Empleo, trata de crear renovados “partenariados”, pero preservando en todo caso el fortalecimiento de los servicios públicos, a fin de lograr una más moderna, eficaz, eficiente e inclusiva, gestión de las políticas de empleo de calidad.

**PALABRAS CLAVE:** Agencias privadas; agencia estatal de empleo; colocación; intermediación; servicios públicos.

**SUMARIO:** I. CREACIÓN Y DESTRUCCIÓN DE EMPLEO EN EL ACTUAL CONTEXTO PRODUCTIVO: LA NECESARIA REDONDUCCIÓN DE LOS DESAJUSTES.- II. LA AMPLIACIÓN DE LOS CONTORNOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA POLÍTICA DE INTERMEDIACIÓN.- III. COMETIDOS A DESARROLLAR POR LOS AGENTES INTERMEDIADORES.- 1. Prospección y captación de ofertas.- 2. Puesta en contacto.- 3. Recolocación.- 4. Selección.- 5. Formación.- 6. Diseño de itinerarios personalizados.- IV. EL PROTAGONISMO INCENTIVADO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO.- 1. El Servicio Público de Empleo Estatal y su transformación en Agencia.- 1.1. Antecedentes.- 1.2. El INEM.- 1.3. Exclusividad de la oficina pública.- 1.4. El Servicio Público de Empleo Estatal.- 1.5. La Agencia Estatal de Empleo.- 1.6. Instrumentos de coordinación.- 2. Los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas.- 3. Las Administraciones Locales.- V. AGENCIAS DE COLOCACIÓN: ¿RECURSO SUBSIDIARIO?.- 1. Alcance de la colaboración público-privada en materia de empleo.- 2. El recorrido desde el monopolio público a la intervención privada.- 3. La reforma de 2023.- VI. PORTALES DE EMPLEO.- VII. INCLUSIÓN OCUPACIONAL: LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN.- VIII. CONCLUSIONES.

## **INTERMEDIARY AGENTS IN THE CONTEXT OF LAW 3/2023 OF EMPLOYMENT. BACKGROUND AND OUTLOOK IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS**

**ABSTRACT:** Independently of the singular and different solutions adopted by the regulations that have followed one another over time concerning the basic functions of labour intermediation, the fact is that the main and constant problem that these have had to face and resolve has centred

on the definition of the competent subjects, constantly showing signs of tension when it comes to dividing or distributing the mentioned activity between the public authorities and private entities. Under this premise, the new Employment Law 3/2023 aims to create new "partnership", but preserving in any case the reinforcement of public services, in order to achieve a more modern, effective, efficient and inclusive management of quality employment policies.

KEY WORDS: Private agencies; state employment agency; job placement; intermediation; public services.

SUMMARY: I. CREATION AND DESTRUCTION OF EMPLOYMENT IN THE PRESENT PRODUCTIVE CONTEXT: THE NECESSARY REDIRECTION OF MISMATCHES.- II. THE DEVELOPMENT OF THE OBJECTIVE AND SUBJECTIVE LIMITS OF THE INTEGRATION PROGRAMME.- III. COMMITMENTS TO BE DEVELOPED BY THE INTERMEDIATING AGENTS.- 1. Prospecting and attracting offers.- 2. Making contact.- 3. Re-placement.- 4. Selection.- 5. Training.- 6. Design of personalised routes.- IV. THE PROMOTED PROTAGONISM OF THE PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES.- 1. The State Public Employment Service and its transformation into an Agency.- 1.1. Background.- 1.2. The INEM.- 1.3. Exclusivity of the public office.- 1.4. The State Public Employment Service.- 1.5. The State Employment Agency.- 1.6. Instruments of coordination. The Public Employment Services of the Autonomous Communities. 3. Local Administrations.- V. EMPLOYMENT AGENCIES: SUBSIDIARY RESOURCE?.- 1. Scope of public-private collaboration in employment matters.- 2. The road from public monopoly to private intervention.- 3. The 2023 reform.- VI. EMPLOYMENT PORTALS.- VII. OCCUPATIONAL INCLUSION: INSERTION COMPANIES.- VIII. CONCLUSIONS.

## **I. CREACIÓN Y DESTRUCCIÓN DE EMPLEO EN EL ACTUAL CONTEXTO PRODUCTIVO: LA NECESARIA REDONDUCCIÓN DE LOS DESAJUSTES**

Cierto es que el problema del empleo y, más concretamente, la búsqueda y pérdida del mismo, supone una de las cuestiones más acuciantes a las que se enfrentan las sociedades industrialmente avanzadas como es el caso de la española, no en vano el acceso al mundo laboral es un derecho básico y una de las formas más positivas para lograr la integración social y la vida autónoma de las personas. La propia Constitución Española (CE), en su art. 40.1, impone a los poderes públicos orientar su política al pleno empleo como exigencia del Estado Social y Democrático de Derecho. Este incontrovertido aserto va a justificar un oportuno intervencionismo institucional dado que el libre juego de las fuerzas de mercado hace imposible un equilibrio automático entre ofertas y demandas de ocupaciones. Los poderes públicos no pueden, por ende, permanecer neutrales, debiendo implicarse en el bienestar de los ciudadanos, no en vano el derecho al trabajo y el deseo de realizar una actividad remunerada es algo consustancial a la persona humana.

También constituye una afirmación incuestionable indicar que el mercado de trabajo actual se encuentra sometido a profundos cambios en su composición, funcionamiento y efectividad, asociados a la tecnología y a la lucha contra la emergencia climática, los cuales conllevan una continua transformación de los escenarios productivos exigiendo respuestas ágiles capaces de dar satisfacción a unas renovadas demandas de

ocupación asociadas a nuevos oficios y profesiones tanto en los ámbitos funcionales emergentes como en los denominados “maduros”<sup>1</sup>. Al tiempo, estas reconversiones industriales derivadas de la transición digital y verde han convertido en obsoletas e innecesarias cantidades ingentes de puestos de trabajo provocando elevadas cotas de desempleo<sup>2</sup>, que demandan el diseño de cauces efectivos para lograr una rápida reincorporación a la vida activa.

En efecto, por una parte, la robotización, la generalización de internet, la inteligencia artificial, la fabricación aditiva, el *blockchain*, el M2M, las redes de gran velocidad, la virtualización o los *cobots*, están ocasionando mutaciones radicales no sólo en el ámbito tecnológico con el fin de optimizar el beneficio empresarial al permitir producir más en menos tiempo bajo el parámetro de la vinculación de materiales, dispositivos, instalaciones o herramientas al sistema cibercientífico<sup>3</sup>, sino en el plano humano que queda en algunos casos potenciado pero en otros muchos eliminado y sustituido por las máquinas ante la necesidad de disponer de menos mano de obra<sup>4</sup>. Por otra parte, las exigencias de lucha contra la emergencia climática<sup>5</sup> reclaman innovaciones de calado no solo para incorporar nuevas fuentes de energía, sustancias, productos, materias primas y materiales<sup>6</sup> menos contaminantes, así como para anular vertidos tóxicos o reciclar y reutilizar residuos y desechos<sup>7</sup>, sino también, en palabras de la OIT, para generar “empleos que ayuden... a reducir la dependencia del carbono en la economía”<sup>8</sup>. La creación de empleo verde tendrá lugar tanto el sector primario, dedicado a la obtención

---

<sup>1</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, p. 16. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: Nuevas tecnologías y relación de trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 72 o SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 42 y ss.

<sup>2</sup> GÓMEZ SALADO, M.A.: La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XX, Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 44.

<sup>3</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 33.

<sup>4</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018, p. 17-33

<sup>5</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocida como Agenda 2030. GIL Y GIL, J.L.: “El trabajo decente como Objetivo de Desarrollo Sostenible”, *Lex Social*, núm. 10 (1), 2020, p. 145.

<sup>6</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Lucha contra el cambio climático y buenas prácticas impulsadas desde la responsabilidad social corporativa”, en *La economía social y el desarrollo sostenible*, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H. (Dirs.), Madrid, Colex, 2022, p. 370.

<sup>7</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: “La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales”, *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, pp. 7-17.

<sup>8</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 33 y ss.



de alimentos o materias primas (agricultura, pesca, explotación forestal, minería...), como el sector secundario o industrial, dedicado a la transformación de las materias primas en productos elaborados y subproductos, sin olvidar tampoco al sector terciario o servicios, dedicado a prestar servicios a la sociedad, como el comercio, el transporte, la sanidad, los cuidados, la educación, el ocio, etc.<sup>9</sup>. Ahora bien -y en su envés--, las reestructuraciones empresariales asociadas a la sostenibilidad ambiental no sólo tienen efectos generadores de puestos de trabajo sino también masivamente destructores.

Como elemento añadido en esta vorágine, tampoco hay que olvidar que la crisis sanitaria derivada de la expansión de la covid-19, unida a la profunda recesión económica asociada a la invasión de Rusia sobre Ucrania y sus nocivas secuelas en cuanto al incremento de los precios, la dependencia energética y la falta de suministro de materias primas, están creando nuevos nichos de mercado pero también agravando exponencialmente las dificultades de supervivencia de buena parte del tejido empresarial, sobre todo de pequeñas dimensiones, con una alta incidencia sobre la fuerza de trabajo<sup>10</sup>, no en vano la empresa, desde un punto de vista organizativo, productivo o estructural, es el espacio donde encuentran amparo los vínculos de trabajo<sup>11</sup>, de manera que las dificultades económicas en la viabilidad de la primera van a tener una incidencia inmediata sobre los segundos.

Como puede fácilmente comprobarse, la creación y erradicación de ocupaciones no van acompañadas de un ritmo síncrono. Por el momento, el simple recurso a la estadística permite constatar un aumento de las tasas de paro<sup>12</sup>, que a finales de 2022 se situaba en 2.837.653 personas<sup>13</sup>, y una enorme presión sobre la empleabilidad de las personas trabajadoras sumidas en una necesidad imperiosa de actualizarse, perfeccionarse y reconvertirse profesionalmente<sup>14</sup>.

No es un secreto, a la postre, que estas realidades cuantitativas reclaman un cambio de planteamiento secular en la manera de afrontar las políticas de empleo, asegurando un acompasado encuentro entre ofertas y demandas de ocupaciones, sin dejar de

---

<sup>9</sup> ISTAS: Los empleos verdes y la salud laboral, <https://istas.net/sites/default/files/2019-04/Folleto%20empleos%20verdes.pdf>

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, p. 101.

<sup>11</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Comentario al art. 64 LC", en BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R., Coord., *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol I, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 720 y ss.

<sup>12</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: "La reforma del Derecho del Trabajo. Diez años de legislación laboral: 1985-1995", *Relaciones Laborales*, núms. 1-2, 1996, pp. 61 y ss.

<sup>13</sup> SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: *Informe del Mercado de Trabajo Estatal. Datos 2021*, Servicio Público de Empleo Estatal, Madrid, 2022, p. 66.

<sup>14</sup> ROMAGNOLI, U.: "Globalización y Derecho del Trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pp. 9 y ss.

proporcionar especial atención a quienes más dificultades plantean. Manifestación señera de esta novación viene dada por la reciente modificación del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (en adelante, TRLE), que ha sido sustituido por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en adelante, LE), anclada en el marco del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, esbozado bajo el rótulo “nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, donde se incluye la Reforma 5 relativa precisamente a la “modernización de políticas activas de empleo”.

Una de las piezas esenciales de este nuevo sustrato normativo es la formulación de unos modernos servicios de empleo anclados en una arquitectura de dispensa pública que permita un fructífero tránsito de las personas en paro, o con trabajos inestables o precarios, hacia una actividad económica remunerada de mayor calidad. Teniendo en cuenta la falta de equilibrio automático en este devenir<sup>15</sup>, no cabe duda que la intervención de cualificados agentes especializados es la principal garantía de éxito, siempre teniendo presente que la LE pone ahora el énfasis en la instrumentación de canales capaces de garantizar que el demandante de ocupación pueda acceder y conservar un empleo calificado como decente<sup>16</sup>.

## II. LA AMPLIACIÓN DE LOS CONTORNOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA POLÍTICA DE INTEMEDIACIÓN

Tomando en consideración que el desempleo (con una tasa del 15,98% en el primer trimestre de 2023) y la precarización laboral comportan una situación de máxima inseguridad y vulnerabilidad de las personas, la importancia de las políticas activas de empleo se revela decisiva<sup>17</sup>. Es indispensable, por ende, contar con un entramado público capaz de movilizar los recursos humanos existentes hacia un empleo de calidad y de compensar los desequilibrios entre la creación y destrucción de oficios. La intermediación en la colocación, concebida como el cúmulo de acciones que tienen por objeto poner en contacto las propuestas de trabajo con las solicitudes de empleo, proporcionando a las personas trabajadoras una tarea adecuada a sus características y facilitando a los empleadores los efectivos más apropiados a sus requerimientos,

---

<sup>15</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral”, *Relaciones Laborales*, 1991, Tomo I, pp. 138 y ss.

<sup>16</sup> DOZO MOUGÁN, I.: “La actuación de los servicios públicos de empleo en la configuración de un mercado de trabajo inclusivo y no discriminatorio ¿Realidad o ficción?”, *Comunicación presentada al XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*.

<sup>17</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, p. 101.

adquiere así la condición de servicio de interés general de necesario ofrecimiento al conjunto de la población.

Ahora bien, al margen y con independencia de las singulares y diferentes soluciones adoptadas por las normas que se han ido sucediendo en el tiempo sobre la función básica de la intermediación laboral, el principal y constante problema que éstas han debido afrontar y resolver se ha centrado en torno a la definición de los sujetos mediadores, traducida en una tensión a la hora de repartir o distribuir la mentada actividad de intermediación laboral entre los variados poderes públicos intervinientes y entre estos y las entidades privadas<sup>18</sup>. Ahora bien, antes de abordar esta espinosa cuestión a la luz de la nueva LE, procede aclarar el marco de cometidos a desarrollar por los agentes con competencias en gestión de las políticas activas de empleo al objeto de poner de manifiesto su papel proactivo en la búsqueda de nuevas ocupaciones y en la recualificación profesional de las personas desempleadas o con empleos erráticos.

Definida tradicionalmente la política de empleo como “la actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo con la finalidad de procurar el ajuste ordenado entre la oferta y la demanda que permita al sistema económico alcanzar la situación de pleno empleo o, cuando menos, la reducción al mínimo posible del volumen de desempleo o paro forzoso”<sup>19</sup>, la nueva LE da un paso más al fijar como objetivos esenciales no solo “la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo”, sino la apuesta por “el pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad y la generación de trabajo decente” (art. 2.2 LE). El acceso (y mantenimiento) a un empleo digno es, por tanto, la piedra angular del nuevo sistema de colocación, que incluye “el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento..., mantenimiento y mejora de la empleabilidad y fomento del espíritu empresarial y de la economía social” (art. 31 LE), entendiéndose precisamente que la “empleabilidad” aglutina “el conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan las capacidades de las personas” no sólo “para aprovechar las oportunidades de educación y formación (...) sino también para progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y condiciones del mercado de trabajo” [art. 3 b) LE].

Se produce, por tanto, una ampliación del elenco de sujetos titulares de la actividad de colocación, que pasa de los “demandantes de empleo” y de los “trabajadores que

---

<sup>18</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: “La reforma de la intermediación laboral”, *Relaciones Laborales*, núms. 21-22, 2010, p. 131.

<sup>19</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Política de empleo y protección social”, *Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales. Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, Barcelona, Editorial Gráficas Signo, 1996, p. 24,

buscan empleo” conforme el TRLE<sup>20</sup>, a referirse a la persona “desempleada u ocupada que, en función de sus expectativas o requerimientos, solicita la mediación de los servicios públicos de empleo, con objeto de mejorar su empleabilidad y facilitar su acceso a un empleo decente y de calidad”.

Además, tiene lugar una extensión objetiva de la actividad de colocación, pues la herramienta nuclear de este iter no solo es “la adecuación, cuantitativa y cualitativa, de oferta y demanda de empleo, mediante la implementación de servicios de intermediación y colocación eficientes orientados a la prospección y captación de ofertas de trabajo y a la redirección de estas últimas a las personas candidatas más idóneas” [art. 4 f) LE], sino que se extiende también a la “puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras” [art. 3 c) LE]. Así pues, la intermediación alcanza ahora un largo recorrido que va desde la prospección y captación de vacantes hasta la casación de la oferta y demanda de empleo, pasando no solo por la colocación sino también por la recolocación o selección de personal (art. 40.2 LE), concebidas estas dos últimas como “colocación especializada”, sin olvidar tampoco la importancia de la formación, de la supresión de barreras para colectivos con más dificultades y de la confección de un plan individualizado.

### III. COMETIDOS A DESARROLLAR POR LOS AGENTES INTERMEDIADORES

La configuración actual de la colocación adquiere la cualidad de “proceso” (y no de “mera actividad”)<sup>21</sup>, integrado por sucesivos ítems sobre los que merece parar la atención antes de entrar a analizar el régimen jurídico de los agentes encargados de gestionarlo:

#### 1. Prospección y captación de ofertas

La prospección, como contenido de la actividad de intermediación, es desde luego fundamental, porque una intermediación eficiente requiere un conocimiento del tejido territorial y sectorial, así como del tejido empresarial y sus necesidades<sup>22</sup>. Aun cuando la LE no proporciona una definición de prospección, cabe entender que se trata de una actividad de estudio del mercado de cara a obtener información suficiente no solo para

---

<sup>20</sup> GARCÍA GIL, B.: “Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal”, en *Estudios sobre las últimas reformas laborales: efectos de la crisis en el derecho del trabajo*, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (Dir.), León, Eolas, 2011, pp. 139 y ss.

<sup>21</sup> LÓPEZ BALAGUER, M.: “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, en *Empleo y protección social. XXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 89.

<sup>22</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de Empleo”, *Diario La Ley*, 10302, de 7 de junio de 2023.

propiciar la selección y colocación más adecuada, sino para detectar las necesidades presentes y futuras del mercado de trabajo, las vacantes y perfiles que van a surgir, qué sectores productivos potencialmente se van a desarrollar o van a entrar en crisis o reconversión, qué necesidades formativas requieren las personas que potencialmente podrían trabajar en ellos o deben reciclarse para hacerlo en otros o qué cambios han de experimentar los servicios de empleo para poder prestar una mejor actuación ante los potenciales cambios venideros del mercado de trabajo<sup>23</sup>, máxime cuando, según el Documento España 2050, en el horizonte de esa fecha, la tasa de empleo ha de ser similar a la de los países más avanzados de Europa (80%)<sup>24</sup>. Se trata, por ende, de localizar las bolsas de posible contratación.

Desde este amplio paraguas, la LE hace referencia a este concepto no solo en el art. 40 como reto esencial del buen funcionamiento de los servicios públicos de empleo, sino también en relación al fomento del autoempleo [art. 4 f)], la detección de necesidades del tejido productivo [art. 4 ñ)], el descubrimiento de lagunas formativas [art. 9.2 c)] y la dotación pertinente de personal a estos efectos (disposición adicional 2ª LE).

## 2. Puesta en contacto

Este cauce integra el contenido tradicional de la política de colocación cual es ayudar a los trabajadores a encontrar una ocupación adecuada a su perfil y a los empleadores a conseguir la mano de obra que reúna las características necesarias para desempeñar el puesto vacante<sup>25</sup>. A este postulado la LE añade “la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del art. 50, del conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral” [art. 40.2 a), c) y d)].

Es más, la eliminación de obstáculos no sólo se refiere a las tres consideraciones anteriormente mencionadas (personales, sociales o familiares), sino también a la necesidad de cerrar las tres brechas siguientes:

De un lado, la brecha digital, facilitando la inmediatez en la atención y la adaptación a las necesidades de las personas usuarias, mediante la accesibilidad a las actividades y servicios y el desarrollo de los propios itinerarios formativos personalizados por canales

---

<sup>23</sup> PÉREZ DEL PRADO, D.: “La Ley 3/2023, de empleo, un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (primera parte)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023, p. 4.

<sup>24</sup> [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia\\_Espana\\_2050.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf)

<sup>25</sup> ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: “Agencias privadas de colocación”, *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, SEMPERE NAVARRO, A.V.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R., (Dir.), Madrid, Civitas, 2009, p. 158.

no presenciales que permitan mejorar su empleabilidad, atender sus necesidades de conciliación y lograr su inserción laboral, sin perjuicio de la garantía de la prestación de servicios de forma presencial, que faciliten la accesibilidad de toda la ciudadanía [art. 56 g) LE]. Además, el Eje 2 del Plan de fomento de empleo digno, dedicado a la formación, incluye “las actuaciones de formación en el trabajo, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación en alternancia con la actividad laboral, incluidos los programas públicos de empleo y formación, que permitan al beneficiario adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, para mejorar su cualificación y facilitar su inserción laboral, teniendo en cuenta la brecha digital existente y garantizando la atención presencial a la población que la padece” (art. 13 LE).

De otro, la brecha de género, exigiendo a los servicios de empleo la promoción de la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en las carreras profesionales y la evitación de cualquier discriminación, directa o indirecta, entre personas usuarias de los servicios de empleo. Esta actuación deberá intensificarse cuando las demandantes de empleo, mujeres desempleadas o inactivas, encabecen una familia monomarental. En concreto, requiere que se establezcan objetivos cuantitativos sectoriales de disminución de la brecha de empleo en aquellos sectores en los que exista una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino, en perjuicio de este último, superior a la media total, computada anualmente. Podrá beneficiarse de medidas de incentivo al empleo, reguladas por la normativa laboral, toda aquella empresa perteneciente a dichos ámbitos que en el último ejercicio haya incrementado el porcentaje de empleo femenino sobre el total. Al tiempo, podrán desarrollarse medidas de incentivo para la incorporación de trabajadores varones en aquellos ámbitos de mayor presencia femenina, al objeto de reducir la segregación ocupacional. Los servicios de empleo pondrán en marcha acciones de empleabilidad dedicadas exclusivamente a mujeres demandantes de servicios de empleo en aquellos ámbitos con mayor infrarrepresentación femenina. En particular, se organizarán iniciativas de este tipo destinadas a la promoción hacia los grupos profesionales superiores (art. 51 LE).

En fin, la brecha territorial mediante el impulso de la cohesión y el equilibrio geográfico, garantizando la igualdad de acceso a las políticas activas de empleo a cualquier persona en todo el Estado [art. 5 c) LE], promoviendo la “adecuación a las características del territorio... y las peculiaridades locales” [art. 5 f) LE] o, en expresión coincidente, atendiendo a “las peculiaridades locales” (art. 7 LE). Estas consideraciones también han de tenerse en cuenta en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo (art. 12.2 LE), en el Sistema Público Integrado de Información (art. 15 LE), en el Sistema de Formación en el Trabajo (art. 33 LE), en el Servicio Público de Intermediación Laboral que menciona de forma expresa a los entornos afectados por la despoblación (art. 32

LE), en el Catálogo de Servicios (art. 56 LE)<sup>26</sup> y en la distribución de los fondos de empleo (art. 62.4 LE).

Todo ello bajo la estricta observancia de los principios de igualdad de las personas demandantes y oferentes de empleo (por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social --art. 4 LE--) y de no discriminación en el acceso al empleo, postulando como excepción la posibilidad de mercados de trabajo inclusivos y la ejecución de programas específicos para facilitar la empleabilidad de los colectivos más desfavorecidos<sup>27</sup>.

### 3. Recolocación

La LE manifiesta una preocupación especial por evitar el desempleo de larga duración, intentando conseguir un tránsito rápido a la ocupación “de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o bien hubiera sido decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos” (art. 40.3 LE).

Como ya consta, en los últimos años, y como consecuencia de la fuerte crisis en la que nos encontramos inmersos, se han incrementado en nuestro país, de forma muy preocupante, los procesos de reorganizaciones empresariales y de cierre de empresas, cuya consecuencia directa o indirecta ha sido, en la mayoría de los casos, una reducción total o parcial de las plantillas a través de sucesivas extinciones contractuales. Ante tal realidad, deviene imprescindible diseñar mecanismos capaces de permitir permanecer en activo a estos trabajadores tras ser despedidos por su empresa<sup>28</sup>. A tal fin, el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los

---

<sup>26</sup> Solo podrán establecerse condiciones previas de empadronamiento, residencia o vecindad civil en el ámbito de los programas de apoyo al empleo local, así como preferencias de acceso a las acciones de fijación de población en ciertos entornos o de recolocación de personas que hayan perdido sus empleos (art. 56 LE)

<sup>27</sup> LÓPEZ BALAGUER, M.: “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, en *Empleo y protección social. XXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25y 26 de mayo de 2023*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 102.

<sup>28</sup> SÁENZ, M.T.: “Outplacement: una renovación para el futuro consolida el presente”, *Capital Humano*, núm. 133, 2000, pp. 28 y ss.

despidos colectivos, exige el diseño de un plan de recolocación externa para los afectados por un despido colectivo en aquellas empresas que den ocupación a más de cincuenta trabajadores (art. 9), al tiempo que prevé, entre las medidas sociales de acompañamiento destinadas a atenuar las consecuencias de los despidos en los trabajadores afectados, la recolocación externa (art. 8).

En el desarrollo del plan de recolocación externa deberá procurarse, en particular, el retorno al mercado de trabajo de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, cuyos contratos se hayan extinguido por despido colectivo después de los cincuenta y dos años, evitando toda discriminación por razón de edad. Además, la actividad de recolocación podrá desarrollarse a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno (art. 44.2 LE). Se pretende proporcionar a los trabajadores despedidos el asesoramiento, la formación y los medios necesarios para lograr un avance en su carrera, consiguiendo un nuevo trabajo en otra empresa adecuado a su perfil y preferencias y en el menor plazo posible<sup>29</sup>, con el ahorro inherente asociado no sólo al pago de prestaciones y subsidios por desempleo, sino también, en el caso de trabajadores maduros, a la disminución del gasto en pensiones por jubilación anticipada, así como al mayor ingreso de cotizaciones a la Seguridad Social<sup>30</sup>.

La recolocación y reinserción profesional de las personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración, como “colocación especializada”, puede ser desarrollada ahora por los servicios públicos de empleo y no sólo por agencias de colocación, estén estas últimas dedicadas en exclusiva o no a actividades de outplacement, evitando la tradicional capitalización de esta práctica por el sector privado. Así lo atestigua el propio art. 51.10 ET, cuando prevé que el plan de recolocación externa se desarrolle “a través de empresas de recolocación autorizadas”, razón por la cual este precepto debería ser objeto de una revisión para contemplar que pueda ejecutarse también a través de los servicios públicos directamente<sup>31</sup>.

#### 4. Selección

Aun cuando la selección se dirige a proponer el mejor candidato de los existentes, lo cierto es que resulta evidente la dificultad de separar este quehacer de lo que es en sentido propio el proceso de colocación, ya que para la culminación de este último

---

<sup>29</sup> SASTRE CASTILLO, M.A.: “Outplacement. Una aproximación a su realidad teórica”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995, p. 187.

<sup>30</sup> DE RAMOS, M.F. y HERNÁNDEZ, C.: “Tipología y metodología de los programas de outplacement”, *Capital Humano*, núm. 133, 2000, pp. 40 y ss.

<sup>31</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 6, 2023, p. 57.



resulta imprescindible conocer, con carácter previo, las características del puesto de trabajo a cubrir y de la empresa que lo proporciona y contar con un grupo de reclamantes de empleo como potenciales aspirantes para ocuparlo, lo cual lleva necesariamente a la primera etapa del *iter* de colocación consistente en recoger las ofertas y demandas de ocupación. Además, su resultado final no puede ser otro que el de ofrecer el trabajador seleccionado a la empresa necesitada, lo que conecta igualmente con la última fase del camino: la suscripción del contrato. Es más, el método de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado requiere extender, a falta de perfiles adecuados entre las personas demandantes inscritas, la búsqueda de la candidatura adecuada entre personas trabajadoras no registradas como demandantes de los servicios públicos de empleo (art. 40.4 ET), quedando ampliadas, en consecuencia, las aristas de la selección.

Por tales razones, la concepción anterior de la tarea aquí analizada como actividad independiente y autónoma de la intermediación no dejaba ser, en la práctica, más que una ficción, que afortunadamente la actual LE ha corregido.

## 5. Formación

Los trabajadores no requieren tan sólo de la asistencia en la localización de las ofertas de empleo, sino también formación adecuada y polivalente para su conversión y trasvase a otros sectores más productivos de la economía. La capacitación para el empleo constituye un elemento indispensable para acceder a los puestos de trabajo y para mantener el desempeño de los mismos, beneficiando, al tiempo, la competitividad empresarial<sup>32</sup>. Pieza clave para el éxito en el proceso de colocación es la formación asentada sobre dos extremos: el primero, radica en la necesidad de “recualificar” a los trabajadores en activo, especialmente aquellos con más experiencia, pero ajenos en muchos casos a las novedades tecnológicas, ya que de no hacerlo podrían ser excluidos de los nuevos modelos de mercado de trabajo o preteridos en los sistemas de promoción profesional; el segundo, referido al fomento de una “vocación tecnológica” y consiguiente habilitación de los potenciales trabajadores para hacer frente a esta nueva realidad, no sólo desde la educación obligatoria hasta los niveles más altos de cualificación, como son la Formación Profesional y la Universidad, integrantes del entramado de formación del sistema educativo, sino también mediante la capacitación constante propia de la formación profesional del sistema de empleo.

---

<sup>32</sup> DE LA TORRE PRADOS, I.: “Nuevas profesiones y formación profesional”, *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 36, 2002, pp. 45 y ss.

Es más, la formación y capacitación en tecnologías no debe ser abordada como un desafío individual —en la medida en que ello permite la mejora de la empleabilidad o carrera profesional de la persona trabajadora— sino como un desafío colectivo — dado que el éxito del proceso de transformación digital de las organizaciones exige contar con el personal capacitado tecnológicamente para ello—, contando con un servicio público ad hoc<sup>33</sup> capaz de dar satisfacción a uno de los objetivos esenciales de la nueva Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, que trata de “regular un régimen de formación y acompañamiento profesionales que, sirviendo al fortalecimiento, la competitividad y la sostenibilidad de la economía española, sea capaz de responder con flexibilidad a los intereses, las expectativas y las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida y a las competencias demandadas por las nuevas necesidades productivas y sectoriales tanto para el aumento de la productividad como para la generación de empleo” (art. 1.2).

Se trata de permitir a la persona adquirir, ampliar o actualizar sus conocimientos o competencias de cara a una adaptación, promoción profesional o reconversión de su itinerario de desarrollo personal o profesional, estando, por tanto, indisolublemente ligada al proceso de aprendizaje en el itinerario formativo de cada persona, después de la formación inicial y de la incorporación a la vida laboral activa. Así lo prevé art. 3 b) LE, que define la empleabilidad como el “conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”.

La nueva LE proporciona a la formación en el trabajo una importancia capital reconociendo como fines los siguientes fundamentales: a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas, tanto del sector público como privado. b) Consolidar el derecho a la formación, exigible por cualquier persona trabajadora en cualquier momento de su vida laboral, y el derecho a la promoción profesional de los arts. 4.2.b) y 23 ET, y, entre ellos, el desarrollo del ejercicio del permiso de veinte horas anuales de formación, acumulables por un período de hasta cinco años, así como cualquier otro permiso de formación que pudiera acordarse. c) Mejorar las competencias profesionales de las personas trabajadoras y sus itinerarios de empleo y formación, especialmente las competencias digitales y de sostenibilidad, que inciden en su desarrollo profesional y personal. d) Contribuir a la mejora de la

---

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: “Empleo tecnológico y teletrabajo en el empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm.4, 2021, p.94.

productividad y competitividad de las empresas. e) Garantizar que todo el contenido formativo impartido en la formación en el trabajo esté realizado con perspectiva de género. f) Mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras, especialmente de las que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral. g) Promover que las competencias profesionales adquiridas por las personas trabajadoras, tanto a través de procesos formativos como de procesos de aprendizaje informales, sean objeto de un proceso de valoración en el marco de la formación en el trabajo, que aporte valor profesional y curricular a la persona trabajadora, pactado en el seno de la negociación colectiva. h) Facilitar la transición hacia un empleo de calidad y la movilidad laboral. i) Acompañar los procesos de transformación digital y ecológica y favorecer la cohesión social y territorial, así como la igualdad de género. j) Impulsar la formación programada por las empresas, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, como vía ágil y flexible de responder a las necesidades específicas de formación más inmediatas y cercanas a empresas y personas trabajadoras (art. 33 LE).

El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2023-2025) también considera esencial promover la formación a lo largo de la vida introduciendo medidas en los convenios colectivos destinadas a: a) Garantizar la igualdad de acceso de las personas trabajadoras a la formación. b) Fortalecer la formación destinada a facilitar la transición digital y ecológica de las empresas y de las personas trabajadoras. c) Fomentar la formación dual en las empresas, adaptada a las características del tejido productivo y a las necesidades formativas de las personas trabajadoras. d) Promover la corresponsabilidad de las empresas y las personas trabajadoras en los procesos de formación. e) Impulsar los instrumentos bipartitos sectoriales e intersectoriales en la definición y desarrollo de la formación.

## **6. Diseño de itinerarios personalizados**

La persona desempleada o usuaria de los servicios públicos de empleo debe ser algo más que un sujeto pasivo de tutela, pasando de una atención estandarizada y burocrática a otra más proactiva<sup>34</sup>. Parámetro nuclear de la nueva LE es el principio de individualización, de manera que el servicio de empleo ha de elaborar un itinerario o plan personalizado de actuación de cada uno de los usuarios, prestando especial atención a la eliminación de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad y discapacidad así como origen nacional y étnico. Así, detallará las principales

---

<sup>34</sup> APARICIO TOVAR, J.; BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J.: "Estado social, derecho al trabajo y política de empleo", *Revista de Derecho Social*, núm. 100, 2023, p. 27.

actividades propuestas con objeto de mejorar la empleabilidad del usuario, teniendo en cuenta las necesidades del sistema productivo, el empleo local y los sectores emergentes o estratégicos o, en su caso, iniciativas de emprendimiento, autoempleo y economía social, así como sus necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral [art. 56 c) ET].

En concreto, el contenido del itinerario, que deberá ser periódicamente actualizado, hará referencia a los siguientes extremos: 1) las acciones de formación más indicadas en función de las circunstancias; 2) las alternativas laborales o de emprendimiento a las que puede acceder la persona demandante de servicios de acuerdo con su perfil profesional, las necesidades específicas de las distintas etapas vitales y las exigencias del sistema productivo; 3) la identificación de las actuaciones de búsqueda activa de empleo que, de acuerdo con su perfil y sus requerimientos de conciliación, la persona usuaria quedará obligada a realizar.

El plan individualizado conllevará la formalización de un acuerdo de actividad (compromiso recíproco) suscrito entre el servicio público de empleo y la persona usuaria. Dicho acuerdo de actividad implicará, para el servicio público de empleo, la obligación de proporcionar los servicios y actividades concretos comprometidos en el plan de actuación individualizada y el acompañamiento y seguimiento por la persona tutora y, para la persona usuaria, los compromisos de participación activa en los servicios y actividades incluidos en el acuerdo y, en su caso, de aceptación de una colocación adecuada, entendida esta como aquella ofrecida “en la profesión demandada por la persona trabajadora, de acuerdo con su formación, características profesionales, experiencia previa o intereses laborales y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas (en el bien entendido sentido de que)... en los dos últimos casos, además, la oferta deberá implicar un salario equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo, (debiendo ser siempre)... indefinida y con un salario, en ningún caso -como no podría ser de otra manera--, inferior al salario mínimo interprofesional” [art. 3 g) LE]. Se atenderán, en particular, las necesidades de conciliación de la vida familiar y personal y las de los colectivos con dificultades especiales de empleabilidad [art. 56 c) ET], dejando de considerarse adecuada la colocación que coincida con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a 3 meses. Se evita con ello la perpetuación de prestaciones no coincidentes con los intereses laborales o formativos de la persona y que obedecían únicamente a la necesidad vital de desempeñar una actividad retribuida. Se suprime, asimismo, la potestad discrecional que se le atribuía a la Administración en base a la cual, transcurrido un año como receptor de prestaciones, se consideraría adecuada cualquier colocación que a juicio del servicio

público pudiera ser desempeñada por la persona trabajadora. Se deshabilita, de este modo, una intervención administrativa muy criticada por vulnerar el principio de tipicidad de las conductas infractoras ante un eventual rechazo de la colocación unilateralmente decidida por el servicio público<sup>35</sup>.

Sin embargo, en el supuesto de suscripción voluntaria del acuerdo de actividad, es decir, sin ser solicitante o beneficiario de prestaciones o subsidios, se introduce, como excepción, un tercer elemento que permite identificar como adecuada una colocación: la que sea convenida dentro del itinerario de inserción admitiéndose tanto la colocación temporal como a tiempo parcial. Y solamente en este supuesto, se considerará adecuada la colocación que se ofrezca en una localidad que no sea la de residencia de la persona trabajadora.

Se trata de algo muy distinto de los modelos de workfare que solo persiguen la colocación en el corto plazo y que se sirven de instrumentos más coactivos y sancionadores para que el colectivo de sujetos desempleados acepte cualquier colocación que se les ofrezca con independencia de su calidad o precariedad, de la merma de cualificación o de la profesionalidad anteriormente alcanzada. Pero, al tiempo, concurre cierta condicionalidad, pues solo quienes cumplen con su parte de las obligaciones podrán optar a los servicios de empleo y de empleabilidad<sup>36</sup>.

El diseño de cada uno de los itinerarios irá precedido de la atribución de un perfil individualizado de usuario a partir de un diagnóstico previo de la situación de partida de la persona, que tendrá en cuenta sus habilidades, competencias, formación y experiencia profesional, así como su edad o pertenencia a colectivos prioritarios, situación familiar, ámbito territorial, tiempo y motivos de desempleo, percepción de prestaciones o ayudas económicas a la activación y cualquier otra variable personal o social que pueda ser relevante, en función de sus necesidades y expectativas. Asimismo, en el citado diagnóstico se tendrán en cuenta las situaciones de interseccionalidad [art. 56 a) LE]. En todo caso, en previsión de difícil cumplimiento, las personas demandantes de los servicios de empleo tienen derecho a disponer de su itinerario o plan de actuación individualizado, en el plazo máximo de un mes, a contar desde la elaboración de su perfil de usuario [art. 56 c) LE].

El perfil individualizado, el plan personalizado, el acuerdo de actividad, que estará integrado por el perfil individualizado de la persona demandante de servicios públicos de

---

<sup>35</sup> GUERRERO VIZUETE, E.: "La configuración del empleo en la Ley 3/2023 ¿una reestructuración para superar las deficiencias del mercado de trabajo o simple continuismo?", *Comunicación presentada al XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*.

<sup>36</sup> APARICIO TOVAR, J.; BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J.: "Estado social, derecho al trabajo y política de empleo", *Revista de Derecho Social*, núm. 100, 2023, p. 28.

empleo, el itinerario o plan personalizado de actuación y el acuerdo de actividad y su desarrollo, se anotarán en el “expediente laboral personalizado único individual”, donde se incluirán también: la tutorización y seguimiento de la persona usuaria durante las transiciones laborales, la cartera individualizada de formación, las ofertas de empleo adecuadas aceptadas o rechazadas y su justificación, los contratos suscritos, la vida laboral de la Seguridad Social y las prestaciones, ayudas o incentivos económicos que, en su caso, perciba durante su proceso de búsqueda de empleo o como consecuencia del mismo [art. 56 f) LE].

#### **IV. EL PROTAGONISMO INCENTIVADO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO**

De conformidad con lo previsto en el art. 40 CE, que emplaza a los poderes públicos a realizar una política orientada al pleno empleo, la LE diseña un soporte público básico: el Sistema Nacional de Empleo, integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), y también, en virtud de la descentralización territorial llevada a efecto desde hace décadas, por los Servicios de Empleo Autonómicos. Pese a esta amplia red de oficinas públicas, España presenta uno de los índices más bajos en toda Europa de colocación laboral alcanzada mediante la intervención de estos canales, muy por debajo de Alemania, Francia, Bélgica, los Países Bajos y Gran Bretaña. No es preciso acudir a elaboradas fuentes estadísticas sino que basta con utilizar rudimentarios y parciales empirismos derivados de la Encuesta de Población Activa para demostrar los siguientes extremos: a) En 2021, solo un 2% de los asalariados encontró su trabajo gracias a un emplazamiento público de empleo. Y b) Sólo un 22% de los parados acudió a una oficina pública para buscar empleo.

Ante estas tasas de penetración tan débiles, la nueva LE intenta adoptar medidas para establecer mecanismos que refuercen los quehaceres de la arquitectura pública en materia de intermediación laboral, estableciendo, al tiempo, la obligación de diseñar, previa deliberación técnica en el seno del Sistema Nacional de Empleo y del Diálogo Social, medidas de medición de la mejora de la empleabilidad (art. 36), concretadas en tres parámetros: empleabilidad real, intermediación y cobertura. Estas herramientas, que han de hacerse públicas, actualizarse de manera periódica y mostrarse desagregadas por sexo y edad, tienen como funciones esenciales: a) determinar los patrones de atención a las personas demandantes de empleo, en especial los itinerarios individuales y sus servicios asociados; b) prestar apoyo y fiabilidad a la labor de orientación; y c) establecer sujetos y colectivos requirentes de especial atención, lo que se tendrá en

cuenta a la hora de diseñar las políticas de empleo y, en particular, los incentivos a la contratación<sup>37</sup>.

Los canales públicos de intermediación están integrados por los siguientes órganos:

## **1. El Servicio Público de Empleo Estatal y su transformación en Agencia**

La descentralización formal y material operada en lo relativo al empleo, junto a la atribución competencial a las Comunidades Autónomas en materia de fomento y gestión de las políticas activas y la presencia, si bien residual, de las Corporaciones Locales, no han dejado vacía de contenido la necesaria existencia en el nivel estatal de un Servicio Público de Empleo, idea ésta defendida desde instancias tanto internacionales<sup>38</sup> como europeas<sup>39</sup>, y apoyada con un claro respaldo constitucional en el art. 40.1, cuando encomienda a los poderes públicos la promoción “de las condiciones favorables para el progreso social y económico”, especialmente realizando “una política orientada al pleno empleo”<sup>40</sup>.

### *1.1. Antecedentes*

El diseño de un sistema público, organizado en sus orígenes, para realizar la colocación de la mano de obra, deriva de la necesidad de poner fin a los constantes abusos realizados por la intermediación lucrativa que venía considerando al trabajador como una simple mercancía. Aunque en un primer momento se trató de una reivindicación obrera, lo cierto es que fueron los Estados los que efectivamente plantearon la necesidad de idear un Servicio Público de Empleo, constituyendo un hito importante en esta tarea la creación de la propia OIT, pues en su primera Conferencia (Washington) ya se hizo frente a este problema, aprobando el Convenio núm. 2 sobre el desempleo y la Recomendación núm. 1, también sobre el mismo tema, en los cuales se optó por un sistema oficial con representación obrera y patronal, donde pudieron convivir,

---

<sup>37</sup> PÉREZ DEL PRADO, D.: “La Ley 3/2023, de empleo, un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (primera parte)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023, p. 6.

<sup>38</sup> El Convenio núm. 88 de la OIT, adoptado en San Francisco el 9 de julio de 1948 y ratificado por España el 14 de enero de 1960, prevé la obligación de todos los Estados miembros de cerrar y organizar en el seno de sus Gobiernos un Servicio Público de Empleo.

<sup>39</sup> Comunicación presentada por la Comisión a los Estados miembros bajo el título “Modernising Public Employment Services to Support the European Employment Strategy”, Bruselas 13 de noviembre de 1998.

<sup>40</sup> SALAS PORRAS, M., “Las entidades colaboradoras, el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos”, [www.aedtss.com](http://www.aedtss.com).

en paralelo, las agencias privadas de colocación sin ánimo de beneficio, todo ello con la intención de ir eliminando las entidades privadas lucrativas<sup>41</sup>.

Sin embargo, y pese a estas pautas internacionales, España no contó con una verdadera política pública de colocación hasta la II República. Ciertamente es que en el siglo XVI aparece el antecedente remoto de lo que después serán los servicios de colocación cuando se establece la inscripción de los desempleados ante los clérigos o los secretarios de las comunidades de artes y oficios y se crean las “oficinas de direcciones” de algunas profesiones, pero este precedente no tuvo desarrollo posterior<sup>42</sup>, de modo que a finales del siglo XIX la colocación directa era la principal forma de acceso al trabajo, siendo típicas de esa época las largas colas a la entrada de las fábricas<sup>43</sup>. Seguidamente, los comités paritarios, integrados por las asociaciones obreras y patronales, vinieron desempeñando, de forma meramente potestativa, la actividad de intermediación, conviviendo a estos efectos con la iniciativa privada<sup>44</sup>. Fue la Ley de 27 de noviembre de 1931 la que creó el Sistema Nacional de Colocación<sup>45</sup>, desarrollado por el Decreto de 6 de agosto de 1932<sup>46</sup>, como organización de carácter nacional, pública y gratuita, dotada de una red descentralizada de oficinas con representación de trabajadores y empresarios, permitiendo, al tiempo, la creación de agencias de intermediación privadas sin fines lucrativos, pero prohibiendo las denominadas “empresas comerciales de colocación y las agencias de pago”.

Como ha señalado la mejor doctrina, “en el punto neurálgico de la organización de un servicio público de empleo -el de los deberes de empresarios y obreros respecto del mismo--, la Ley de 1931 respondía, en principio, a la más pura ortodoxia liberal: licitud del entendimiento de los contratantes al margen de las oficinas, respeto a la regla de la

---

<sup>41</sup> VIDA SORIA, J., *et alii*: “Los servicios públicos de empleo”, *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MOLINA NAVARRETE, C., (coord.), Sevilla, CARL, 2005, p. 150.

<sup>42</sup> ROSE, J.: *En busca de empleo. Formación, paro, empleo*, Madrid, MTSS, 1987, pp. 101-102.

<sup>43</sup> DEL VAL TENA, A.L.: “La intermediación en el empleo: un aspecto de la reforma del mercado de trabajo”, *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. (ed.), Granada, Universidad, 1996, p. 203.

<sup>44</sup> Es oportuno reparar, no obstante, en el significado de la creación de bolsas de trabajo en el seno de determinadas instancias como las Cámaras Agrícolas (Real Decreto de 12 de junio de 1919), concebidas como “centros de contratación donde hallar compensación para una época de crisis, y aún sustitución de las tareas propias de su oficio por otras que estén al alcance de sus aptitudes y que les proporcione la remuneración que en los trabajadores campesinos les falte”. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La regulación del trabajo agrícola en el proceso de emergencia, formación y desarrollo del Derecho Español del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 53 y 54, 1992, p. 341.

<sup>45</sup> Gaceta del 28.

<sup>46</sup> Gaceta del 13.



libertad de elección entre aquellos (y, por consiguiente, carácter no vinculante de las propuestas del servicio) y limitación de las obligaciones respectivas de dar noticia de las plazas vacantes o de la demanda a las respectivas oficinas; no obstante lo cual, la legislación republicana de colocación ofrecía algunos resquicios no desdeñables para una acción defensiva y profiláctica de los intereses laborales en el mercado<sup>47</sup>. Señaladamente, la posibilidad de que el Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo, pudiese obligar a empresarios y obreros a acudir a las oficinas de colocación correspondientes con sus avisos de puestos vacantes o de falta de trabajo, así como a que acepten los primeros a los obreros de la correspondiente categoría, y a que consientan los segundos los empleos que les designe la oficina, significaba, a la postre, la posibilidad de que el ejecutivo transformarse el sistema de elección de los contratantes en el alternativo a la colocación forzosa<sup>48</sup>.

Durante el sistema franquista, la política de colocación estuvo marcada por un fuerte intervencionismo estatal, consecuencia de lo cual fue la prohibición de la existencia de agencias u organismos privados de cualquier clase dedicados a estos menesteres. La Declaración (III.7) del Fuero de Trabajo atribuyó a los sindicatos la función de establecer oficinas de colocación para proporcionar empleo al trabajador de acuerdo con su aptitud y mérito. La Ley de Colocación de 10 de febrero de 1943 reitera la obligación empresarial de contratar trabajadores a través de los cauces institucionales, consagrándose la reserva de las funciones de colocación a favor del Estado, que al prohibir la actuación privada en la materia hacen de ésta un cometido público en consonancia con las declaraciones del Convenio núm. 88 de la OIT. No obstante, la reserva de competencia a favor de los servicios oficiales (sindicales) de colocación, la realidad práctica fue por otros derroteros, toda vez que el propio legislador contribuyó a la pluralidad mediante el reconocimiento de atribuciones en materia de colocación a múltiples entidades (Dirección General de Empleo, Instituto Nacional de Previsión, Servicio Social de la Acción Formativa, Instituto Español de Emigración...)<sup>49</sup>.

Pese a esta pluralidad, más aparente que formal, lo cierto es que hasta la creación del Servicio de Empleo y Acción Formativa (SEAF) por el Decreto-Ley 1/1975, de 22 de marzo, fue la Organización Sindical, organismo paritario y no público, la que se ocupó de la ejecución de la política de empleo. El SEAF, Servicio común de la Seguridad Social,

---

<sup>47</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: "Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola", *Agricultura y Sociedad*, núm. 3, 1977, p. 119.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M.: "Colocación y empleo (arts. 12 y 13 y disposición transitoria 2ª LRL)", *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, FDUM, 1977, pp. 133 y ss.

<sup>49</sup> GALLEGO MORALES, A.J.: "La emergencia de nuevos agentes en los procesos de colocación. Perspectivas y peligros", *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Granada, Universidad, 1996, p. 186.

tutelado por el Ministerio de Trabajo, unía, a la gestión de la formación profesional de adultos para el empleo, la de orientación profesional y la de la intermediación, delegada hasta entonces, como ya consta, en el Servicio Sindical de Colocación (SSC). De hecho, el SEAF no empezó a funcionar hasta el 1 de octubre de 1976, mes en el que, como final del proceso de cambio, se atendió a los trabajadores, en paralelo, desde las oficinas de empleo del nuevo SEAF, y desde las antiguas sedes de colocación del SSC<sup>50</sup>.

### 1.2. *El INEM*

La importante convulsión estatal producida por el cambio de régimen político, simbolizado por las primeras elecciones democráticas, del 15 de junio de 1977, generó, empero, un marco poco propicio para el desarrollo del recientemente creado SEAF. Cabe destacar, como mero dato fáctico, que los Pactos de la Moncloa, firmados a finales de octubre de 1977, desprovieron a este organismo de su condición de Servicio Común de la Seguridad Social. Este período de transición democrática culminó con la creación del INEM, por Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, como ente dotado de personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines y adscrito al Ministerio de Trabajo, en cuyos órganos rectores estuvieron representadas las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales, tanto a nivel de servicios centrales como de servicios territoriales.

El INEM, como ente encargado inicialmente de la intermediación en el mercado laboral, recibe poco después el traspaso, en virtud del Real Decreto 1325/1981, de la competencia para el reconocimiento del derecho de las prestaciones por desempleo, ejercida hasta ese momento por la Seguridad Social. De esta forma, bajo el principio de unidad de acción, se reunieron, en una sola institución, la gestión, en todo el territorio español, de las funciones de colocación y promoción de empleo, cualificación profesional, información y orientación o asesoramiento y pago de los auxilios de paro<sup>51</sup>.

### 1.3. *Exclusividad de la oficina pública*

Seguidamente, con fundamento institucional en el propio IMEM, se creó un sistema nacional, público y gratuito, aún sin descentralizar, regulado en la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (LBE), continuando prohibida la existencia de agencias

---

<sup>50</sup> SEVILLA CORRELLA, M., "Intermediación en el mercado de trabajo: un modelo de gestión pública integrada", *Revista DyO*, 2000, p.77.

<sup>51</sup> VALDÉS DAL RE, F.: "La reforma de la intermediación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2010, p. 155.

privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional<sup>52</sup>. Las críticas al INEM no tardarán en surgir como consecuencia de la relación esencialmente burocrática que las oficinas de empleo establecieron con los ciudadanos, basadas más en el cumplimiento formal de una serie de obligaciones y trámites que en las exigencias derivadas de la prestación misma del servicio. Cuando el recurso a las oficinas del INEM era preceptivo, la general desconfianza en la institución llevaba a oferentes y demandantes de empleo, máxime si se trataba de ocupaciones que exigían cierta especialización o cualificación, a evitar su intermediación y a recurrir a cauces extraoficiales para lograr el anhelado encuentro, acudiendo *a posteriori* a la oficina, para, una vez cumplidos los trámites de inscripción y solicitud del trabajador mediante la presentación por la empresa de una oferta nominativa, proceder a formalizar el contrato de trabajo<sup>53</sup>.

El déficit cronificado de medios técnicos, personales y organizativos que venía registrando el INEM desde su creación, y el discutible orden de prioridades que siguió a la hora de desarrollar las funciones que le fueron atribuidas, representaron un cúmulo de factores y condiciones capaces de restar eficacia y operatividad a su función mediadora en el mercado de trabajo. Ya en los textos preparados en 1988 por el Ministerio de Trabajo acerca de la reforma del INEM, se hace una dura crítica a la primacía de los trámites formales sobre los de cualificación, orientación, formación, selección y colocación de los desempleados, pero en ningún momento se propone abandonar el monopolio de la intermediación, aun cuando los términos con los que se refiere a esta cuestión aparentemente dejan abierta la puerta a la entrada de intermediarios no mercantiles, no en vano se mantiene “la prohibición de intervención lucrativa privada en el mercado de trabajo”. En un informe posterior titulado “La reforma de la política de empleo y de los servicios públicos de empleo. Documentos para el diálogo social (1991)”, el Ministerio de Trabajo sostiene que la modificación del INEM habrá de consolidar su carácter de Servicio Público de Empleo, y aunque se refiere a la posible entrada de otros intermediarios, se dice expresamente mantener la prohibición de la intermediación privada con ánimo de beneficio y que la única alternativa a la utilización de las oficinas públicas será la contratación directa. Con ello se reafirma la intención de suprimir la inscripción obligatoria de los demandantes en busca de ocupación y la comunicación por parte de los empleadores de sus ofertas, pero cumpliendo la obligación de registro de los contratos celebrados, al tiempo que se alude a la necesidad de nueva estructura del

---

<sup>52</sup> VIDA SORIA, J., *et alii*: “Los servicios públicos de empleo”, *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MOLINA NAVARRETE, C., (coord.), Sevilla, CARL, 2005, p. 151.

<sup>53</sup> OJEDA AVILÉS, A.: “Los servicios de empleo en España: el Instituto Nacional de Empleo (II)”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 17, 1983, p. 43.

INEM, para lo cual se prevé la creación de “oficinas de promoción de empleo y cualificación” y “oficinas integradas de empleo”<sup>54</sup>.

Seguidamente, el “Programa de Convergencia 1992-1996” insistirá en la pertinencia de abordar una reforma en profundidad del INEM, “principal órgano tanto en la mediación como en el reconocimiento y gestión de las prestaciones y subsidios destinados a cubrir la eventualidad del desempleo”<sup>55</sup>. Sin embargo, en posteriores documentos entregados, en julio de 1992, por el Gobierno, uno al CES sobre la reforma laboral, y otro a los agentes sociales como base para una posible modificación del INEM, no se plantea en ningún momento la posibilidad de suprimir el monopolio público de la colocación, aunque se critica. La admisión de otros intermediarios empieza a sugerirse en 1993, en concreto, en el Documento titulado “la Reforma del Mercado de Trabajo”, que el Gobierno dirige al CES en demanda de dictamen, donde afirma que “los Servicios Públicos de Empleo... no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas, especializadas y muchas veces extraordinarias ofertas de empleo, que no obstante movilizan un porcentaje nada despreciable del volumen total de empleo y a las que no se puede dejar sin respuesta por parte del servicio sin ofrecer alternativas para cubrirlas”, aunque en el mismo documento se dice que “la labor del INEM necesita ser revisada para así perfeccionarla”<sup>56</sup>.

#### *1.4. El Servicio Público de Empleo Estatal*

En 1994 se produjo una importante reforma en la materia, eliminando las cargas burocráticas del INEM al suprimir la obligación del empresario de contratar a través de dicho Instituto y abriendo la actividad de colocación a las corporaciones privadas sin fines lucrativos. Al tiempo, es a partir de la década de los noventa cuando tiene lugar el progresivo proceso de transferencia territorial, creándose los Servicios Autonómicos de Empleo.

El papel del INEM después de la reforma de 1994 siguió siendo el de gestor del servicio público de empleo. La diferencia primordial va a consistir en la voluntariedad del servicio aunque sigue persistiendo el carácter de exclusividad como administrador de las prestaciones y subsidios de desempleo, a pesar de la encomienda a las Comunidades

---

<sup>54</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, *Estrategia Europea. Estado autonómico y política de empleo, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 262.

<sup>55</sup> TRIGO, J.: “La reforma del INEM y el mercado de trabajo en España”, *Boletín del Círculo de Empresarios*, núm. 57, 1993, pp. 259-260.

<sup>56</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, cit., p. 262-263.

Autónomas en materia de políticas activas. Las funciones del INEM se extienden, no obstante, a otros aspectos: registrar los contratos de trabajo notificados por los empresarios, inscribir a los demandantes de empleo, emitir certificados de los vínculos de prácticas y formación, vigilar y controlar la constitución de agencias privadas de colocación, así como visar los nuevos contratos de trabajo<sup>57</sup>.

No fue hasta bien entrado el siglo XXI, cuando por el Real Decreto 1383/2008 se regula la estructura orgánica de un nuevo organismo oficial, el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), sucesor del extinto INEM, cuya personalidad y régimen jurídico hereda, que cuenta con la misma condición de Organismo Autónomo. Ello no obstante, los vigentes arts. 262 y ss. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), lo siguen denominando, de manera un tanto equívoca, Entidad Gestora, en la idea de que el SPEE concentra su esfuerzo burocrático en la que constituye su actividad principal: la gestión del desempleo (contributivo, asistencial o prorrogado, incluido el cese de actividad de los trabajadores autónomos)<sup>58</sup>. Es el SPEE el que ostenta además la potestad sancionadora por infracciones leves y graves cometidas por los trabajadores en materia de empleo, exigiendo la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por carecer de las exigencias necesarias para su disfrute o imponiendo la pérdida de la prestación durante un determinado espacio de tiempo<sup>59</sup>.

El SPEE aparece como eje de abscisas a la hora de enuclelar la vertebración de las distintas redes, impidiendo que se rompa la unidad y cohesión de nuestro mercado de trabajo nacional exigida por la Carta Magna, con compartimentaciones que puedan repercutir negativamente sobre las políticas de empleo.

### 1.5. La Agencia Estatal de Empleo

La LE plantea la transformación del SPEE en Agencia con el fin de conseguir una actuación pública transparente por objetivos, según los trámites a establecer en un posterior desarrollo reglamentario (art. 18 y disposición final 1ª LE). La Agencia Española de Empleo (AEE) será una entidad de derecho público de la Administración General del Estado, adscrita al Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, a la que se le encomienda la ordenación,

---

<sup>57</sup> GARCÍA GIL, B.: "Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal", La reforma laboral de 2010, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 163.

<sup>58</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Derecho Administrativo del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 208.

<sup>59</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada", cit., p. 261.

desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de las políticas activas de empleo y de protección por desempleo, en el marco de lo establecido en la LE (art. 18 LE).

Las competencias a asumir por la Agencia consistirán en un listado abierto, a completar por cualesquiera otras atribuciones establecidas legal o reglamentariamente, recogido en el art. 22 LE con el siguiente tenor: a) Elaborar y elevar al Ministerio de Trabajo y Economía Social las propuestas normativas de ámbito estatal en materia de empleo y protección por desempleo y formación en el trabajo que, dentro de su ámbito competencial, procedan. b) Elaborar y aprobar el anteproyecto de presupuesto de la Agencia, conforme a lo dispuesto en el contrato de gestión. c) Percibir las ayudas de fondos europeos para la cofinanciación de acciones a cargo de su presupuesto y proceder a la justificación de las mismas, a través de la autoridad de gestión designada por la normativa de la Unión Europea. d) Elaborar el proyecto de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, del Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno y de las Recomendaciones Específicas para el fomento del Empleo Digno, en colaboración con las Comunidades Autónomas. e) Planificar las actuaciones conjuntas de la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos en el desarrollo del Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo. f) Gestionar el Observatorio de las Ocupaciones, con una red en todo el territorio del Estado, que analice la situación y tendencias del mercado de trabajo y la situación de la formación en el trabajo, en colaboración con las Comunidades Autónomas. g) Mantener las bases de datos generadas por los sistemas integrados de información del Sistema Nacional de Empleo y elaborar las estadísticas en materia de empleo, formación en el trabajo y protección por desempleo a nivel estatal. h) Gestionar los servicios y programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Serán: 1.º Servicios y programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma, cuando estos exijan la movilidad geográfica de las personas desempleadas o trabajadoras participantes en las mismas a otra Comunidad Autónoma, distinta a la suya, o a otro país y precisen de una coordinación unificada. 2.º Programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma sin que implique la movilidad geográfica de las personas desempleadas o trabajadoras participantes en los mismos, cuando precisen una coordinación unificada y previo acuerdo entre la Agencia Española de Empleo y las Comunidades Autónomas en las que vayan a ejecutarse los citados programas. 3.º Servicios y programas dirigidos tanto a las personas demandantes de empleo como a las personas ocupadas, para la mejora de su ocupación mediante la colaboración de la Agencia Española de Empleo con órganos de la Administración General del Estado, organismos públicos y las instituciones que forman el sector público estatal, para la realización de acciones formativas, entre otras, aquellas que tengan como objetivo la generación de empleo de calidad y la mejora de oportunidades de las personas trabajadoras, en particular cuando se desarrollen en el marco de planes, estrategias o programas de ámbito estatal, y la ejecución de obras y servicios de interés general y social, relativos a competencias exclusivas del Estado. 4.º En el marco de las competencias existentes en la materia, servicios y programas de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de personas trabajadoras inmigrantes. 5.º Programas que se establezcan con carácter excepcional y duración determinada, cuya ejecución afecte a todo el territorio nacional, siendo imprescindible su gestión centralizada a los efectos de

i) Llevar a cabo investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo y los instrumentos para mejorarlo, en colaboración con las respectivas Comunidades Autónomas y de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional tercera. j) La gestión y el control de las prestaciones por desempleo, sin perjuicio del cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social atribuidas a los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y del Cuerpo de Subinspectores Laborales. k) Coordinar e impulsar acciones de movilidad en el ámbito estatal y europeo, así como ostentar la representación del Estado español en la red EURES. l) En el seno del Sistema Nacional de Empleo, coordinar la evaluación interna de las Estrategias y Planes para el Fomento del Empleo Digno vigentes en cada momento e impulsar la evaluación del desempeño de la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos de acuerdo con el modelo establecido por la Comisión Europea. m) Coordinar los Centros de Orientación, Emprendimiento, Acompañamiento e Innovación para el Empleo y fomentar la colaboración entre ellos. n) Cualesquiera otras competencias que legal o reglamentariamente se le atribuyan.

Serán los Estatutos, como es propio de estas normas, los que contengan las determinaciones más concretas en materia de organización, atribuciones, sede y medios personales, materiales, económico-financieros y patrimoniales que se adscriban. En definitiva, el régimen jurídico de esta nueva agencia será el propio de estas entidades, salvo algunas excepciones, como el control financiero (que corresponderá a la intervención de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria) y el nombramiento de la persona que ocupe su dirección, que se hará por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Trabajo y no por el Consejo Rector como en otras agencias<sup>61</sup>. Como área especializada de la Agencia se prevé la creación de una Oficina de Análisis del Empleo destinada, entre otras funciones, a la investigación, estudio y asesoramiento en las materias relativas a las políticas de empleo.

Aun cuando las organizaciones empresariales y sindicales más representativas participarán, de forma tripartita y paritaria, en los órganos correspondientes de la Agencia y se facilitará “la consulta a los sectores de la economía social y el trabajo autónomo” (art. 21 LE), se echa de menos, no obstante, la implicación activa de otras organizaciones vertebradoras de la sociedad civil (representativas de consumidores, del sector agrícola y del sector marítimo-pesquero), en línea con el método abierto de

---

garantizar la efectividad de las mismas, así como idénticas posibilidades de obtención y disfrute a todos los potenciales beneficiarios.

<sup>61</sup> GUZMÁN, M.C. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Así es la nueva Ley de Empleo”, <https://grupo.us.es/iwpr/2023/03/06/asi-es-la-nueva-ley-de-empleo/>

coordinación iniciado tras la Cumbre de Lisboa y que se ha convertido en una característica clave de las nuevas políticas de empleo, de inclusión social y de gobernanza que se están delimitando en el ámbito europeo<sup>62</sup>.

Desde tales perspectivas, el protagonismo de la AEE (al igual que ha ocurrido con el SPEE) es y deberá seguir siendo de enorme importancia<sup>63</sup>, pues administra las prestaciones por desempleo, ordena las políticas activas y, cómo no, supervisa la red territorial, integrada por los servicios autonómicos y un amplio conjunto de instituciones y entidades colaboradoras: Administraciones Locales como ámbito más cercano al ciudadano<sup>64</sup>, organizaciones empresariales, sindicatos, instituciones sin ánimo de lucro, consorcios, fundaciones, agencias privadas (también con beneficio empresarial), agencias de recolocación, agencias de selección o empresas de trabajo temporal, entre otros<sup>65</sup>. Es más, el mejor encaje entre la competencia normativa sobre las políticas activas, que corresponde al Estado, con la ejecución, que compete a las Comunidades Autónomas, exige, además, la unidad en la atención de las personas en situación de desempleo garantizada, en último extremo, desde la AEE, puesto que el tratamiento que reciban estos sujetos no debe ser sustancialmente diferente en función del ámbito territorial en el que vivan<sup>66</sup>.

En una línea continuista, la AEE y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas conforman el Sistema Nacional de Empleo, que cuenta con dos órganos rectores de coordinación territorial: de un lado, la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales como cauce de colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo (art. 9 LE) y, de otro, el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, de carácter tripartito, con naturaleza consultiva y destinado participación institucional en materia de Empleo (art. 10 LE).

---

<sup>62</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El nuevo Derecho del Empleo", *Aranzadi Social*, 2003, Tomo V, p. 358.

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y PÉREZ GUERRERO, M.L.: "El reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo Estatuto de Autonomía", *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, vol. I, p. 191.

<sup>64</sup> MORALES ORTEGA, J. y PÉREZ YÁNEZ, R.: "Los actores de la política de empleo", *Lecciones de Derecho del Empleo*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., (dir.), 2ª edición, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 281 y ss.

<sup>65</sup> ROJO TORRECILLA, M.: "Servicios Públicos de Empleo. Una mejora inaplazable para afrontar el presente y el futuro", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2010, p. 71.

<sup>66</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma", en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas, pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.), Granada, Comares, 2008, p. 1048.



### 1.6. Instrumentos de coordinación

La coordinación desplegada desde el SPEE o desde la futura AEE adquiere una importancia capital en aras a evitar la dispersión de recursos y el solapamiento de actividades, de manera que la LE diseña cuatro instrumentos clave para la oportuna vertebración:

1.-La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, que debe identificar y consensuar objetivos y líneas de actuación comunes a cumplir durante los cuatro años a los que extiende su vigencia, definir conjuntamente las directrices, indicadores e instrumentos que permitan cuantificar su consecución y realizar una evaluación comparativa de los resultados de los servicios de empleo del Sistema Nacional de Empleo. El seguimiento y evaluación de los citados indicadores se recogerá en un Informe Conjunto sobre el empleo que permitirá elaborar Recomendaciones Específicas a fin de corregir, a corto y largo plazo, las debilidades y disfunciones que se aprecien y facilitar el intercambio de las mejores prácticas (art. 12 LE)<sup>67</sup>. La actual Estrategia 2021-2024, aprobada por Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, constituye el marco para la determinación de objetivos comunes a conseguir por el conjunto de servicios públicos de empleo, al establecer un instrumento que garantiza la igualdad en el acceso y atención a los beneficiarios de las políticas de activación para el empleo en toda España. Incluye, por tanto, todos los servicios y programas que realicen los servicios públicos, tanto aquellos que se desarrollen con fondos estatales, como los que se lleven a cabo por las Comunidades Autónomas con recursos económicos propios. Todo ello, sin perjuicio de permitir la suficiente flexibilidad para su adaptación a las características de las personas beneficiarias de los servicios en las distintas Comunidades Autónomas, de tal manera que se garantice, en todo momento, la cohesión social y la complementariedad entre la unidad de mercado y la diversidad territorial, así como la eficacia y eficiencia en la utilización de fondos públicos.

2.-El Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno, que concretará las directrices necesarias para alcanzar en el conjunto del Estado y en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, los fines de la Estrategia, así como los indicadores que se

---

<sup>67</sup> Se integra por 7 ejes: a) Eje 1. Orientación. b) Eje 2. Formación. c) Eje 3. Oportunidades de empleo. d) Eje 4. Oportunidades de empleo para personas con discapacidad. e) Eje 5. Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. f) Eje 6. Emprendimiento. g) Eje 7. Mejora del marco institucional.

utilizarán para conocer y evaluar anualmente el grado de cumplimiento de los mismos, fijando los servicios y programas que se desarrollarán tanto por las Comunidades Autónomas como por la AEE (art. 13 LE)<sup>68</sup>. El Plan actual de 2023 recoge los 6 objetivos siguientes: 1) Enfoque centrado en las personas y en las empresas<sup>69</sup>. 2) Coherencia con la transformación productiva<sup>70</sup>. 3) Orientación hacia resultados<sup>71</sup>. 4) Mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo<sup>72</sup>. 5) Gobernanza y cohesión del Sistema Nacional de Empleo<sup>73</sup>. Se estructura, asimismo, en los siguientes 6 ejes: 1) Orientación<sup>74</sup>. 2) Formación<sup>75</sup>. 3) Oportunidades de Empleo<sup>76</sup>. 4) Igualdad de

---

<sup>68</sup> Se integra por 6 ejes: a) Eje 1. Orientación. b) Eje 2. Formación. c) Eje 3. Oportunidades de empleo. d) Eje 4. Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. e) Eje 5. Emprendimiento. f) Eje 6. Mejora del marco institucional.

<sup>69</sup> Con tres objetivos específicos: 1: acompañamiento personalizado a demandantes de empleo impulsando la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo desde la perspectiva de la persona. 2: servicio personalizado a empleadores/as impulsando un nuevo modelo de relación, reforzando la colaboración y la comunicación entre los servicios públicos de empleo y las empresas. 3: políticas Activas de Empleo en los nuevos Servicios Públicos de Empleo.

<sup>70</sup> Con dos objetivos específicos: 1: acompañar, con el conjunto de políticas activas de empleo, las estrategias públicas dirigidas al cambio de modelo productivo, su modernización y digitalización. 2: aprovechar el potencial del empleo hacia la consecución de un crecimiento sostenible y para la transición ecológica y digital, así como en sectores no tradicionales como las industrias creativas, culturales, de cuidados y de innovación; con especial atención a la actividad económica y el emprendimiento en territorios en situación de despoblación o transición productiva.

<sup>71</sup> Con tres objetivos específicos: 1: consolidar un modelo integrado de evaluación de las Políticas Activas de Empleo. 2: valorar la atención de las personas y las empresas a través de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo. 3: crear un Espacio Técnico Colaborativo de Conocimiento, Trabajo e Innovación de los Servicios Públicos de Empleo.

<sup>72</sup> Con cuatro objetivos específicos: 1: diversificar los canales de prestación de los servicios del Sistema Nacional de Empleo, impulsando la accesibilidad a estos para asegurar se provisión continua, personalizada e inclusiva. 2: impulsar la transformación digital y la modernización de los servicios públicos de empleo mediante el desarrollo de procesos, recursos digitales de activación y mejora de la empleabilidad, más eficientes, seguros, fáciles de utilizar y de calidad. 3: planificar, actualizar y asegurar el acceso a la Formación Profesional para el Empleo, para fortalecer su prestación personalizada en base a las demandas del sistema productivo. 4: fortalecer el Sistema Nacional de Empleo a través de la interoperabilidad de los sistemas, la mejora de la calidad de sus datos, el intercambio de conocimiento en su seno y con otros organismos y entidades colaboradoras.

<sup>73</sup> Con tres objetivos específicos: 1: impulso financiero de las políticas activas de empleo: un marco financiero para ganar en mayor eficacia y cohesión en el Sistema Nacional de Empleo, y lograr una mejor asignación y optimización de todos los recursos económicos disponibles. 2: promover la mejora del sistema de Gobernanza existente con la finalidad de establecer un modelo más eficaz y eficiente que refuerce la Cohesión del Sistema Nacional de Empleo. 3: mejorar la coordinación operativa de los distintos niveles administrativos que intervienen en las políticas activas de empleo y de la mejora de la imagen de los servicios públicos de empleo.

<sup>74</sup> "Comprende las actuaciones de información, orientación profesional, motivación, asesoramiento, diagnóstico y determinación del perfil profesional y de competencias, diseño y gestión de la trayectoria individual de aprendizaje, búsqueda de empleo, intermediación laboral y, en resumen, las actuaciones de apoyo a la inserción de las personas beneficiarias. Asimismo, comprende las actuaciones de prospección de necesidades y prestación de los servicios de empleo a las empresas".

oportunidades en el acceso al empleo<sup>77</sup>. 5) Emprendimiento<sup>78</sup>. 6) Mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo<sup>79</sup>.

3.- El Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo como instrumento técnico de coordinación, que tiene como finalidad el establecimiento de protocolos para el registro de datos comunes y la integración de la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo que realicen la AEE, los servicios públicos de empleo autonómicos y las entidades colaboradoras en todo el territorio del Estado, así como a las ofertas y demandas de empleo registradas en las agencias de colocación colaboradoras. Se configura como una red de información común para todo el soporte público y privado del empleo, contando con una estructura de procesamiento de datos pertinentes eficaz, integrada y compatible. Además, se integra en la red europea de los servicios de empleo, en los términos de los Reglamentos (UE) 2016/589, de 13 abril 2016, 2018/1724, de 2 octubre 2018 y 2019/1149, de 20 junio 2019, y demás normativa concordante de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo (art. 14 LE).

Con este sistema se trata de conseguir, en la práctica, que un mismo demandante de empleo reciba idéntica información en cualquiera de los puntos a los que acuda<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Incluye las actuaciones de formación en el trabajo, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación en alternancia con la actividad laboral, incluidos los programas públicos de empleo y formación, que permitan al beneficiario adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, para mejorar su cualificación y facilitar su inserción laboral, teniendo en cuenta la brecha digital existente y garantizando la atención presencial a la población que la padece.

<sup>76</sup> Incluye las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo. También incluye las dirigidas a facilitar la movilidad geográfica o promover la contratación en sectores de actividad diferentes de aquellos en los que se hubiera trabajado habitualmente.

<sup>77</sup> Comprende las actuaciones dirigidas a aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad, de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. Igualmente incluye la promoción de la igualdad en el acceso al empleo, entre mujeres y hombres en el acceso, permanencia y promoción en el empleo, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

<sup>78</sup> Integra las actividades dirigidas a fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social, así como las encaminadas a la generación de empleo, actividad empresarial y dinamización e impulso del desarrollo económico local.

<sup>79</sup> Tiene carácter transversal, por lo que afecta a todos los restantes. Recoge las acciones, medidas y actuaciones que van dirigidas a la mejora de la gestión, colaboración, coordinación y comunicación dentro del Sistema Nacional de Empleo y el impulso a su modernización.

<sup>80</sup> Siguiendo aquí una de las propuestas de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) respecto del gasto público en las PAE en España en el marco de la Fase I (2017-2021) y en el contexto del programa *Spending Review*. IGLESIAS OSORIO, B.C.: "Prospección empresarial e intermediación laboral. Claves de un programa fallido", *Comunicación presentada al*

4.- La Cartera Común de servicios del Sistema Nacional de Empleo, cuyo objetivo es establecer un marco normativo común para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y una oferta integral y permanente de servicios comunes para el empleo atendida por un cuerpo profesionalizado y estable de técnicos. Además, debe garantizarse su prestación a través de medios electrónicos y digitales a las personas demandantes, empresas y demás entidades empleadoras usuarias, ofreciendo una cartera digital de servicios, como alternativa adicional y accesoria a la atención presencial de calidad. La cartera incorporará las siguientes actividades: a) Servicio de orientación para el empleo personalizado, integral e inclusivo. b) Servicios de intermediación, colocación y asesoramiento a empresas. c) Servicios de formación en el trabajo. Y d) Servicios de asesoramiento para el autoempleo, el emprendimiento viable y la dinamización del desarrollo económico local (art. 61). Con mayor detalle, la amplia actividad de colocación va asociada a un catálogo de posibilidades orientado a facilitar el acceso a un empleo decente y la mejora de la empleabilidad mediante actuaciones de prospección, orientación y acompañamiento continuado de las personas a lo largo de toda su vida laboral activa. Así, se incluyen los servicios de diagnóstico y elaboración de perfiles e itinerarios personalizados, de tutorización y asesoramiento individualizado y continuado, de formación en el trabajo, de asesoramiento para el autoempleo y emprendimiento con garantías, de intermediación laboral eficiente, de interacción digital para facilitar la accesibilidad a la información, la provisión de los servicios y la prestación electrónica de trámites administrativos o gestiones, de movilidad geográfica, de mejora de la empleabilidad, de búsqueda de la protección económica para mantener un nivel de vida digno durante la transición al empleo o, en fin, de disponer de un expediente laboral personalizado único (art. 56 LE).

5.- Todo ello sin olvidar, a la postre, que un requisito de buen gobierno tiene que consistir en la adecuada, clara y transparente atribución y asunción de responsabilidades entre todos los actores, de modo que el sistema resulte accesible y comprensible para la ciudadanía<sup>81</sup>. Así, el art 2 p) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), atribuye al orden social las cuestiones relacionadas con “la intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades

---

*XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023.*

<sup>81</sup> APARICIO TOVAR, J.; BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J.: “Estado social, derecho al trabajo y política de empleo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 100, 2023, p. 29.

colaboradoras de aquellos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente”<sup>82</sup>.

## 2. Los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas

La diversificación territorial de los poderes públicos competentes en materia de política de empleo, que actúan en los niveles estatal y autonómico (también local como después se verá), dotados ambos de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (art. 137 CE), constituye un factor de indudable complejidad a la hora de articular de forma coherente y eficaz la acción pública. El fundamento normativo primario de esa característica se apoya en la interpretación literal del propio art. 40.1 CE, pues el mandato que éste contiene se dirige a los poderes públicos, lo que, en el modelo territorial instaurado por la Carta Magna, incluye también sin duda a las Comunidades Autónomas. Por lo que se refiere a las políticas de empleo, la distribución de competencias resultante de ese reparto del poder político excede del ámbito estrictamente laboral, atribuido en exclusiva al Estado<sup>83</sup>, no en vano la orientación hacia una especie de Derecho Autonómico del Empleo vendría motivada por la necesidad político jurídica y social de atención a la situación específica de cada espacio territorial autónomo<sup>84</sup>.

La CE no menciona de forma nominativa, entre las competencias recogidas en sus arts. 148.1 y 149.1, ninguno de los contenidos propios de las políticas activas de empleo (prospección, intermediación, selección, recolocación, fomento del empleo y formación profesional ocupacional), sin perjuicio, claro está, de la inclusión de la protección por desempleo (versión pasiva) dentro del régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (arts. 41 y 149.1.17ª CE)<sup>85</sup>. Por tal razón, ha tenido que ser el Tribunal Constitucional quien, a través de la subsunción de las mencionadas categorías institucionales en las materias constitucionales específicamente contempladas, procediera a afrontar la determinación del título competencial en juego<sup>86</sup>. El alto tribunal llega, así, a la conclusión de que la tipificación de infracciones en materia de empleo, las

---

<sup>82</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid, La Ley, 2013, p. 102.

<sup>83</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, A.V.: “Derecho al trabajo y políticas de empleo”, *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coords.), Madrid, MTSS, 2003, p. 1347.

<sup>84</sup> Por extenso, GARCÍA ARCE, M.C.: *La dimensión territorial de la política de empleo*, Pamplona, Aranzadi, 2010.

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Política de empleo y dimensión territorial”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1998, pp. 110 y ss.

<sup>86</sup> STCo 195/1996, de 28 de noviembre.

normas en las cuales se establezcan ayudas al fomento del empleo y la regulación de la formación profesional, han de ubicarse dentro de la expresión “legislación laboral” que el art. 149.1.7ª CE utiliza para atribuir competencia legislativa exclusiva al Estado<sup>87</sup>.

Ahora bien, aun cuando de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, la disciplina normativa o la regulación de la colocación (y recolocación), de la selección, del fomento del empleo y de la formación profesional ocupacional, debe considerarse sin ambages como “legislación laboral”, cuya atribución corresponde únicamente al Estado (art. 149.1.7ª CE), lo cierto es que la gestión y aplicación de dicha normativa es competencia de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus correspondientes territorios, de la mano de la facultad de ejecución de la mencionada “legislación laboral”<sup>88</sup>. Esta argumentación, incontrovertida desde el punto de vista teórico, no lo es tanto en su aplicación práctica, no en vano las Autonomías Territoriales han venido asumiendo generalizadamente prerrogativas en materia de fomento regional de empleo, que disponen de un encaje constitucional más amplio que la propia función ejecutiva de la legislación estatal. Y es que el reparto de competencias en materia de empleo no puede resolverse acudiendo al “fácil” esquema dual: exclusividad legislativa para el Estado Central, exclusividad ejecutiva para las Comunidades Autónomas, pues -como se verá-- el carácter transversal u horizontal de la materia sobrepasa los límites de un único título de habilitación competencial<sup>89</sup>.

La asunción por las distintas Autonomías de la función de intermediación laboral tuvo el efecto primero de vaciar de gran parte del contenido sustantivo a la organización y el funcionamiento del Servicio Público de Empleo Estatal, que perdió, así, el carácter de única oficina pública de empleo, naturaleza ésta que también asumieron, si bien con diferente dimensión geográfica, los Servicios homólogos de ámbito autonómico receptores de las competencias traspasadas. No obstante ello y en la medida en que este proceso de cesión se diseñó sin reformar las bases normativas del modelo estatalista y unitario anterior, el resultado no era difícil de adivinar en una rápida aproximación, pudiendo ser resumido en breves palabras: “falta de toda perspectiva de conjunto”<sup>90</sup>.

Así, la muy deficiente programación y la no menos criticable plasmación de la sucesión de traspasos ejecutados en los años finales del siglo pasado y en los iniciales

---

<sup>87</sup> SSTCo 95/2002, de 25 de abril; 190/2002, de 17 de octubre y 230/2003, de 18 de diciembre.

<sup>88</sup> STCo 95/2002, de 25 de abril.

<sup>89</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Art. 1. Definición”, *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011, p. 50.

<sup>90</sup> VALDÉS DAL RE, F.: “La reforma de la intermediación laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2010, p. 155.

del presente hubiera podido ocasionar muy serias y negativas consecuencias en los principios informadores de las políticas de empleo si no se hubiera puesto remedio. Al menos en los tres siguientes: En primer lugar, la ausencia de un sistema integrado de información podría haber dañado la unidad de mercado, al permitir la creación de fronteras autonómicas, no en vano la intermediación laboral habría quedado plegada sobre los límites territoriales de cada Comunidad, sin que resultara posible el flujo de noticias relativas a las demandas y ofertas de trabajo más allá de esas fronteras. En segundo término, dicha circunstancia habría puesto entre paréntesis el principio de igualdad de oportunidades de todos los españoles, ya que éstos no hubieran podido tener acceso en términos de paridad a los datos sobre las solicitudes y propuestas de ocupaciones. En tercer lugar, la inexistencia de una intervención estatal viable sobre el mercado de trabajo imposibilitaría al Gobierno de España cumplir sus compromisos en el marco de la Estrategia Europea del Empleo<sup>91</sup>. No obstante, estos peligros fueron rápidamente atajados desde distintos frentes.

Así, la asunción por las Comunidades Autónomas de programas propios de promoción del empleo, dentro de una extraordinaria diversidad de denominaciones y de regímenes jurídicos y a través de la concesión de subvenciones económicas de muy variada cuantía (complementarias o no de las ofrecidas por el Estado) a favor de empresas que contraten a trabajadores pertenecientes a colectivos específicos con problemas de inserción social, encaja de modo pleno en el marco de la competencia de “fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica general”, que recoge el art. 148.1.13ª CE como prerrogativa regional<sup>92</sup>.

Desde tal habilitación, han adquirido una singular relevancia los llamados Pactos territoriales sobre el empleo, siendo estos instrumentos concertados de intervención sobre el mercado de trabajo una técnica de fomento o aliento público institucional de ayudas, subvenciones, bonificaciones, cursos de formación y readaptación profesional y potenciación del autoempleo u otras formas alternativas de trabajo profesional autónomo<sup>93</sup> con fórmulas distintas de unas Comunidades a otras<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> VALDÉS DAL-RE, F., “Cooperación y coordinación entre los Servicios Públicos de Empleo”, *Relaciones Laborales*, 2009, Tomo I, p. 52.

<sup>92</sup> SERRANO PASCUAL, A.: “Regionalización de las políticas de empleo y rearticulación de las lógicas de la intervención social”, *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 6, 1998, p. 70.

<sup>93</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Configuración técnica de la política de empleo y del Derecho del Empleo en el modelo de Estado Social. Ámbito general, comunitario y autonómico”, *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011, p. 19.

Como complicación añadida, el proceso de gestión de las políticas de empleo y la creación de los servicios autonómicos no se ha realizado al mismo tiempo en todas las Comunidades, sino que comenzó en los años noventa con varias velocidades de implantación: primero fue Cataluña en 1997 y años después lo ha sido el País Vasco en 2010. Estos distintos ritmos han demostrado, además, una tendencia clara a la ampliación progresiva en sus quehaceres, de la que dan buena muestra, disfrazada, no obstante, por la ambigüedad en la redacción de sus preceptos, los nuevos Estatutos de Autonomía. Como excepción -y como no podía ser de otra manera al calor de las Leyes Orgánicas 1 y 2/1995--, en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, no se ha constituido un servicio de empleo y tampoco se han traspasado las competencias en la materia.

Lógicamente, la asunción estatutaria de las prerrogativas relativas a la ejecución de la legislación laboral del Estado comprende la propia autonómica sobre la regulación del servicio público de empleo en su extensión geográfica y, de su mano, la dirección y organización, en este ámbito territorial, de las funciones en materia de colocación. Las oficinas regionales promueven, al tiempo, la contratación de orientadores y promotores para reforzar la función de asesoramiento personalizado a un número creciente de desempleados.

Lógicamente, en esta progresión, no cabe olvidar que la CE fija los límites de la asunción competencial permitida: la prohibición de discriminaciones en el empleo o privilegios económicos o sociales por razón de territorio (arts. 14, 139.1 y 149.1.1 CE) se alzan como fronteras infranqueables para las competencias reseñadas; en igual sentido, las políticas autonómicas no han de suponer una ruptura del principio de unidad y la libre circulación entre personas y bienes (arts. 149.1.10 y 11 y 139.2 CE); tampoco pueden vulnerar las garantías constitucionales de equilibrio, solidaridad y armonización interterritorial, evitando posibles desequilibrios entre regiones (arts. 138.1, 150.3 y 158.2 CE). En ningún supuesto el cuadro competencial autonómico excederá los linderos marcados por la CE y el nivel de facultades compartidas que la Norma Fundamental habilita, presididas, además, por las potestades finales del Estado, aun cuando lo sean a nivel de normativa básica, coordinadora y planificadora; otra cosa equivaldría a la ruptura de la unidad económica mencionada, sin la que no se concibe un Estado Moderno<sup>95</sup>. Lo cierto es que, sin quebrar estas premisas, las Comunidades Autónomas han ido

---

<sup>94</sup> LÓPEZ I MORA, F.: "Las fuentes jurídicas del empleo", *Derecho del Empleo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 94-95.

<sup>95</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Planificación y ejecución de la política de empleo", *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., (dirs.), Granada, Comares, 2011, p. 133.



aumentando paulatinamente su intervención<sup>96</sup>, pero bajo la coordinación (al menos aparente) del Servicio de Empleo Estatal.

### 3. Las Administraciones Locales

La estructuración de un sistema descentralizado en materia de colocación hasta el último nivel se hace imprescindible ante la diversidad territorial del mercado de trabajo<sup>97</sup>, máxime cuando la cercanía a los ciudadanos puede contribuir al ahorro en el gasto público y a implementar su eficacia<sup>98</sup>. La inclusión en el art. 40.1 CE de las Entidades Locales en cuanto poderes públicos que también han de desarrollar una acción administrativa orientada al pleno empleo no puede ofrecer dudas, por semejantes razones hermenéuticas a las que justifican la inclusión en dicho precepto de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, el entramado geográfico que instaura la Norma Fundamental para la distribución del poder público deja a las Administraciones Locales un menor ámbito funcional, circunscrito al no ocupado por el Estado y las Autonomías. Escasez competencial que no debe traducirse aquí, sin embargo, por irrelevancia, porque, bajo los auspicios del principio de proximidad<sup>99</sup>, el poder local puede operar como un importante enclave para el impulso de la actividad económica y la creación de puestos de trabajo sobre todo en aquellos municipios donde es más acusada la amenaza de despoblamiento<sup>100</sup>. Vista su inmediatez prospectiva, se puede convertir en un instrumento estratégico de gran importancia, canalizando las directrices estatales y autonómicas en un doble sentido, ora ascendente, transmitiendo información a las Direcciones Regionales y al poder central, ora descendente, poniendo en práctica las recomendaciones y pautas de actuación superiores<sup>101</sup>.

Conviene tener presente que aun cuando el art. 25.2 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), no menciona la atención al

---

<sup>96</sup> MARTÍNEZ, E.: "Empleo y mercados de trabajo. Algunos rasgos que distinguen a las Comunidades Autónomas", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 1999, pp. 1 y ss.

<sup>97</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho básico de Administración Local*, Madrid, Ariel, 1988, pp. 139 y ss.

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: "Políticas de empleo y dimensión territorial", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2008, pp. 2 y ss.

<sup>99</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: "Las iniciativas locales de empleo: el modelo de gestión territorial de las políticas de empleo en Andalucía", *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, DE LA CASA QUESADA, S. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (coords.), Albacete, Bomarzo, 2011, p. 222.

<sup>100</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "Derecho al trabajo y política de empleo", *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coords.), Madrid, MTSS, 2003, p. 1362.

<sup>101</sup> ALEMÁN PÁEZ, F.: "Sistema de empleo, redes de empleo y Derecho Social del Empleo. Tres paradigmas conceptuales, críticos y analíticos", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2011, p. 24.

desempleo entre el elenco de las materias sobre las que las Corporaciones Locales pueden ejercer sus competencias, ni tampoco el art. 26 LBRL lo hace en relación con las que resultan de obligada prestación por parte de los municipios en función de su población, lo cierto es que el mencionado art. 25.1 toma como punto de partida el establecimiento de un principio de autonomía funcional, al señalar que estas Entidades podrán promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de sus habitantes, siendo obvio entender incluida dentro de las mismas la promoción de empleo<sup>102</sup>. Este planteamiento responde a la teoría de la participación, bajo la cual se ha organizado la distribución competencial en España, y que podría definirse, tal y como explica el mismo preámbulo de la LBRL, de la forma siguiente: “salvo algunas excepciones, son raras las materias que en su integridad puedan atribuirse al exclusivo interés de las Corporaciones Locales; lógicamente también son extrañas aquéllas en las que no exista interés local en juego”<sup>103</sup>, ya que se ha demostrado que este ámbito permite una “identificación más precisa y aproximada de buena parte de las necesidades sociales”<sup>104</sup>, dada la mayor cercanía y el mejor conocimiento de la realidad socioeconómica, permitiendo atender de modo más ágil y directo dichas demandas de los ciudadanos<sup>105</sup>.

Es más, existen determinadas acciones o medidas de política de empleo que encajan perfectamente con la gestión de ámbito local, precisamente aquéllas en las que es necesario o sumamente aconsejable una delimitación previa de los sectores o grupos sociales en situación marginal, de exclusión social o especiales dificultades para su inserción laboral. El ámbito local permite, a su vez, una identificación más certera y aproximada de buena parte de las necesidades sociales o de las obras de interés general que pueden actuar como “viveros” de empleo<sup>106</sup>.

Bajo tales premisas, el art. 7 LE atribuye “a las Corporaciones Locales, en el marco de sus competencias, la colaboración y cooperación con las demás Administraciones para el logro de los objetivos de la política de empleo”, de manera que “las Comunidades Autónomas, en ejecución de los servicios y programas de políticas activas de empleo, podrán establecer los mecanismos de colaboración oportunos con las entidades locales”.

---

<sup>102</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “Las competencias propias de las Corporaciones Locales”, *Tratado de Derecho Municipal*, MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), Madrid, Civitas, 2003, pp. 239 y ss.

<sup>103</sup> FANLO LORAS, A.: *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 286-287.

<sup>104</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Desempleo”, *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004, pp. 27 y ss.

<sup>105</sup> SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, Comares, 2003, p. 126.

<sup>106</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Desempleo”, *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004, p. 60.

Este precepto reconoce “la singularidad institucional de las Corporaciones Locales en la puesta en marcha y desarrollo de las políticas de empleo”, que se articulará a través del principio de cooperación y de convenios con otras Administraciones, de manera que “las entidades locales podrán participar en el proceso de concertación territorial de las políticas activas de empleo, mediante su representación y participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico que cada Comunidad Autónoma decida en ejercicio de su competencia”, siendo “los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas ...los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo y de determinar la representación de las entidades locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico”.

Ahora bien, pese a este importante reconocimiento de la dimensión local de la política de empleo, cuatro importantes cuestiones han quedado, sin embargo, irresueltas<sup>107</sup>. La primera se refiere a la inexistencia de un marco financiero estable para el conjunto de las Entidades Locales, a fin de poder abordar con solvencia y eficacia la realización de los programas y actuaciones relacionados con el empleo. Esta destacada insuficiencia explica, como segunda realidad preocupante, el escaso número de Corporaciones Locales que cuentan con estructuras organizativas estables de desarrollo económico y promoción del empleo. En términos generales, los Servicios Locales de Empleo se encuadran solo en municipios de grandes dimensiones, bien en departamentos u oficinas integrados en la concejalía correspondiente, sin personalidad jurídica propia; bien en organismos autónomos locales, dependientes del Ayuntamiento; o bien en sociedades mercantiles de capital público. En tercer lugar, es necesario superar la actuación superpuesta en esta materia de diferentes Entidades de ámbito local (municipios, mancomunidades, federaciones, comarcas, cabildos, diputaciones...), evitando los conflictos e ineficiencias que ese solapamiento genera. En fin -y en todo caso--, son los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, los que podrán establecer los mecanismos de colaboración oportunos con las entidades locales, los que se ocuparán de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo y los que determinarán la representación de las entidades locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico.

---

<sup>107</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma del derecho del empleo: notas sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 7, 2023, p. 7.

## V. AGENCIAS DE COLOCACIÓN: ¿RECURSO SUBSIDIARIO?

La escasa tasa de éxito en la colocación laboral gestionada por los servicios públicos ha sido el principal escollo de la política de intermediación<sup>108</sup>, razón por la cual, a través de sucesivas reformas, se ha apostado por la posible participación de otros agentes. El actual art. 3 LE define a las entidades colaboradoras como aquellas “personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, que colaboran con los servicios públicos de empleo en la prestación de los servicios, tales como entidades locales, interlocutores sociales, organizaciones sin ánimo de lucro, agencias de colocación, centros y entidades de formación y demás organizaciones que asuman este papel”.

Así, junto al parámetro “descentralización” territorial anteriormente analizada, impera también el de “privatización”, de manera que el ajuste entre oferta y demanda se concreta mediante una multiplicidad de sujetos intervinientes, públicos y también privados, resultando apremiante proceder a una distribución y concreción de las facultades pertenecientes a cada uno de ellos si se quiere que el sistema sea operativo, máxime cuando el art. 41 LE menciona en su segundo párrafo “la participación complementaria de las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo”, facultadas para realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral de las personas participantes en los mismos, según los términos establecidos en la normativa reguladora correspondiente, a cuyos efectos dichas entidades vienen excepcionadas de la obligación de constituirse como agencias de colocación” (art. 41.2)<sup>109</sup>. Nótese que el último inciso, no solamente es ejemplificativo, sino que incorpora una cláusula abierta al final, lo que permite atribuir tal consideración a otros sujetos no expresamente mencionados como asociaciones o centros especiales de empleo. El art. 3 i) LE señala que se entiende por tales las “personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, que colaboran con los servicios públicos de empleo en la prestación de los servicios, tales como entidades locales, interlocutores sociales, organizaciones sin ánimo de lucro, agencias de colocación, centros y entidades de formación y demás organizaciones que asuman este papel”. Como puede apreciarse, el último inciso no solamente es ejemplificativo, sino que incorpora una cláusula abierta al final, lo que permite atribuir tal consideración a otros sujetos no expresamente mencionados como

---

<sup>108</sup> Tal y como se puede observar en las sucesivas Encuestas de Población Activa (EPA). En parámetros similares a años precedentes, en 2021 solo el 2% de los candidatos obtuvo su empleo con la intermediación de una oficina pública.

<sup>109</sup> GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “La influencia de los Convenios y Recomendaciones de la OIT en la legislación laboral española en materia de agencias de empleo”, *Comunicación presentada al XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*.

asociaciones o centros especiales de empleo. Dicho de otra forma, el concepto de “entidades colaboradoras” es enormemente flexible por lo que puede afirmarse que son tales todo sujeto, público o privado, que aplica políticas de empleo y que no son servicios públicos de empleo. De lo que se trata es de aprovechar de una forma mucho más eficiente el gran número de sujetos y recursos que en la práctica están actuando en el mercado de trabajo<sup>110</sup>. En fin, se entiende que dichas entidades son referidas en el art. 32 LE<sup>111</sup>, que actuarán en colaboración con los servicios públicos a través de “la suscripción de contratos-programa, la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa, especialmente mediante la suscripción de acuerdos marco, suscripción de convenios o cualquier otra forma jurídica ajustada a Derecho”.

Dentro de este amplio entramado de participantes, procede centrar la atención en las agencias privadas, cuyo régimen jurídico cuenta con una experiencia previa en nuestro ordenamiento de la mano del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, que deroga el anterior Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo. La nueva LE reconoce que “las empresas y personas demandantes de servicios de empleo podrán también concertar directamente la prestación de servicios de intermediación con agencias de colocación con la finalidad, en el caso de las personas trabajadoras, de encontrar un empleo adecuado a su perfil y, en el caso de las empresas, de solicitar y, en su caso, reclutar a las personas candidatas cuyo perfil se ajuste a sus requerimientos y necesidades” (art. 42.4 in fine). En concreto, según los datos del Servicio Público de Empleo Estatal, en mayo de 2023, el número de agencias de colocación en España fue de 1.671. De estas, 1.061 eran agencias sin ánimo de lucro y 610 eran agencias con ánimo de lucro.

### **1. Alcance de la colaboración público-privada en materia de empleo**

Aun cuando el art. 103 CE establece que la “Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho”, lo cierto es que tal previsión no significa una posición monopolista por parte de la Administración a la hora de atender los intereses de la colectividad, en tanto la Carta Magna en ningún caso viene a establecer una conexión absoluta entre la noción de servicio público y su titularidad pública; antes al contrario, la garantía sí ha de serlo, pero la gestión puede ser directa, indirecta o mixta, pues no procede entender necesariamente una mejor prestación del servicio si ésta tiene lugar sin colaboradores, ni

---

<sup>110</sup> PÉREZ DEL PRADO, D.: “La Ley 3/2023, de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (segunda parte)”, *Trabajo y Derecho*, 103-104, 2023.

<sup>111</sup> NAVARRO NIETO, F.: “Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de Empleo”, *Diario La Ley*, 10302, de 7 de junio de 2023

cabe llegar a la conclusión de que la dispensa privada conlleva *per se* una actuación contraria a la máxima de eficiencia<sup>112</sup>.

Aclarado tal extremo y descendiendo de lo general a lo particular, cabe recordar también que ciertamente el art. 40.1 CE emplaza enfáticamente (“de manera especial”) a los poderes públicos a que realicen una política orientada al pleno empleo, pero de esta declaración tampoco se derivan ulteriores imposiciones respecto a los medios o las fórmulas que instrumenten tan decidida opción político-jurídica, que ha de informar la legislación positiva y la actuación gubernativa, siendo posible, a partir de tan irrenunciable orientación, la experimentación de cualesquiera mecanismos e instrumentos que den viabilidad a la misma. Nada obliga, por tanto, a que sean únicamente instancias públicas las que sustenten tal quehacer, sino que puede ser compartido con operadores privados<sup>113</sup>. Muy significativo es que el art. 26 LE señale que “todas las entidades privadas que intervengan en el campo de las políticas activas de empleo” deberán colaborar y coordinarse con los organismos públicos en los niveles territoriales y competenciales que sean pertinentes”.

Surgen, así, nuevas simbiosis o sinergias entre lo público y lo privado, a fin de lograr una más moderna, eficaz y eficiente gestión de las políticas de empleo, habiéndose abandonado en la práctica (pese a la reserva *ad cautelam*) los criterios de “primacía” del primero y “marginalidad” del segundo, apostando ahora por la máxima libertad de acción de la iniciativa mercantil, a cambio de un control de transparencia, de eficacia y de equidad por el Servicio Público<sup>114</sup>. La relación entre la iniciativa privada y la pública tiene que ser necesariamente de complemento por parte de aquélla en relación con esta<sup>115</sup>.

Se permiten, por tanto, mecanismos privados de intermediación laboral, pero preservando el espacio de los Servicios Públicos de Empleo, que van a quedar reforzados en el tratamiento automatizado de las ofertas de empleo de las empresas, incluyendo su difusión unificada en el marco del Sistema Nacional de Empleo, tutelando la prospección y captación de ofertas, el envío de candidaturas, la preselección, el apoyo en las entrevistas, así como en el diseño y seguimiento de los itinerarios

---

<sup>112</sup> VILLAR ROJAS, F.J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 336.

<sup>113</sup> GALLEGO MORALES, A.J.: “La emergencia de nuevos agentes en los procesos de colocación: perspectivas y peligros”, *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L. (ed.), Granada, Universidad, 1996, p. 179.

<sup>114</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Público y privado en el mercado del empleo: hacia una nueva síntesis cooperativo-competitiva (claves de un modelo paternal de servicios de empleo)”, *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, DE LA CASA QUESADA, S. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R., (coords.), Albacete, Bomarzo, 2011, pp. 23 y 70.

<sup>115</sup> APARICIO TOVAR, J.; BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J.: “Estado social, derecho al trabajo y política de empleo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 100, 2023, p. 30.

personalizados<sup>116</sup>, de forma que no se produzca la total sustitución de la iniciativa pública por la privada en el ámbito de la mediación entre oferentes y demandantes de empleo<sup>117</sup>.

Es más, la LE se encarga de aclarar que la prestación de los servicios incluidos en su ámbito de aplicación, tiene naturaleza de servicio público, con independencia de la entidad que la realice, por lo que resultan de aplicación a la actuación privada los objetivos y principios rectores de la política de empleo recogidos en el art. 5 LE. En particular, respetarán la igualdad real y efectiva de las personas oferentes y demandantes de empleo y la no discriminación en el acceso al empleo, sin perjuicio de la generación de mercados de trabajo inclusivos y la ejecución de programas específicos para facilitar la empleabilidad de colectivos más desfavorecidos (art. 42.8 LE).

Las agencias deben actuar con total transparencia e informar del desarrollo de su actividad. Así, todas las entidades privadas que intervengan en el campo de las políticas activas de empleo deberán colaborar y coordinarse con los organismos públicos en los niveles territoriales y competenciales que sean pertinentes. Dicha información se transmitirá con periodicidad anual e incluirá, como mínimo, una memoria en la que se describirán las actividades desarrolladas en el ámbito de las políticas activas de empleo, con datos numéricos y cualitativos concretos (art. 26 LE). No obstante, deben garantizar también un adecuado tratamiento de los extremos personales de las personas demandantes de empleo

Además, deben garantizar “a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios de intermediación” (art. 42.4 LE), no en vano el servicio público de empleo moderno aparece entre los derechos subjetivos reconocidos a todo ciudadano europeo en el art. 29 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>118</sup>.

En fin, la centralidad de los Servicios Públicos de Empleo pretende ser garantizada por el legislador con la exigencia de una “coordinación” o “colaboración” para el desarrollo de la actividad como operadores privados. Queda claro, de este modo, que la colocación no es una actividad económica absolutamente libre<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Intermediación laboral y formación profesional”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012, p. 69.

<sup>117</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, *Estrategia Europea. Estado autonómico y política de empleo, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 220.

<sup>118</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “Servicios públicos e iniciativa privada en el empleo y en la colocación”, *Documentación Laboral*, núm. 124, 2021, p. 20.

<sup>119</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La reforma de la intermediación laboral en España”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2010, p. 521.

## 2. El recorrido desde el monopolio público a la intervención privada

La complejidad del mercado y sus debilidades han obligado a superar la visión eminentemente pública tradicional para la gestión del servicio de colocación, permitiendo la intervención de la iniciativa particular en un decurso marcado por los siguientes hitos fundamentales<sup>120</sup>:

Manteniendo las orientaciones implantadas en el ciclo normativo franquista, el ET 1980 y la LBE, organizan la actividad de colocación bajo los cuatro siguientes principios: estatalidad, gratuidad, exclusividad y obligatoriedad. Dando de lado los dos primeros, la formulación normativa de los dos restantes no deja margen a la incertidumbre. Por una parte, la función de puesta en contacto de empresarios y trabajadores con vistas a la celebración de contratos de trabajo se atribuye en régimen de monopolio al Estado, que la ejerció entonces a través del INEM. De esta configuración monopolística de la actividad intermediadora deriva, como lógico corolario, la expresa interdicción de las “agencias privadas de colocación de cualquier clase y ámbito funcional que tengan por objeto la contratación laboral de todo tipo” [art. 16.2 ET 1980 y 40.2 LBE]. De su lado, la obligatoriedad de la mediación pública se articuló mediante la imposición a empresarios y trabajadores de un deber de recurrir a los servicios oficiales de empleo a fin, respectivamente, de ofertar los puestos de trabajo disponibles y de solicitar las ocupaciones anunciadas. El rotundo enunciado de estos dos principios queda, no obstante, en el primer caso bastante atenuado o difuminado y, en el segundo, completamente deshilvanado.

El monopolio público de la colocación presentaba, así, varias “fisuras” en su propia configuración legal, que suponían clamorosas excepciones a las notas de exclusividad y obligatoriedad, convirtiéndolo en un monopolio incompleto, imperfecto o relativo, excepciones con las que se estaba reconociendo su incapacidad para dar respuesta a todas las ofertas y demandas de ocupación. De este modo, se admitían las empresas de selección, cuya actividad, como después se verá, es de difícil separación en la práctica con la de reclutamiento y colocación propiamente dicha, y se permitía la llamada contratación directa en una serie tan amplia de supuestos capaces de convertir la regla general en residual, quedando sustituida por una obligación empresarial de comunicación a la oficina de empleo de la contratación previamente realizada.

---

<sup>120</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo. Análisis y propuestas*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 344 y ss.



Pese a estas quiebras, se mantuvo una situación jurídico-formal de monopolio, que no desaparece hasta la reforma de 1993. En efecto, el cambio de modelo en la organización de la colocación tuvo su origen en el Real Decreto Ley 18/1993, que supone una ruptura con el régimen precedente, toda vez que implica la privación de la exclusividad, como agente de colocación, del Servicio Público de Empleo, de forma que queda abierto tal ámbito funcional tanto a la iniciativa privada sin ánimo de lucro debidamente autorizada, como a la iniciativa pública de entidades distintas del entonces denominado INEM<sup>121</sup>.

Como paso sucesivo y atendiendo a la finalidad de ampliar la liberalización del mercado de la intermediación fruto de los compromisos internacionales asumidos por España, derivados principalmente del Convenio 181 OIT, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, permite también la existencia de agencias privadas de colocación con ánimo de beneficio. Como puede fácilmente observarse, el sistema español de intermediación laboral ha sido reticente a las agencias de colocación con fines lucrativos, prueba de ello es que, pese a la permisividad del Derecho Comunitario y a la ratificación por España del Convenio núm. 181 OIT sobre agencias de empleo privadas hace más de veinte años, no se haya roto con la antigua prohibición de ánimo de beneficio para la iniciativa particular hasta la reforma operada por la Ley 35/2010, y ello sin contar con el beneplácito de las organizaciones sindicales, que abiertamente se posicionaron en contra de dicha medida<sup>122</sup>.

Como no podía ser de otra manera y siguiendo la pauta marcada por el Derecho Internacional y por el Derecho Comunitario, el legislador ha sido consciente de que la carencia de finalidad de ánimo lucrativo de las agencias privadas de colocación ha perdido la virtualidad que tenía en el siglo XX. Lo relevante es, en consonancia con el Convenio 181 OIT, garantizar la efectiva protección de los trabajadores que utilizan sus servicios y la eficacia en la dispensa de los mismos.

Otro hito significativo a destacar en esta evolución puede encontrarse en el Real Decreto Ley 3/2012, que modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio de empresas de trabajo temporal (LETT), con el fin único y principal de facilitar que estas organizaciones puedan actuar como agencias privadas de colocación, a las que califica como un potente sujeto dinamizador del mercado de trabajo. Queda superada, por tanto, la tradicional obligación de dedicación exclusiva por parte de las ETTs a suministrar trabajadores en misión, en

---

<sup>121</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Colaboración privada en el servicio público de colocación", *Aranzadi Social*, núm. 10, vol. 5, 2013, pp. 55 y ss.

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J., (coords.), Murcia, Laborum, 2010, p. 242.

régimen de monopolio, a empresas usuarias<sup>123</sup>, pasando a convertirse en agencias globales de empleo, tal y como reconoce el Convenio núm. 181 OIT, pudiendo asumir no sólo tareas de intermediación, sino también de reclutamiento y selección de trabajadores, colocación, formación profesional y recolocación u *outplacement*<sup>124</sup>. Además, el legislador de 2012 no se olvidó de establecer una serie de previsiones destinadas a ofrecer seguridad jurídica en la actuación de las ETTs, deslindando su naturaleza en dos sentidos: de un lado, expresando la necesidad de incluir en el registro de empresas de trabajo temporal su actuación también como agencia de colocación (art. 4.1 LETT); de otro, estableciendo la importante obligación de informar expresamente tanto a trabajadores como a clientes la concreta condición de actuación, si es como ETT o como agencia de colocación (art. 1 LETT *in fine*)<sup>125</sup>. Desde ese momento, la actividad de colocación de las ETTs ha ido en aumento, de manera que en abril de 2023, el número de contratos realizados por tales entidades en España fue de 1.057.899, lo que implica un 35,3% más en comparación con el mismo mes del año anterior.

En la actualidad, como excepción, solo cabe mencionar dos supuestos en los que es obligatorio recurrir a las oficinas públicas: de un lado, las Administraciones Públicas, si acuden a los servicios de intermediación, lo deben hacer necesariamente dirigiéndose a los servicios públicos de empleo y, por tanto, no pueden acudir a las agencias privadas de colocación; de otro, la contratación de personas con discapacidad por los centros especiales de empleo debe reconducirse a través de las oficinas de empleo, siendo estas últimas quienes seleccionan a los trabajadores a contratar conforme al previo perfil profesional indicado por la empresa<sup>126</sup>.

### 3. La reforma de 2023

El régimen jurídico de las agencias privadas sufre, con la reforma de 2023, una modificación sustancial en varias cuestiones sobre las que procede detener la atención:

---

<sup>123</sup> CALVO GALLEGO, F.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 21-33, 2010, p. 193.

<sup>124</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La reforma de la intermediación laboral en España”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2010, p. 529.

<sup>125</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Empresas de trabajo temporal y agencias de colocación: formulación y reformulación de una evolución conceptual”, *La regulación del mercado laboral*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 211-212.

<sup>126</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El gobierno del empleo”, en *Empleo y protección social. XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2023, p. 203.

1.-Si las reformas anteriores se habían desarrollado más bien en el plano subjetivo, con la progresiva integración de los actores privados, primero solo sin ánimo de lucro, después con independencia del mismo y finalmente integrando también a las empresas de trabajo temporal, ahora se centra en el propio contenido de la actividad de intermediación, para incluir en él un conjunto de actividades que anteriormente quedaban fuera<sup>127</sup>. Normalmente información, prospección, formación, orientación, recolocación y selección, son eslabones de una misma cadena que, convenientemente ordenados, conducen a incrementar la empleabilidad de la persona trabajadora y, por tanto, a mejorar sus expectativas de empleo, de ahí que se atribuyan, de manera conjunta, al agente de la intermediación, sea público o sea, por lo que aquí interesa, privado<sup>128</sup>, convirtiéndolo en un auténtico buscador de empleo (*job seeker*)<sup>129</sup>.

La intermediación a desarrollar por las agencias privadas alcanza ahora desde la prospección y captación de ofertas de trabajo hasta la casación de la propuesta y demanda de empleo, pasando no solo por la colocación efectiva sino también por la recolocación o selección de personal (art. 42.8 LE)<sup>130</sup>. Se amplían, a tales fines, las modalidades de agencias de colocación permitidas a las cuatro siguientes: a) Agencias de colocación públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen labores de intermediación (desde la captación y prospección de ofertas hasta la puesta en contacto con las demandas de empleo); b) Agencias de colocación públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, que también realicen actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación, formación e información profesional; c) Agencias de colocación, públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen labores de selección de personal; d) Agencias de colocación, públicas o privadas, con labores de intermediación destinada a recolocar a los trabajadores<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 6, 2023, p. 61.

<sup>128</sup> GARCÍA NINET, J.I. y SALIDO BANÚS, J.L.: “Intermediación laboral y agencias de colocación y recolocación privadas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011, p. 19, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

<sup>129</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Público y privado en el mercado del empleo: hacia una nueva síntesis cooperativo-competitiva (claves de un modelo paternal de servicios de empleo)”, *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, DE LA CASA QUESADA, S. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (Coords.), Albacece, Bomarzo, 2011, p. 41.

<sup>130</sup> LÓPEZ BALAGUER, M.: “La intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo”, *Empleo y protección social. XXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 89.

<sup>131</sup> MORALES ORTEGA, J. y PÉREZ YÁNEZ, R., “Los actores de la política de empleo”, en *Lecciones de Derecho del Empleo*, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., (dir.), 2ª edición, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 281 y ss.

La finalidad de esta ampliación no es otra -permítase la reiteración- que la de acercarlas al concepto de “agencias globales de empleo”<sup>132</sup>. Particular atención merece, dentro de este cúmulo de tareas, la consideración como agencias privadas especializadas a los gabinetes de selección, cuya actividad consiste en proponer personal para cubrir puestos intermedios y directivos de sectores muy diversos, tanto en la empresa privada como en la Administración Pública<sup>133</sup>. Tal encomienda se inicia siempre mediante una petición formal y escrita por parte del cliente solicitando sus servicios e identificando la plaza o puestos a cubrir. Seguidamente, la empresa de selección envía una oferta de colaboración, explicando los trámites a seguir en función de la vacante de que se trate, para posteriormente formalizar un contrato de arrendamiento de servicios entre las dos empresas<sup>134</sup>. Tras la búsqueda de candidatos, se realiza un filtraje de méritos, pasando después a efectuar las pruebas profesionales correspondientes (entrevistas, test de aptitudes, cuestionarios de personalidad laboral, perspectivas de motivación...) y los reconocimientos médicos precisos para comprobar la idoneidad física y psíquica de la persona y su estado general de salud, con el fin último de redactar el informe de preselección de los candidatos que mejor se ajusten a las necesidades de la empresa cliente. Pero no termina aquí la intervención de la empresa de selección, pues va a realizar también un seguimiento del trabajador contratado durante el tiempo pactado -que no siempre coincide con el período de prueba--, comprometiéndose a enviar a otro sujeto distinto en el caso de que el incorporado no cumpla objetivamente los requisitos especificados en la definición del puesto, o cuando su rendimiento no se ajuste a la dimensión de la plaza o la abandone por motivos carentes de justificación objetiva<sup>135</sup>.

Igualmente, se consideran agencias de colocación especializadas las denominadas “*executive search*” o “*head-hunting*”, “cazatalentos” en la terminología española. Se trata de entidades altamente especializadas, que operan exclusivamente con directivos de la más alta cualificación o con trabajadores de una gran especialización técnica. En realidad, como ya pusiera de manifiesto la OIT en el Informe elaborado por la 81ª reunión

---

<sup>132</sup> RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: “Los mecanismos de intermediación laboral tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 10/2010. En Especial, la aparición de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro”, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 14, 2010, p. 20.

<sup>133</sup> CLAVER CORTÉS, E; GASCÓ, J.L. y LLOPIS TAVERNER, J.: *Los recursos humanos en la empresa. Un enfoque directivo*, Madrid, Civitas, 1995, p. 131.

<sup>134</sup> AGUIRRE DE MESA, J.M.; ANDRÉS REINA, M.P.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.R. y TOUS ZAMORA, D.: *Dirección y gestión de personal*, Madrid, Pirámide, 2000, p. 196.

<sup>135</sup> SERRANO FALCÓN, C.: “Más allá de los recursos humanos. La regulación jurídica de las empresas de selección de personal”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011, p. 111.

de la Conferencia con vistas a la revisión del Convenio núm. 96, estas empresas se ocupan de la búsqueda y captación de ejecutivos de alto nivel; de ahí que su problemática sea común a la de las empresas de selección ordinaria, agravada si cabe porque estas empresas “cazatalentos” se dedican más al reclutamiento de dichos trabajadores que a su selección dada la escasez de posibles aspirantes<sup>136</sup>.

Operan por iniciativa de aquellas empresas que necesitan una persona con unas características muy definidas, e inician, atendiendo a ello, la búsqueda del sujeto más capacitado posible atendiendo al perfil de la convocatoria. Su característica más destacada radica en que su actividad no se limita a actuar en el colectivo de los trabajadores demandantes de empleo, sino que van a entrar en contacto también con trabajadores en activo de contrastada experiencia, ofreciéndoles la oportunidad de cambiar de empleo para cubrir una determinada vacante que puede resultar más interesante<sup>137</sup>. Consiguientemente, no relacionan siempre demandantes con oferentes, sino también trabajadores con empresas<sup>138</sup>.

Modalidad especial, a su vez, dentro de estas empresas es el denominado “*interim management*”, práctica próxima a lo que es la actividad de las ETTs. Lo distintivo de este fenómeno, frente al trabajo temporal tradicional, radica en la puesta a disposición de una empresa de un directivo durante un plazo determinado con el objetivo claro de desarrollar un proyecto específico o un plan de reconversión o reflote. El problema que afronta esta actividad es el de la estrechez de los cauces fijados por el art. 43 ET para la cesión legítima de trabajadores, pues ésta sólo acaece cuando se efectúa a través de una ETT debidamente autorizada, lo que no sucede en el caso de las agencias de “*interim management*”, las cuales no se constituyen como verdaderas ETTs y se someten a sus estrictos controles. Es más, si lo hicieran les resultaría muy difícil cumplir con lo previsto en la Ley 14/1994, puesto que esta disposición legal parte de puestas a disposición de trabajadores en supuestos tasados que no siempre se adecúan al cometido aquí analizado<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> PORRET GELAERT, M.: “El headhunting para la selección de ejecutivos”, *Relaciones Laborales*, 1999, Tomo II, pp. 1255 y ss.

<sup>137</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo”, *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, MONEREO PÉREZ, J.L., (Dir.), Granada, Comares, 1996, p. 234.

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L. y VALDÉS ALONSO, A.: “Otras actividades en el mercado de trabajo”, *Lecciones de Derecho del Empleo*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. (Dir.), Madrid, Tecnos, 2ª edición, 2006, p. 159.

<sup>139</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, *Estrategia Europea. Estado autonómico y política de empleo, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 307.

2.- A la espera del oportuno desarrollo reglamentario, se elimina la alternativa permitida por la legislación anterior en cuanto a la posibilidad de depender del Servicio Público de Empleo a efectos de colaboración o actuar de forma autónoma para apostar por una obligatoria coordinación o colaboración con este último organismo<sup>140</sup>. El tenor literal del art. 43.1 LE establece que las agencias privadas deben actuar, bien “en coordinación con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de estos” mediante la articulación del correspondiente instrumento jurídico convenido para la prestación de sus cometidos, o en su caso, con sujeción al acuerdo marco para la contratación de servicios que faciliten el desarrollo de políticas activas de empleo previstos en la disposición adicional trigésimo primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 41 LE). La existencia de convenio o la disposición de un acuerdo marco unifica, al tiempo, la diversidad de tratamiento que el ordenamiento anterior permitía, pues, con anterioridad, la suscripción del convenio obligaba a efectuar la actividad de intermediación de forma gratuita, mientras la inexistencia del mismo permitía captar recursos (contraprestaciones) por dicha actividad, pero siempre de la parte empresarial, nunca de los trabajadores (art. 22.4 TRLE). Ello implicaba que las agencias que funcionaban sin convenio con los Servicios Públicos de Empleo eran precisamente las que podían obtener lucro por medio de la realización de sus actividades, confiriéndoles un espacio de actuación autónoma.

La nueva LE habilita para la formalización de acuerdos de coordinación o convenios de colaboración entre los servicios públicos de empleo y las agencias cuyo contenido deberá respetarse. En virtud de tales instrumentos, los servicios públicos podrán redirigir a las agencias a las personas demandantes de empleo para la prestación de los servicios de colocación e intermediación laboral solicitados. También podrán derivar a las empresas usuarias cuando así se contemple en el correspondiente acuerdo y se garantice la gratuidad del servicio para las empresas, como lo es también por definición para los usuarios de las políticas activas de empleo” (art. 42.4 LE).

Aun cuando, a la luz de esta nueva regulación, podría llegar a entenderse que ha quedado muy limitada la posibilidad de obtener ánimo de lucro máxime cuando se eleva del 40 al 60 por 100 la aportación de fondos propios, no cabe duda que se evitará un inconveniente planteado con anterioridad, pues la retribución que las agencias que actuaban de forma autónoma podían percibir de las empresas provocaba que su intervención se limitara a reclutar a trabajadores cualificados, quedando olvidados aquellos que mayores dificultades sufren a la hora de acceder al mercado de trabajo. Para eludir este inconveniente, la LE prevé también potenciar “la suscripción de

---

<sup>140</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; ABRIL LARRAÍNZAR, M.P. y MEGINO FERNÁNDEZ, D.: *La reforma laboral de 2010: un análisis teórico-práctico*, Madrid, CEF, 2010, p. 120.

convenios para la ejecución de programas incluidos en los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo que respondan a necesidades específicas, en particular de ciertos territorios por transiciones industriales, transformaciones productivas o despoblación, o para la protección a colectivos con necesidades especiales” (art. 42.6 LE), entendiendo incluidos dentro de estos últimos, de modo ejemplificativo sin perjuicio de su ampliación en el marco del sistema nacional de empleo y por las Comunidades Autónomas, “a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales” (art. 50 LE)<sup>141</sup>.

3.- Se mantiene la obligación de presentar declaración responsable ante el servicio público de empleo competente de la Comunidad o Ciudad autónoma en la que tengan su establecimiento principal. Esta forma sencilla de acreditación del cumplimiento de los requisitos de carácter administrativo exigidos tiene como finalidad eludir ciertas resistencias autonómicas a la proliferación de agencias privadas de colocación y encuentra fundamento en el propio ordenamiento comunitario, en particular en la conocida como Directiva de Servicios 2006/123, y su transposición al Derecho español por las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de

---

<sup>141</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Colectivos de atención prioritaria de la política de empleo”, Brief AEDTSS, <https://www.aedtss.com/colectivos-de-atencion-prioritaria-de-la-politica-de-empleo/> o PÉREZ DEL PRADO, D.: “¿Cómo de prioritarios son los colectivos de la nueva Ley de Empleo?”, *Foro de Labos*, <https://www.elforodelabos.es/2023/03/como-de-prioritarios-son-los-colectivos-de-la-nueva-ley-de-empleo/>

servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de adaptación de múltiples Leyes a aquella<sup>142</sup>.

Ahora bien, pese a la simpleza de este trámite, las agencias se someterán a seguimiento, control, inspección y evaluación por parte de los servicios de empleo en su respectivo territorio. A estos efectos, las agencias de colocación facilitarán, en los soportes informáticos o medios que se establezcan, los datos, documentación e información precisos para dotar el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, así como los requeridos por los servicios públicos de empleo para evaluar el resultado cualitativo y cuantitativo de su intermediación (art. 42. 7 LE).

4.- Completando lo previsto en el art. 9.3 Ley 15/2022, que establece “la obligación de velar por la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta Ley, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin como el curriculum vitae anónimo”, el art. 43.3 LE señala los siguientes deberes a observar por las agencias privadas: a) Suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre las personas trabajadoras atendidas y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas. b) Respetar la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios. c) Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo. d) Cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social. e) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad. f) Garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, siempre que las personas trabajadoras se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

---

<sup>142</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, estatuto del trabajo subordinado”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 348, 2012, p. 23.



5.- Se condiciona la financiación con fondos públicos al sometimiento a unos baremos de eficiencia que regula el art. 46 LE, en previsión de una futura regulación reglamentaria de los indicadores de proceso, impacto y resultados para medir la eficiencia de la actividad de las agencias de colocación, teniendo en cuenta, entre otros, los relativos al número y perfil de las personas atendidas, las ofertas de empleo captadas, la reducción de las brechas de género, así como el número de inserciones conseguidas en el mercado laboral. Junto con una referencia a la medición de la eficiencia como mecanismo para incentivar el acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos de empleo por parte de cualquier persona, con independencia de su nivel de empleabilidad inicial<sup>143</sup>.

Llama la atención que, permitiendo un distorsionador doble cómputo, el art. 23 d) Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, establezca que “cada inserción laboral conseguida en el marco de este programa (colaboración público-privada o público-pública) se considerará colocación gestionada por el servicio público de empleo competente, sin perjuicio de que el éxito en la inserción compute también para la agencia o entidad colaboradora”<sup>144</sup>.

## VI. PORTALES DE EMPLEO

Es sorprendente que dentro del elenco de agentes intermediadores la LE no mencione a los portales de internet. Ciertamente es que como consecuencia de la generalización de las nuevas tecnologías en la búsqueda de empleo, de la extensión de redes sociales, de las plataformas digitales y de las originales estrategias informatizadas a la hora de reclutar personal, el encuentro entre oferta y demanda puede hacerse en muchos casos directamente, sin necesidad de intermediarios que canalicen la información. De hecho, la mayoría de las contrataciones se desarrollan hoy al margen de los canales oficiales, pues las empresas encuentran a las personas que precisan a partir de la información proporcionada on line por sus propios empleados, por las asociaciones profesionales o por los centros formativos. A su vez, los solicitantes de ocupación contactan con ellas de manera inmediata a través de internet, conociendo sus

---

<sup>143</sup> GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “La influencia de los Convenios y Recomendaciones de la OIT en la legislación laboral española en materia de agencias de empleo”, *Comunicación presentada al XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*.

<sup>144</sup> GUERRERO VIZUETE, E.: “La configuración del empleo en la Ley 3/2023 ¿una reestructuración para superar las deficiencias del mercado de trabajo o simple continuismo?”, *Comunicación presentada al XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*.

oportunidades de ingreso y remitiendo a tal fin su currículum a través de la página web corporativa<sup>145</sup>.

No menos verdad resulta que una de las actividades que más han proliferado en los últimos años es la automatización de ofertas y demandas de empleo a través de las TICs, surgiendo a este fin todo tipo de “agencias virtuales” o “webs de empleo” responsables de ingentes bases de datos de difícil control, dada la creciente confianza de los empresarios en tales instrumentos como método de captación de empleados debido al significativo ahorro de costes organizativos que supone<sup>146</sup>.

No cabe duda que la búsqueda en remoto de empleo al margen de los cauces institucionales está dando lugar a la proliferación incontrolada de bolsas de trabajo que circulan por la red, funcionando en la realidad como una auténtica “comunidad virtual”<sup>147</sup>. Una variedad de estos portales que simplifica de forma considerable cualquier búsqueda relacionada con ofertas o demandas de trabajo son los denominados “metadatos”. Se trata de unas aplicaciones que se encargan de marcar las mejores combinaciones en función de las preferencias manifestadas por los usuarios, que se van ampliando en progresión geométrica con los contactos que sus miembros hacen o con los que el sistema genera automáticamente. Son, por tanto, redes de carácter profesional en las que los interesados pueden conectar e interactuar entre ellos, pero en muchos casos la propia red aplica unos filtros de afinidades<sup>148</sup>.

Estos portales de empleo (bancos informáticos sobre ofertas y demandas) se encuentran en el límite entre la publicación de ofertas de trabajo existentes y trabajadores disponibles, lícita al amparo de la libertad de empresa, y la colocación, presentando un grave problema jurídico cuya solución podría encontrar un principio de respuesta en la diferencia que doctrina y jurisprudencia francesa han establecido entre publicidad de empleo en periódicos y “*feuilles d’offers ou de demandes d’emploi*”<sup>149</sup>.

La calificación de estos bancos de datos o agencias virtuales como instrumentos de intermediación va a depender de cuáles sean sus criterios de actuación. Si se limitan a

---

<sup>145</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “Los servicios públicos de empleo”, *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, CAMPS RUIZ, L.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., (coords.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 1069.

<sup>146</sup> ALUJAS RUIZ, JA.: “La intermediación laboral a nivel autonómico: Servicios Públicos de Empleo versus empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, núm. 113, 2012, p. 125.

<sup>147</sup> CASTELLS, M.: *La era de la información, vol. I, La sociedad real*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 249.

<sup>148</sup> AGUILAR DEL CASTILLO, M.C.: “Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera”, *Economía colaborativa y trabajo en plataforma*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dirs.), Albacete, Bomarzo, 2017, p. 318.

<sup>149</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: “La protección de datos personales de los trabajadores”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 16, 2008, p. 449.

registrar y dar publicidad a las ofertas y demandas de empleo que los propios usuarios inscriben en la correspondiente página web, siendo estos últimos los que entran en contacto directamente, no puede hablarse de intermediación propiamente dicha y, por tanto, no plantean problemas de legalidad<sup>150</sup>. De ahí que pueda entenderse que la nueva LE incluya entre las acciones que quedan fuera del concepto de colocación aquellas “que se lleven a cabo exclusivamente por medios informatizados” [art. 3 c)].

En cambio, cuando quien gestiona la base de datos es quien entra a examinar la idoneidad entre ofertas y demandas y además realiza la función de ponerlas en contacto, sí puede hablarse de intermediación<sup>151</sup>, debiendo cumplirse los requisitos que para las agencias de colocación prevé el ordenamiento jurídico. Llegar a esta conclusión exige, sin embargo, una reflexión más detenida. La difusión telemática de ofertas y demandas de empleo a través de una página en una pantalla y con un fácil acceso desde la red puede quedarse en una simple consulta de una guía, ajustada, por tanto, a la función de la prensa tradicional; pero, en la mayor parte de los casos, posibilitará también la selección de ofertas y demandas en virtud de una batería de criterios que conlleva la adopción de decisiones sobre la colocación. Es frecuente que estos entramados virtuales hagan uso de algoritmos para, además de intermediar, llevar a cabo las recomendaciones de ofertas de empleo a los trabajadores o crear perfiles de cada usuario que se comparan con los requisitos de cada vacante en cuestión, ofreciendo un porcentaje de compatibilidad entre oferta y demandante, previa realización de pruebas y cuestionarios en el acceso a las distintas plazas al objeto de medir destrezas y capacidades no exentos en muchos casos de sesgos perjudiciales para determinados colectivos<sup>152</sup>. Incluso, estas herramientas permiten hacer una predicción sobre los comportamientos de las personas candidatas y definir sus habilidades y aptitudes para el desarrollo de una determinada actividad profesional.

En la medida en que el art. 22 del Reglamento Europeo 2916/679, de 27 de abril de 2016, de Protección de Datos, prohíbe la adopción de decisiones basadas “únicamente en el tratamiento automatizado”, la excepción del art. 3 c) LE va a quedar prácticamente vacía de contenido quedando la actividad empresarial de los portales de empleo

---

<sup>150</sup> Tal es lo que sucede con la “Red Trabajar” S.L, que, incluso, ha llegado a plantear demanda contra el Servicio Público de Empleo Estatal por la utilización del distintivo “Red Trabaja”. S Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante 23 febrero 2012 (rec. 445/2010).

<sup>151</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, *Estrategia Europea. Estado autonómico y política de empleo, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 305.

<sup>152</sup> DE TORES BÓVEDA, N.: “Los retos de la intervención laboral a través del uso de algoritmos”, *Comunicación presentada al XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023.

sometida con carácter general a los condicionamientos y controles de la LE en aquellos casos en los que se supera la simple publicación<sup>153</sup>, máxime cuando la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre el marco jurídico aplicable a los sistemas de Inteligencia Artificial (IA), de 21 de abril de 2021<sup>154</sup>, ha categorizado a la selección de personal a través de algoritmos como “Sistemas de IA de alto riesgo”, por suponer una amenaza importante para los derechos y libertades de los individuos, siendo necesario que cumplan unas determinadas obligaciones reforzadas que garanticen su uso legal, ético, robusto y seguro, al tiempo que el art. 14 de dicha propuesta establece la obligatoria e ineludible vigilancia humana de estos sistemas, pretendiendo así “prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir”<sup>155</sup>. Esta interpretación se muestra además coherente con lo previsto en el art. 3.1 del RD 1796/2010, que reconoce como agencias privadas de colocación a “las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos”, pues en esta actividad está implícita la adopción de una decisión humana. Todo ello sin olvidar que el art. 28 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD), impone al responsable y al encargado del tratamiento diseñar las medidas técnicas y organizativas apropiadas (incluida la evaluación de impacto) para garantizar el correcto tratamiento de la información cuando conlleve “una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo” (apartado d)<sup>156</sup>.

Además de adquirir la condición de responsables del tratamiento de datos debiendo asumir todas las obligaciones inherentes al sector del *habeas data*, quedan obligados a cumplir las exigencias que la LE marca para la constitución y desarrollo de la actividad como agencias privadas, así como a observar todos los principios que inspiran la política de colocación, incluido el de gratuidad, el de no discriminación en el acceso al empleo y exclusión de sesgos discriminatorios, debiendo facilitar además “en los soportes informáticos o medios que se establezcan, los datos, documentación e información precisos para dotar el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de

---

<sup>153</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 9 y ss.

<sup>154</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>

<sup>155</sup> RUÍZ SAURA, J.E.: “La igualdad efectiva y no discriminación en la intermediación laboral del siglo XXI”, *Comunicación presentada al XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*.

<sup>156</sup> MERINO SEGOVIA, A.: “Tecnologías y tratamiento de datos en los procesos de selección de personal”, *Trabajo y Derecho*, núm. 87, 2022.

Empleo, así como los requeridos por los servicios públicos de empleo para evaluar el resultado cualitativo y cuantitativo de su intermediación” (art. 42.7 LE), máxime cuando el art. art 16.1 a) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), califica como infracción muy grave “ejercer actividades de intermediación laboral, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado, con carácter previo a la actuación como agencia de colocación, una declaración responsable...”.

## VII. INCLUSIÓN OCUPACIONAL: LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

El fomento de iniciativas de economía social es uno de los objetivos capitales de la nueva LE [art. 4 l)], al tiempo que forma parte del contenido de la política activa de empleo (art. 31). Entendida la economía social como modelo empresarial caracterizado por la primacía del trabajo y del factor humano frente al capital capaz de aportar “soluciones a las nuevas necesidades sociales, mediante los nuevos yacimientos de empleo de calidad”<sup>157</sup>, no cabe duda que contribuye más que otros modelos empresariales a un “Desarrollo Sostenible e Inclusivo”, tal como han establecido las Naciones Unidas a través de la aprobación de la Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>158</sup>. La Economía Social ha venido a demostrar su capacidad para penetrar no solo en ámbitos funcionales clásicos, sino en sectores nuevos e innovadores, satisfaciendo las más modernas necesidades y estimulando la creación de empleo de forma superior a otros canales, gracias a su capacidad para adaptarse a los cambios y mantener su actividad en situaciones de riesgo o recesión, siempre permaneciendo fieles a su misión de interés social<sup>159</sup>.

Dentro de las variadas fórmulas de economía social como potenciales dadores de empleo de calidad, destacan las empresas de inserción, reconocidas a partir de la Ley 31/2015, de 21 de septiembre, como uno de los principales actores de integración social a través de la creación de empleo para los sujetos excluidos<sup>160</sup>. Desde unos iniciales centros de acogida y atención de raíz asociativa o fundacional se ha pasado a configurar

---

<sup>157</sup> JULIÁ IGUAL, J.F.; BERNAL JURADO, E. y CARRASCO MONTEAGUDO, I.: “Economía social y recuperación económica tras la crisis del covid-19”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 104, 2022, p. 23.

<sup>158</sup> MOZAS, A. (coord.): “El cooperativismo y la economía social en la implementación de los ODS”, *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa (Noticias del CIDECE)*, núm. 61, 2009, pp. 36-75.

<sup>159</sup> Punto 4 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de julio de 2013, sobre la contribución de las cooperativas a la salida de la crisis (2012/2321/INI).

<sup>160</sup> LUJÁN ALCARAZ, J., “Empresas de inserción”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2007, p. 3.

unas estructuras conformadas sobre un sustrato empresarial en las que se ofrece un trabajo productivo a ciertos individuos que están en un entorno de exclusión, con el fin de fomentar su utilidad y con ello su integración social, no en vano el empleo se ha postulado como uno de los factores determinantes para la integración de las personas que se encuentran en condición de preterición<sup>161</sup>.

Desde esta nueva perspectiva, el art. 4 Ley 44/2007, de 13 de diciembre, define a estas empresas como aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas que, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario. Su objeto es, pues, la plena integración laboral y el acceso al empleo normal de las indicadas personas<sup>162</sup>.

Son, por tanto, entidades que contratan legalmente a todos sus empleados y que dedican una parte importante de sus puestos de trabajo a individuos con graves dificultades de empleabilidad con el único objetivo de que se puedan formar y adaptar a un entorno laboral normalizado<sup>163</sup>. “Con ellas se busca, mediante el empleo, la socialización de los excluidos sociales”<sup>164</sup>, pero excepcionando esta funcionalidad, las empresas de inserción no difieren (salvo en la necesidad de que su plantilla esté compuesta, como mínimo, por un 30% -durante los tres primeros años—o por un 50% 100 -a partir del cuarto-- de marginados sociales) de cualquier otra empresa, pudiendo adoptar todo tipo de estructura mercantil e incluso cooperativa<sup>165</sup>, siempre y cuando sean promovidas por entidades públicas o sin ánimo de lucro (art. 6)<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: “Empresas de inserción: cuestiones competenciales Estado/Comunidades Autónomas”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, vol. I, p. 266.

<sup>162</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 298, 2008, pp. 115 y ss. ó TASCÓN LÓPEZ, R.: “Las empresas de inserción como herramienta para contribuir a alcanzar el fin de la pobreza”, *La economía social y el desarrollo sostenible*, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H. (Dirs.), Madrid, Colex, 2022, pp. 21 y ss.

<sup>163</sup> LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.: *Las empresas de inserción en España*, Madrid, CES, 2002, p. 157.

<sup>164</sup> MORALES ORTEGA, J.: “Los destinatarios de las políticas de empleo”, *Lecciones de Derecho del Empleo*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J. (Dirs.), Madrid, Tecnos, 2006, p. 293.

<sup>165</sup> LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.: *Las empresas de inserción en España*, cit., p. 158.

<sup>166</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “La regulación jurídica de las empresas de inserción”, *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, ÁLVAREZ VEGA, M.I. (Coord.), 2002, p. 267.

En aras a conseguir la finalidad de integración que se proponen, las empresas de inserción, en colaboración con los servicios sociales y con los servicios públicos de empleo, diseñan para cada trabajador, un itinerario que persigue suplir las carencias y alcanzar los aprendizajes necesarios para lograr el suficiente grado de empleabilidad que permita su posterior acceso al mercado de trabajo ordinario (art.3)<sup>167</sup>. Dicho itinerario se caracteriza, además, por las notas de voluntariedad (la decisión de seguirlo corresponde al propio afectado), singularidad (se elabora para cada individuo en concreto, teniendo en cuenta sus características y circunstancias) y personalización (con seguimiento particularizado por un tutor según un plan flexible previamente acordado)<sup>168</sup>. El requisito del consentimiento explícito es, pues, un elemento fundamental.

Esa finalidad de inclusión social mediante una “laborterapia”<sup>169</sup> conlleva una lógica consecuencia: “la peculiaridad del trabajo de las personas en riesgo o situación de exclusión social en las empresas de inserción va a dar lugar a una cierta modalización del proceso de colocación”<sup>170</sup>, no en vano las empresas analizadas son verdaderas “mediadoras en los procesos de inserción laboral establecidos a través de un itinerario de inserción sociolaboral”<sup>171</sup>.

El carácter transitorio, provisional, de mera estructura puente hacia el mercado ordinario de trabajo, que caracteriza a las entidades de inserción --en términos análogos al funcionamiento real de las empresas de trabajo temporal, que son a menudo simple pasarela hacia una empresa usuaria--, al igual que su entendimiento como un sistema de aprendizaje laboral, que domina sobre la estructura productiva, podría hacer pensar que nos encontramos ante una nueva forma de agencia de empleo privada. Sin embargo, un dato muy claro aleja a las primeras de este tipo de agencias, pues se trata de verdaderas organizaciones empresariales donde el poder de dirección se manifiesta en todas sus dimensiones. Pero hecha esta salvedad, lo que es indudable es que constituyen un nuevo sujeto de naturaleza mercantil que asume un significativo protagonismo en el

---

<sup>167</sup> MARTÍN PUEBLA, E.: “Empresas de inserción y política de empleo”, *Aranzadi Social*, 2007, Tomo V, pp. 2185 y ss.

<sup>168</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 191.

<sup>169</sup> SOLER ARREBLA, J.A.: “Aproximaciones a la nueva Ley para la regulación del régimen de las empresas de inserción”, *Temas Laborales*, núm. 95, 2008, p. 54.

<sup>170</sup> CÁMARA BOTÍA, A.: “Las empresas de inserción: aspectos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135, 2007, p. 617.

<sup>171</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 298, 2008, p. 140.

marco de la gestión de las políticas activas, así como de los servicios de empleo a favor de las personas en situación de exclusión social<sup>172</sup>.

Estas empresas han de encontrarse inscritas en el registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el registro administrativo de empresas de inserción correspondiente. Además, han de ser calificadas como tales empresas de inserción por la Administración autonómica competente<sup>173</sup>. El contrato de trabajo debe de formalizarse por escrito, utilizando el modelo establecido por el Servicio Público de Empleo Estatal, y comunicarse a la oficina pública de empleo. En todo caso, el contrato deberá incorporar en el correspondiente anexo las obligaciones que tanto el trabajador como el empresario asumen en el desarrollo del itinerario personal de inserción, así como las medidas concretas que proceda poner en práctica. A su finalización, el trabajador tendrá derecho a que el empresario le entregue un certificado en el que conste la duración de los servicios prestados, puestos de trabajo desempeñados, principales tareas de cada uno de ellos y su adaptación a los mismos (art. 13.4)<sup>174</sup>.

La dificultad del desarrollo de las empresas de inserción en un mercado caracterizado por la libertad de concurrencia hace que sea imprescindible la intervención de los poderes públicos para su implantación y funcionamiento a través de ayudas financieras para su constitución y para el desarrollo de su actividad, bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social, subvenciones a los puestos de trabajo por ellas creados, suplidos destinados a sufragar la inversión fija afecta a la realización de su objeto social o, por no seguir, régimen fiscal favorable (capítulo V Ley 44/2007)<sup>175</sup>, medidas todas ellas más que justificadas cuando puede preverse el déficit de productividad derivado de las carencias de empleabilidad del personal contratado<sup>176</sup>, que quedan, no obstante, al margen de la LE por contar con su propia normativa específica.

---

<sup>172</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Granada, Comares, 2008, p. 107.

<sup>173</sup> Este sistema de calificación se escalona en dos fases. Primero se obtendrá una calificación provisional, cuando se acredite alguno de los requisitos establecidos en el art. 5, pudiendo convertirse después en definitiva cuando se cumplan la totalidad de ellos. PÉREZ YÁÑEZ, R.: "La inserción social a través del trabajo. A propósito de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción", *Relaciones Laborales*, 2008, Tomo I, p. 1021.

<sup>174</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 298, 2008, p. 163.

<sup>175</sup> Por extenso, VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Granada, Comares, 2018, pp. 259 y ss.

<sup>176</sup> SOLER ARREBOLA, J.A.: "Aproximaciones a la nueva Ley para la regulación del régimen de las empresas de inserción", *Temas Laborales*, núm. 95, 2008, pp. 77 y ss.



No se entiende bien, por ende, que siendo la intermediación una actividad regulada tradicionalmente desde una óptica tuitiva del demandante de empleo, en aras a proteger y favorecer su proceso de búsqueda de trabajo de quienes más dificultades presentan, la LE haya dejado en cambio huérfana de toda referencia a estas empresas de inserción.

## VIII.CONCLUSIONES

El reconocimiento constitucional del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) determina, entre otras circunstancias, el fundamento jurídico general de la colocación como actividad o servicio público, pero con independencia de que éste se preste en sus formas de gestión directa a través de los servicios públicos de empleo (Estatal y Autonómicos) o indirecta mediante el recurso a otras entidades o empresas privadas, en el marco de la colaboración con lo público. Se trata de crear nuevos “partenariados”, pero preservando en todo caso el fortalecimiento de los Servicios Públicos, a fin de lograr una más moderna, eficaz, eficiente e inclusiva gestión de las políticas de empleo en un contexto marcado por la incesante destrucción de puestos de trabajo y creación de otros que requieren nuevas habilidades y competencias. La complejidad del mercado de trabajo de las últimas décadas y sus debilidades, así como la falta de conexión directa entre ofertas y demandas de trabajo, ha obligado a superar la visión eminentemente pública tradicional para la gestión de la colocación, permitiendo la intervención sincronizada y no competitiva de la iniciativa particular, garantizando ahora el carácter público con independencia del agente intermediador que siempre debe actuar en colaboración o coordinación con el servicio público. En todo caso, las agencias privadas quedan sometidas al cumplimiento estricto no solo del principio de no discriminación, sino también del principio de igualdad de trato, sin posibilidad de percibir cantidad alguna por la prestación de los servicios de intermediación<sup>177</sup>.

Las políticas de empleo actuales se alejan, así, de las tradicionales, que se diseñaron en un contexto caracterizado por la presencia excepcional en su seno de los demandantes de ocupación, y su objetivo fundamental era la expulsión inmediata de éstos, bien hacia una nueva ocupación, bien hacia el abandono vía jubilación o invalidez, de modo que la permanencia o reingreso a la situación de parado era considerado como algo patológico necesitado de urgente corrección por salirse del patrón común. En el momento presente, las políticas de empleo parten, sin embargo, de un escenario completamente diferente, en el que la colocación se entiende como un marco estable en

---

<sup>177</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “El gobierno del empleo”, en *Empleo y protección social. XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2023, p. 202.

el que se producen las transiciones entre un empleo y otro sucesivo (pero muchas veces no inmediato), que serán continuas y no necesariamente negativas sino consustanciales a un sistema caracterizado por la existencia de un elevado número de desempleados a los que se intenta proporcionar un empleo digno y de calidad. Es necesario, por tanto, contar con una amplia gama de prestaciones de servicios, perfectamente coordinadas en cuanto a sus agentes gestores u operadores, que permitan el mejor trasvase posible desde la situación de inactividad a la de activo, cuando se cruza por primera vez el puente hacia el mercado de trabajo, o desde la de desempleado a la de recolocado o reemplazado cuando se ha perdido la ocupación<sup>178</sup>.

Habiendo quedado superada la errónea premisa de que “es mejor un empleo sin derechos que la carencia absoluta de empleo y que se agravarían más los índices de paro si desaparecieran las situaciones infraprotegidas”<sup>179</sup>, la nueva LE pretende evitar que la intervención de los agentes privados se focalice en la colocación de segmentos laborales de alta cualificación y con más fácil desarrollo profesional, absorbiendo a las demandas y ofertas de empleo más interesantes y más dinámicas del mercado, relegando a las oficinas públicas a la funcionalidad de atender a los sectores débiles en el mercado, que por definición son los más necesitados. Se apuesta, por tanto, por una correcta articulación del sistema de colaboración público-privada, reforzando la dispensa del servicio universal de colocación con elevadas dosis de eficiencia y calidad, con el fin último de conseguir el ansiado encuentro gratuito entre las ofertas y demandas de ocupación en un corto plazo de tiempo. Trata de afianzar el papel de los Servicios Públicos de Empleo con el objetivo de implantar un sistema de gestión armónico, integrado y coparticipado, basado en un adecuado régimen de colaboración y coordinación entre los múltiples agentes, públicos y privados, intervinientes a fin de que actuando todos ellos sinérgicamente, pero debidamente controlados por los primeros, sea posible poner en práctica una idónea política de empleo y hacer realidad el derecho al trabajo digno constitucionalmente reconocido en el mencionado art. 35<sup>180</sup>.

A partir de este nuevo entramado de relaciones, de coordinación y ayuda mutua entre el sector privado y las oficinas públicas de empleo se podrá conseguir una mejor y mayor

---

<sup>178</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “La reforma de la intermediación laboral: ¿nuevo modelo de colaboración público-privado o nuevo mercado?”, Estrategias de competitividad, mercados de trabajo y reforma laboral 2010, convergencias y divergencias, MOLINA NAVARRETE, C.; RUESGA BENITO, S.M. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (Dirs.), Madrid, CEF 2010, p. 173.

<sup>179</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Economía sumergida y empleo irregular”, *Relaciones Laborales*, 1985, Tomo I, p. 2.

<sup>180</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, *Estrategia Europea. Estado autonómico y política de empleo, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 308.

empleabilidad de las personas mediante sistemas cooperativos que creen certeras simbiosis entre todo el tejido institucional<sup>181</sup>, implementando un servicio que además de ser público y gratuito, preste “una atención eficaz, inclusiva y de calidad”, cualquiera que sea el agente que lo dispense dentro del nuevo marco legal<sup>182</sup>, y terminando de una vez por todas con el cenagoso terreno de la anomia y la autorregulación<sup>183</sup>. En fin, se trata de asegurar la disposición de una estructura digitalizada y moderna con personal suficientemente especializado capaz de adoptar decisiones sin sesgos discriminatorios orientadas a la mejora constante en la situación de empleo de todas las personas usuarias<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Estrategia Europea para el Empleo 2020*, Madrid, MTSS, 2020, p. 53.

<sup>182</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “La reforma de la intermediación laboral: ¿nuevo modelo de colaboración público-privado o nuevo mercado?”, cit., p. 198.

<sup>183</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada”, *Estrategia Europea. Estado autonómico y política de empleo, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 307.

<sup>184</sup> APARICIO TOVAR, J.; BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J.: “Estado social, derecho al trabajo y política de empleo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 100, 2023, p. 29.

## CUENTAS NOCIONALES: ¿UNA PROPUESTA VÁLIDA PARA EL DEBATE?

Por

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Extremadura  
<https://orcid.org/0000-0002-5395-0224>

[javier.hierro@yahoo.es](mailto:javier.hierro@yahoo.es)

*Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

**RESUMEN:** La sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social es de largo puesta en entredicho. Las reformas sobre las pensiones llevadas a cabo en los años 2021 y 2023 no arrojan una luz cierta que despeje esa variable. Un reciente informe del Banco de España ha lanzado de nuevo a la actualidad los interrogantes que sobre la garantía del sistema público le acompañan. En el debate continuo sobre los instrumentos que deben emplearse para la consecución de tal fin tangencialmente se alude a otros modelos implantados en el contexto europeo. Se quiere con este trabajo mostrar qué son y qué efectos pueden desplegar las cuentas nocionales. Un modelo implantado desde hace años en otros países y hasta la fecha aquí desterrado.

**PALABRAS CLAVE:** Seguridad social; cuentas nocionales; sostenibilidad; suficiencia.

**SUMARIO:** I. Una sucesión de nubarrones que enturbian el proceso: la porfía sempiterna.- 1. Lecturas y contextos recientes que alientan la incertidumbre.- 2. Un elemento entre los clásicos traído a la actualidad (y alternativas).- II. Una propuesta hasta ahora no querida.- III. Su puesta en marcha en otros países.- 1. Un apunte sobre la concreción territorial.- 2. El modelo italiano.- 2.1. Una vía a explorar.- 2.2. Objetivos hasta ahora incumplidos.- IV. En qué consisten y cuál es su dinámica: breviario.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

## NOTIONAL ACCOUNTS: A VALID PROPOSAL FOR THE DEBATE?

**ABSTRACT:** The sustainability of the public Social Security system has long been questioned. The pension reform carried out in the year 2021 and in the year 2023 do not shed a certain light that clears up this variable. A recent report by the Bank of Spain has once again launched the questions that accompany it on the guarantee of the public system. In the ongoing debate on the instruments that should be used to achieve this goal, tangentially alludes to other models implemented in the European context. The aim of this work is to show what they are and what effects notional accounts can display. A model that has been implemented for years in other countries and to date has been banished here.

**KEYWORDS:** Social security; notional accounts; sustainability; sufficiency.

**SUMMARY.** I. A succession of dark clouds that cloud the process: the everlasting stubbornness.- 1. Recent readings and contexts that encourage uncertainty.- 2. An element among the classics brought to the present (and alternatives).- II. A proposal so far not wanted.- III. Its implementation in other countries. 1. A note on territorial concretion.- 2. The Italian model.- 2.1. A way to explore.- 2.2. Objectives hitherto unfulfilled.- IV. What do they consist of and what is their dynamics: breviary.- V. Conclusions.- VI. Bibliography.

## I. UNA SUCESIÓN DE NUBARRONES QUE ENTURBIAN EL PROCESO: LA PORFÍA SEMPITERNA

### 1. Lecturas y contextos recientes que alientan la incertidumbre

El Banco de España publicaba a mediados del mes enero del año 2023 el documento denominado “El gasto en pensiones en España en comparativa europea”<sup>1</sup>. De este se hicieron eco de manera inmediata (tal vez apresurada) distintos medios de comunicación que trasladaron a la opinión pública lecturas quizá no del todo, precisamente, homogéneas, equilibradas y equidistantes<sup>2</sup>. Y ello con independencia de que en el aludido Informe se recogiera expresamente que “la lectura de los resultados [...] exige una notable cautela a la hora de extrapolarlos a la situación actual [año 2023] y a los próximos años”.

Ese tradicional alarmismo que de modo inveterado acompaña a todo lo que envuelve al modelo de protección social y, de manera destacada, a su viabilidad económica ante los males que le acechan (que además sirven para enfrentar posicionamientos desde la base -modo de gestión, políticas activas y pasivas de empleo, fomento de la natalidad, incremento en el número de pensionistas, gastos mensuales en pensiones...-) se ve ahora exacerbado exponencialmente en año de contienda electoral<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Martín, Miguel Ángel y Ramos, Roberto: “El gasto en pensiones en España en comparativa europea”, *Boletín Económico - Banco de España*, T1, núm. 9 (2023), pp. 1-14.

<sup>2</sup> Los titulares de la noticia, más o menos pretenciosos según la tendencia ideológica de cada uno de los rotativos (en sus versiones electrónicas), se corresponden entre otros muchos como sigue: “El Banco de España ve riesgo en las pensiones por el envejecimiento y el mayor gasto” ([https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/18/economia/1674062309\\_194363.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/18/economia/1674062309_194363.html)); “El Banco de España alerta: ya gastamos por encima de la media en pensiones... y todavía no ha llegado el baby-boom” (<https://www.libremercado.com/2023-01-22/el-banco-de-espana-alerta-ya-gastamos-por-encima-de-la-media-en-pensiones-y-todavia-no-ha-llegado-el-baby-boom-6978315/>) o, en fin, “España tiene pensiones más parecidas a los salarios que en Europa, pero cubren a menos población” ([https://www.eldiario.es/economia/espana-pensiones-parecidas-salario-europa-cubren-poblacion\\_1\\_9876474.html#:~:text=Tras%20la%20media%20del%20gasto%2C%20diferencias%20entre%20pa%C3%ADses&text=En%20el%20elemento%20%E2%80%9Ctasa%20de,de%20Grecia%20y%20de%20Italia](https://www.eldiario.es/economia/espana-pensiones-parecidas-salario-europa-cubren-poblacion_1_9876474.html#:~:text=Tras%20la%20media%20del%20gasto%2C%20diferencias%20entre%20pa%C3%ADses&text=En%20el%20elemento%20%E2%80%9Ctasa%20de,de%20Grecia%20y%20de%20Italia).)).

<sup>3</sup> Basta traer a colación la propuesta realizada por el Círculo de Empresarios en su documento *Carta abierta a los futuros legisladores y gobernantes* (su acceso electrónico en [https://circulodeempresarios.org/app/uploads/2023/07/Carta-abierta-a-los-futuros-Legisladores-y-Gobernantes\\_julio-2023.pdf](https://circulodeempresarios.org/app/uploads/2023/07/Carta-abierta-a-los-futuros-Legisladores-y-Gobernantes_julio-2023.pdf)) en la que se afirma que “el sistema de pensiones está exhausto, es necesaria una reforma que no reste competitividad ni capacidad de crecimiento a la economía española. La reciente reforma del sistema de pensiones no asegura su viabilidad, solo retrasa el problema, es profundamente insolidaria y exigirá un gran sacrificio a los ciudadanos en activo”, por lo que para garantizar la sostenibilidad, eficiencia y solidaridad del sistema, “es imprescindible el retraso voluntario de la edad de jubilación acompañado de un sistema de incentivos”.

Sin que nada se concrete en el mencionado documento, los medios de comunicación fijan esta horquilla entre los 68 y los 72 años, cfr. <https://elpais.com/economia/2023-07-05/el-circulo-de-empresarios-propone-aplazar-la-edad-de-jubilacion-hasta-los-72-anos-y-la-patronal-se-opone-a-la-medida.html>.

Alejado de tales aspectos, esto es, de una clásica y vertiginosa lectura política-jurídica que de este Informe pudiera realizarse, en el mismo se asevera que sus datos y resultados corresponden al año 2019. Todo lo acontecido con posterioridad (pandemia de la COVID-19, reforma laboral y de pensiones del año 2021<sup>4</sup>, fondos europeos del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* del Gobierno de España<sup>5</sup>... y, por supuesto, la reforma de las pensiones del año 2023 aprobada con posterioridad al propio Informe<sup>6</sup>) le resulta ajeno. Este distanciamiento despliega efectos para bien (por las consecuencias y lecturas que pudieran desprenderse ventajosas para el sistema) o para mal (atribuyendo el conjunto de políticas públicas desarrolladas mayores cargas al modelo establecido). Sus afirmaciones en todo caso, reitera de manera tajante, se ciñen a evidencias del año 2019.

Ello no ha constituido ningún óbice, sin embargo, para que al rebufo de este las dudas sobre la sostenibilidad presente y futura del sistema de Seguridad Social sean traídas de nuevo a la actualidad como se ha indicado *supra*.

Participan de manera destacada en este transitar, en esa atención inmediata y en la generación de incertidumbres, distintos elementos.

De una parte, en el plano internacional, las acciones reformadoras emprendidas en países vecinos (Francia) con el expreso objetivo de asegurar la viabilidad financiera del sistema de jubilación (igual fin que al aquí pretendido)<sup>7</sup>. El escenario contemplado en aquel territorio (crecimiento al 1% y tasa de paro de larga duración al 4,5%) sin modificaciones normativas conduce, se afirma en la exposición de motivos del artículo 7 del proyecto de ley *de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*<sup>8</sup>, a que el sistema de pensiones en el año 2030 alcance un déficit del 0,4% del PIB (14.000 millones de euros) y en el año 2040 del 0,6 del PIB (26.000 millones de euros). De ahí que entre las medidas objeto de debate, además de otras muchas en su extenso texto, se incluya el siempre espinoso y denostado retraso de la edad de jubilación como

---

<sup>4</sup> Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo y Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, respectivamente.

<sup>5</sup> El acceso a este documento se puede realizar en el siguiente enlace Web: [https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan\\_Recuperacion\\_Transformacion\\_Resiliencia.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf).

<sup>6</sup> Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

<sup>7</sup> De una importante proyección internacional por cómo se han desarrollado los acontecimientos.

<sup>8</sup> El acceso electrónico a este documento se puede realizar en [https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/actualite-legislative/2023/plfrss\\_ecox2300575l\\_cm\\_23.01.2023.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/actualite-legislative/2023/plfrss_ecox2300575l_cm_23.01.2023.pdf).

herramienta tractora con la que minorar los gastos. En esta ocasión, el Gobierno francés se postula a favor de incrementar la edad de jubilación en dos años, llegando a los 64 años frente a los 62 actuales en el sector privado y a los 59 (para personal activo) o 54 (para personal superactivo en los cuerpos de la policía nacional, vigilancia penitenciaria, control aéreo, redes de alcantarillado subterráneo e identificadores del instituto forense de la jefatura de policía de París) frente a los 57 o 52<sup>9</sup>, respectivamente, en vigor para el personal de la administración pública<sup>10</sup>.

De otra, algo nada novedoso y especialmente manido, como son las proyecciones demográficas para España que nos sitúan desde hace tiempo en un país singularmente envejecido. Los escenarios demográficos del INE<sup>11</sup> y Eurostat<sup>12</sup>, se fija especialmente en estos últimos el informe del Banco de España, “anticipan un incremento sustancial -en términos absolutos y en comparación con otras economías de la UE- del envejecimiento poblacional de la sociedad española durante las tres próximas décadas, lo que supondrá una notable presión al alza en nuestro gasto en pensiones”<sup>13</sup>.

Aspectos a los que se suma, en tercer lugar, también en el momento presente la reciente aprobación de la segunda fase de la reforma del sistema de pensiones comprometida con la Unión Europea para la obtención de los instrumentos comunitarios de financiación *Next Generation UE* y dar respuesta a los enormes retos a los que se encuentra sometido el sistema (Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo).

Recuérdese, en lo que ahora atañe por cuanto ajuste paramétrico más significativo entre cuyos efectos se observa una posible penalización (bajada en la cuantía) de las pensiones futuras, que el Componente 30 del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (bajo la rúbrica “Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”) identifica entre las reformas propuestas la “adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión

---

<sup>9</sup> Cfr. Art. 10 de la *Loi núm. 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023* (su acceso electrónico en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047445077/>).

<sup>10</sup> Lo que ha sido objeto de una importante contestación social con destacadas movilizaciones sociales, cfr. <https://www.francebleu.fr/infos/economie-social/reforme-des-retraites-suveiz-la-troisieme-journee-de-mobilisation-7370223>, sin que las mismas hayan logrado su objetivo de retirar el proyecto de ley, finalmente aprobado.

<sup>11</sup> Cfr. INE: “Proyecciones de Población 2022-2072”, *Notas de prensa*, de 13 de octubre de 2022, p. 7 ([https://www.ine.es/prensa/pp\\_2022\\_2072.pdf](https://www.ine.es/prensa/pp_2022_2072.pdf)).

<sup>12</sup> Cfr. European Commission: *The 2021 Ageing Report. Economic and Budgetary Projections for the EU Member States (2019- 2070)*, EU, Luxembourg, 2021 ([https://economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2021-10/ip148\\_en.pdf](https://economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2021-10/ip148_en.pdf)).

<sup>13</sup> Si permanecen inalteradas las proyecciones demográficas al año 2050 y el resto de los factores (empleo, cobertura...) continúan constantes, “España pasaría a ser el tercer país de la UE con el gasto en pensiones más alto (tras Grecia e Italia), frente al puesto séptimo que ocupaba en 2019”, cfr. Martín, Miguel Ángel y Ramos, Roberto: “El gasto en pensiones en España en comparativa europea”, cit., pp. 3 y 10.

de jubilación, que pretende reforzar la progresividad y el carácter contributivo del sistema haciendo que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral del trabajador y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales”. Aunque mucho se había elucubrado sobre los extremos a los que pudiera extenderse esta regla (ampliación a 35 años de vida laboral, elección de los mejores años de cotización como contrapartida...), lo único que había trascendido en el proceso negociador de la reforma era el planteamiento por parte del Gobierno de España a los agentes sociales de variar otra vez (y sería la cuarta) la fórmula de cálculo de la base reguladora para determinar la cuantía de la pensión de jubilación. Esta se materializaba en la ampliación del número de bases de cotización exigido, creciendo paulatinamente desde los 25 años actuales a los 28 años, si bien tomando como referencia los últimos 30 años cotizados y eliminando los dos peores<sup>14</sup>.

Y una fórmula muy próxima, en definitiva, aunque no en términos exactos, es la que ha tenido plasmación legal. El artículo único.23 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, da nueva redacción al apartado 1 del artículo 209 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 marzo, incrementando el número de bases de cotización a tomar en consideración para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación. Serán ahora las bases de mayor importe correspondientes a 27 años elegidas en un período de 29 años las que conformen esta base reguladora a partir del 1 de enero del año 2026<sup>15</sup>. Lo que posiblemente implica, como tradicionalmente ha sucedido y este es el sentir general<sup>16</sup>, que el incremento del número de bases de cotización a tomar en cuenta para el cálculo de la pensión pueda llevar aparejada una bajada en la cuantía de la pensión. Con independencia de que los cálculos individualizados puedan llevar a afirmaciones

---

<sup>14</sup> Al contrario de lo que inicialmente pudiera pensarse de flexibilizar las exigencias de cotización (con menores períodos o con la posibilidad de elegir los mejores años en un período determinado, no ampliando lo ya establecido) con lo que dar respuesta a esos mayores períodos de desempleo y de lagunas de cotización ante la larga crisis económica del año 2008 y la generada por la COVID-19.

Se centra la propuesta lanzada en reforzar la contributividad del sistema de modo que “la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral” de la persona trabajadora.

<sup>15</sup> Con una aplicación gradual hasta el año 2037 (DT 40ª del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), debiéndose poner en concordancia con la DT 4ª.7 de igual texto normativo que dispone la preferencia de la fórmula de cálculo establecida a fecha 1 de enero de 2023 cuando esta resulte más favorable hasta el año 2040.

<sup>16</sup> Cfr. intervención de la señora Muñoz Vidal en la comparecencia, a petición propia, del señor ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (Escrivá Belmonte), en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para informar sobre distintas cuestiones relacionadas con el seguimiento y evaluación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. (Número de expediente 214/000182), DS -*Congreso de los Diputados*-, núm. 866, de 15 de marzo de 2023, pp. 15 y 116-122, en el que se analiza el impacto en porcentaje del PIB de las medidas adoptadas en el período 2021-2023 en materia de Seguridad Social.



contrarias<sup>17</sup>, la sociedad tiene interiorizado, fundamentalmente por los procesos previos vividos (y no han sido pocos), que toda ampliación en el número de bases de cotización para el cálculo de la base reguladora entraña minoración no dando crédito a aseveraciones de parte en sentido opuesto. Las carreras de cotización fragmentadas y las menores bases de cotización de las personas jóvenes auguran que la ampliación del número de años en el cómputo a tomar como referencia para el cálculo de la pensión de jubilación no sea en positivo.

Aspectos a los que se aneja, ya en cuarto y último lugar, un nuevo Informe, el *Informe Anual 2022* del Banco de España, en el que se asevera que el análisis “conjunto de los principales cambios normativos introducidos en nuestro sistema de pensiones desde 2021 [sujeto a una elevada incertidumbre] apunta a que, previsiblemente, será necesario adoptar nuevas medidas a partir de 2025 para reforzar su sostenibilidad financiera. Una fuente de incertidumbre adicional es el posible impacto que las medidas de ingresos adoptadas en 2023 podrían tener sobre el empleo, los salarios y la competitividad de la economía española”<sup>18</sup>. Las acciones emprendidas en materia de ingresos resultan insuficientes, pese a los vaivenes al alza entre el año 2021 y el 2023 (con relación al mecanismo de equidad intergeneracional) o la creación de la cotización de solidaridad, por lo que tal vez haya de actuarse nuevamente sobre los gastos (aunque también en este campo las actuaciones hasta ahora emprendidas han sido limitadas).

Lo que muestra, en definitiva, que el proceso reformador en materia de pensiones en ningún caso puede entenderse cerrado, sujeto a cambios ya en el corto plazo ante las tensiones financieras provocadas por la jubilación de la generación del *baby boom*, ya en el medio o largo plazo amoldado a los contextos futuros que están por definir. Ni lo hecho en el 2021 (jubilación demorada...) o 2023 (incremento de ingresos con el

---

<sup>17</sup> Con una visión contraria, el señor Escrivá Belmonte, quien afirma que “el nuevo esquema beneficia ya a una de cada tres personas en edad de jubilación. Eso es así porque desde hace unos quince años — sobre todo, desde la crisis financiera— hemos tenido desgraciadamente una realidad del mercado laboral, que yo creo que la reforma laboral del año 2022 está corrigiendo, en la que nos encontramos con que los últimos años no son los mejores años de cotización para determinadas personas. Por lo tanto, el sistema actual en vigor, que está construido sobre la percepción de unas carreras totalmente lineales, no termina de ser muy justo — por así decirlo— con personas que han tenido mala suerte en su vida laboral en los últimos años y que tienen lagunas o períodos de infracotización. Esto se aborda de esta manera y, de alguna forma, se genera un modelo con más posibilidades y que beneficiará a un número muy importante de trabajadores desde el momento en que esta reforma entre en vigor”, cfr. DS -*Congreso de los Diputados*-, núm. 866, cit., pp. 5-6, con ejemplos numéricos ilustrativos.

<sup>18</sup> Cfr. Banco de España: *Informe Anual 2022*. BdE, Madrid, 2023, p. 32.

mecanismo de equidad intergeneracional o cotización adicional de solidaridad...) son suficientes. Más si cabe cuando se actúa con reformas sobre reformas<sup>19</sup>.

## 2. Un elemento entre los clásicos traído a la actualidad (y alternativas)

No constituyen, pese a lo indicado supra, una cuestión sorpresiva e inesperada (aunque ahora otra vez en boga sin que las continuas reformas habidas en el período reciente hayan podido mitigar o amortiguar las dudas generadas<sup>20</sup>) las dificultades económicas por la que atraviesa y a las que debe enfrentarse el sistema de Seguridad Social.

La relectura de las sucesivas leyes de ingresos y gastos del Estado de los últimos años sirve para constatar de manera meridiana que hay un déficit estructural de ingresos en las cuentas del sistema desde hace tiempo<sup>21</sup>, creciente en el futuro ante las tensiones demográficas. El soporte continuo a las cuentas de la Seguridad Social mediante los presupuestos generales del Estado es manifestación expresa y no cuestionable de que las cotizaciones (por distintos motivos, número de personas ocupadas, salarios, carreras de cotización...) son en el momento presente insuficientes para abordar los gastos propios en abono de prestaciones (personas beneficiarias, alargamiento de los períodos de disfrute, creación de nuevas prestaciones, cuantías...)<sup>22</sup>. Que echando la vista atrás

---

<sup>19</sup> Se está haciendo referencia a los ajustes, en un escaso espacio temporal, del mecanismo de equidad intergeneracional, lo que muestra que los cálculos realizados son insuficientes o los ingresos previstos no permiten alcanzar la cifra óptima deseada.

<sup>20</sup> Tal vez, al contrario, y como se ha expuesto en el *Informe Anual 2022* del Banco de España, se vean como insuficientes.

<sup>21</sup> En parte promocionado por el ejercicio de acciones previas no del todo acorde a sus fines como se recoge en el *Informe núm. 1381 de Fiscalización sobre la evolución económico financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la Seguridad Social y su situación a 31 de diciembre de 2018* del Tribunal de Cuentas aprobado en Pleno en sesión de 28 de julio de 2020, pp. 42-43 (<https://www.tcu.es/repositorio/de226696-6741-4ff2-ba7a-5a334e86e7f6/l1381.pdf>), en el que se estima que el coste asumido por la Seguridad Social en concepto de gastos impropios de naturaleza no contributiva (principalmente asistencia sanitaria y complementos por mínimos) alcanza un importe de, al menos, 103.690 millones de euros.

Y se recomienda al Gobierno “que proceda a efectuar la liquidación efectiva de los gastos no contributivos que fueron asumidos por la Seguridad Social con cargo a sus recursos, consiguiendo de facto la efectiva separación de las fuentes de financiación recogida en la Recomendación primera del Pacto de Toledo”, p. 61.

Previsión con carácter retroactivo no cumplido, pero al que se da respuesta parcial con la DA 32ª del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en la redacción dada por el art. 1.Dieciséis de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, sobre transferencias del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

<sup>22</sup> Cfr. DA 3ª de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 que autoriza la concesión por parte del Estado de préstamos a la Tesorería General de la Seguridad Social por un importe de hasta 10.003.806,15 miles de euros; DA 3ª de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 que autoriza préstamos por un importe de hasta 6.981.590,00 miles de euros; DA 5ª de la Ley 11/2020,

lleva a afirmar que en modo alguno es novedoso, ya que estas herramientas complementarias (transferencias corrientes o préstamos) pueden remontarse a la década de los 90<sup>23</sup>.

Nuevamente, por ende, y al hilo de los mencionados informes del Banco de España y de los elementos que adornan el contexto actual (si es que en algún momento hubieran dejado de estarlo desde aquellos comienzos de la década de los noventa), se ponen en entredicho las cuentas de la Seguridad Social o, en otros términos, la viabilidad del sistema público de pensiones español cuyos desajustes financieros se verán acrecentados de manera significativa en los próximos años (fijándose el año 2050 como punto de inflexión, en el que los gastos iniciarán una senda descendente).

Al igual, por otra parte, que se hiciera hace ya treinta años. Parece no haber transcurrido el tiempo o todas las acciones acometidas resultar insuficientes para la finalidad perseguida.

Debate este que también encuentra momentos de sosiego. Así, el mismo se había visto recientemente apaciguado con el Informe de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo al contar las recomendaciones dadas con el apoyo de la mayoría de las fuerzas políticas con representación en la Cámara Baja<sup>24</sup>. Lo que había contribuido de manera significativa a rebajar la tensión social, las manifestaciones en las calles y, fundamentalmente, la preocupación de la ciudadanía española con relación a las pensiones<sup>25</sup>. El establecimiento de una hoja de ruta

---

de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 que autoriza préstamos por un importe de hasta 13.830.090,00 miles de euros y DA 4ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que autoriza préstamos con un importe de 13.830.090 miles de euros; en todas ellas bajo la justificación de “proporcionar cobertura adecuada a las obligaciones de la Seguridad Social y posibilitar el equilibrio presupuestario de la misma”.

Aspectos ya advertidos en el Anexo I del Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1381 en que se relacionan préstamos a la Seguridad Social, con distintas finalidades, desde el año 1992.

<sup>23</sup> Basta citar un solo ejemplo para constatar esta realidad, cfr. DA 6ª Ley 3/2017, de 27 de junio, que concede diez años más, a partir de 2017, para la devolución del préstamo concedido a la Seguridad Social en 1997 (nada más y nada menos que hace veinte años).

Ampliaciones temporales que se suceden año tras año en las correspondientes normas presupuestarias.

<sup>24</sup> Cfr. *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (2020)*, BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 187, de 27 de noviembre de 2020, pp. 4 y ss., cuyo resultado en la votación fue: votos emitidos, 102 más 240 votos telemáticos, 342; a favor, 102 más 160 votos telemáticos, 262; en contra, 2 votos telemáticos; abstenciones, 78 votos telemáticos (DS -Congreso de los Diputados-, 19 de noviembre de 2020, p. 82).

Un completo estudio al conjunto de las recomendaciones del Informe en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, (Hierro Hierro, Francisco Javier, Dir., y Coord.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

<sup>25</sup> Cfr. Centro de Investigaciones Sociológicas: *Barómetro de enero 2021. Estudio núm. 3307*, CIS, Madrid, 2021, p. 8, en el que las pensiones ocupaban el lugar 27 como problema para la sociedad española, con apenas un 0.1 de la población que lo fijaba como su principal problema, a diferencia de la situación solo algunos meses antes, Centro de Investigaciones Sociológicas:

acordada por la clase dirigente parecía el mejor antídoto para hacer frente a los retos del sistema.

Sin embargo, aquel se vio nuevamente reactivado, alentado e insuflado en términos economicistas desde finales del año 2021. La reforma del sistema de pensiones del año 2021 y la correlativa derogación normativa (aunque ya lo era de facto porque nunca llegó a implantarse) del factor de sostenibilidad y la sustitución del mecanismo de revalorización de las pensiones a través de su actualización de acuerdo con el IPC real por la eliminación (aunque también durante los últimos años dejado sin aplicación en las correspondientes normas presupuestarias) del índice de revalorización de las pensiones instaurado este en la reforma del año 2013 (dejando de este modo atrás lo que había parecido un espejismo de breve tregua política)<sup>26</sup> centró las críticas de un sector doctrinal<sup>27</sup>.

En este inacabable cuestionamiento acerca de la sostenibilidad del modelo ha surgido en algunas ocasiones, no pocas, el término de cuentas nocionales<sup>28</sup>. Algo no tan próximo ni afable, por cuanto en su denominación ya se perciben elementos numéricos, para las personas del ámbito jurídico y permanente para algunos círculos economicistas y actuariales. El recurso al instrumento de las cuentas nocionales se plantea en el plano económico financiero y actuarial como una posible solución (aunque no se trata de una cuestión unívoca ni pacífica)<sup>29</sup> a las carencias del modelo nacional.

---

*Barómetro de enero 2020. Estudio núm. 3271*, CIS, Madrid, 2020, en el que esta temática se situaba en la posición 10 con un porcentaje del 2.6 ubicándolo en el primer problema (el acceso electrónico a estos documentos puede realizarse en [https://www.cis.es/cis/opencm/ES/11\\_barometros/depositados.jsp?pagina=2&orden=1&desc=null](https://www.cis.es/cis/opencm/ES/11_barometros/depositados.jsp?pagina=2&orden=1&desc=null)).

<sup>26</sup> Cfr. un acertado apunte sobre estas cuestiones en Cruz Villalón, Jesús: “La reforma de Seguridad Social de 2021 en el contexto de la renovación del Pacto de Toledo”, *TL*, núm. 163 (2022), pp. 12 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Vv.Aa.: *Análisis de la reforma de pensiones de 2021*, Instituto de Actuarios Españoles. Colegio Profesional, Madrid, 2022, pp. 13-17 (su acceso telemático en <https://www.actuarios.org/wp-content/uploads/2021/07/Informe-Reformas-SS-2021-Instituto-Actuarios-Jun2022.pdf>).

<sup>28</sup> Cfr. en los trabajos de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, DS *-Congreso de los Diputados-*, núm. 59, de 29 de noviembre de 2016, pp. 19 a 29; núm. 66, de 1 de diciembre de 2016, pp. 2 y ss.; núm. 107, de 2 de febrero de 2017, pp. 2 y ss.; núm. 112, de 8 de febrero de 2017, pp. 2 y ss.; núm. 116, de 9 de febrero de 2017, pp. 2 y ss.; núm. 120, de 15 de febrero de 2017, pp. 2 y ss.; núm. 142, de 8 de marzo de 2017, pp. 2 y ss.; núm. 158, de 15 de marzo de 2017, pp. 2 y ss.; núm. 169, de 22 de marzo de 2017, pp. 17 y ss.; núm. 546, de 26 de junio de 2018, pp. 2 y ss., y núm. 51, de 5 de marzo de 2020, pp. 2 y ss.

<sup>29</sup> A título de ejemplo, manifestando su posición en contra, el señor Zubiri Oria, catedrático de Economía Aplicada y Hacienda Pública de la Universidad del País Vasco (DS *-Congreso de los Diputados-*, núm. 59, cit., pp. 19 a 29) y a favor el señor Herce San Miguel, director asociado de economía aplicada de Analistas Financieros Internacionales, profesor titular de Fundamentos del Análisis Económico en la Universidad Complutense de Madrid y profesor de la Escuela de Finanzas Aplicadas (DS *-Congreso de los Diputados-*, núm. 66, de 1 de diciembre de 2016, pp. 2 y ss.) y Conde-Ruiz, J. Ignacio: “Pensiones del siglo XXI”, *Papeles de Economía Española*, núm. 161 (2019), pp. 38 y ss., tras descartar como opciones plausibles por insuficientes el incremento de las

Es el objetivo de la presente colaboración llevar a cabo una aproximación en términos jurídicos a la realidad de las cuentas nocionales. Hasta la fecha son numerosas las ocasiones en las que se ha realizado este acercamiento en términos actuariales, con documentos repletos de fórmulas matemáticas que introducen diferentes valores hasta alcanzar el objetivo perseguido<sup>30</sup>. No se conoce, sin embargo, que exista un interés mayoritario sobre este campo desde el plano jurídico-laboral<sup>31</sup>. Es aquí, en esa lectura con un prisma normativo, donde entronca el valor de este trabajo, complementando algunas visiones realizadas con perspectiva de derecho comparado.

Para ello, en primer lugar, se ha de glosar siquiera brevemente la situación de alguno de los países del entorno europeo que han adoptado este modelo y su modelo transitorio. Para a reglón seguido analizar ese marco jurídico. No sin dejar constancia con carácter previo de que hasta la fecha la posición contraria a fijar un modelo de estas características en el territorio nacional es manifiesta y ampliamente mayoritaria (pese a las continuas y reiteradas manifestaciones realizadas por ciertos sectores sobre las bondades que implica ese modelo).

## II. UNA PROPUESTA HASTA AHORA NO QUERIDA

Entre los distintos instrumentos que pueden emplearse para identificar la voluntad de las fuerzas políticas con representación en las Cámaras sobre cuáles han de ser los designios futuros del sistema de la Seguridad Social (es decir, sobre los posibles

---

cotizaciones, la creación del pleno empleo, el aumento de los salarios o la subida de impuestos generales.

Apoiando esta segunda posición también se encuentra el Círculo de Empresarios, para quienes “la adopción de un sistema de cuentas nocionales, como ya existe en países como Suecia e Italia, es la solución más eficaz. Esta iniciativa daría transparencia al sistema, sería financieramente independiente de los Presupuestos Generales del Estado y permitiría a los ciudadanos ejercer su libertad de decidir cómo se jubilan y qué diferimiento de rentas quieren hacer para planificar mejor su futuro” (*Carta abierta a los futuros legisladores y gobernantes* (su acceso electrónico en [https://circulodeempresarios.org/app/uploads/2023/07/Carta-abierta-a-los-futuros-Legisladores-y-Gobernantes\\_julio-2023.pdf](https://circulodeempresarios.org/app/uploads/2023/07/Carta-abierta-a-los-futuros-Legisladores-y-Gobernantes_julio-2023.pdf)).

<sup>30</sup> Entre otros muchos estudios, recientemente pueden citarse: Sáez de Jáuregui Sanz, Luis María: “Cambiar sin cambiar: pasos hacia la equivalencia entre el vigente sistema español de Reparto y un sistema de Cuentas Nocionales”, *Actuarios*, núm. 42 (2018) (Ejemplar dedicado a: Pensiones), pp. 51-54; De la Peña Esteban, Joseba Iñaki: “Luces y sombras del sistema de cuentas nocionales”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, núm. 25 (2019), pp. 55-76; García López, Esther: “Cuentas nocionales, la respuesta a las pensiones: Su aplicación haría más justo y sostenible el sistema público de pensiones”, *Inversión: el semanario líder de bolsa, economía y gestión de patrimonios*, núm. 1128 (2019); Devesa Carpio, José Enrique: “Los sistemas de cuentas nocionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España”, *RTySS (CEF)*, núm. 442 (2020), pp. 63-91 y Boado Penas, María del Carmen: “Reformas del sistema de pensiones: la experiencia sueca”, *Documentos de trabajo (FEDEA)*, núm. 3 (2021), pp. 1-26.

<sup>31</sup> Cfr. García Murcia, Joaquín y Rodríguez Cardo, Iván Antonio: “Perspectiva comparada de las medidas de sostenibilidad del sistema de pensiones en Europa”, *TyD*, núm. 2 (2015), LA LEY 6621/2015, pp. 5 y ss.

modelos a seguir) quizá el que mejor extracte el sentir común y mayoritario sea el expresado en los trabajos llevados a cabo por la Comisión de Presupuestos, primero (1995)<sup>32</sup>; por la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, después (2003)<sup>33</sup>, y por Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo en última instancia (2011<sup>34</sup> y 2020<sup>35</sup>)<sup>36</sup>.

En este sentido, y hace algo más de veinticinco años, el 6 de abril de 1995 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobaba sin modificaciones el texto aprobado por la Comisión de Presupuestos el día 30 de marzo de igual año sobre la base del Informe emitido por la Ponencia, constituida en su seno, para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. En este se asevera de manera tajante, en la determinación específica sobre las líneas de actuación y de reformas a acometerse, que esas exigencias “teóricas de sustituir el actual sistema de reparto y solidaridad intergeneracional por otro basado en la capitalización del sistema público de pensiones y en la previsión individual, es rechazable por razones sociales e inviable técnicamente”. Y continúa el documento sosteniendo que “una hipotética transformación en profundidad del actual sistema, con reformas de tal envergadura que lo hiciera irreconocible es, asimismo, descartable por la injusticia que sufrirían la actual generación de trabajadores en activo”. En esencia, “la Ponencia aboga por hacer viable financieramente el actual modelo de Seguridad Social y continuar avanzando en su perfeccionamiento”<sup>37</sup>.

Algún tiempo después (año 2003), en la primera actualización de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, se insiste en la misma idea. Tal vez de una manera no tan expresa y nítida como lo fuera en el documento originario, pero con iguales efectos. En el texto de la recomendación núm. 13, “Solidaridad y garantía de suficiencia”, puede leerse que la “Comisión considera conveniente seguir reforzando el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia de las pensiones en la medida en que la situación financiera lo permita”<sup>38</sup>. No parecen tener encaje otras fórmulas, más allá del carácter complementario de los sistemas de ahorro y protección social, tanto

---

<sup>32</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 134, de 12 de abril de 1995, pp. 1 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 596, de 2 de octubre de 2003, pp. 1 y ss.

<sup>34</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 513, de 31 de enero de 2011, pp. 1 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 187, cit., pp. 4 y ss.

<sup>36</sup> Una síntesis de estos puede leerse en Elorza Guerrero, Fernando: “La cotización a la Seguridad Social en la reforma del Pacto de Toledo de 2020”, en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, cit., pp. 249-267.

<sup>37</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 134, cit., p. 15.

<sup>38</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 596, cit., p. 96.

individuales como colectivos, promocionados con nitidez en la recomendación núm. 14 (en la que se insta a seguir ahondando en políticas que permitan avanzar hacia un sistema complementario, y siempre desde este plano aledaño y de acompañamiento al elemento nuclear diseñado en torno al modelo de gestión pública).

En ese avance continuo de transformación del sistema, en la segunda renovación de las Recomendaciones (año 2011), por si hubiera algún tipo de duda en el trayecto realizado sobre cuál es el modelo de protección social implementado y el que ha de seguirse, se introduce una nueva Recomendación, numerada como 0. El sentir de la Comisión no permanente con la redacción de esta recomendación es indubitado por dos aspectos. De una parte, por el valor intrínseco que implica su inclusión como recomendación 0, es decir, en el frontispicio del documento, la antesala de todo lo que está por venir. De otra, por su tenor literal, “la Comisión defiende el mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones, basado en el reparto y en la solidaridad”<sup>39</sup>. Es claro que el conjunto del sistema, el resto de las recomendaciones debe de continuar el camino trazado, con una apuesta más que evidente por el sistema de reparto y de solidaridad intergeneracional<sup>40</sup>, elementos clave del modelo.

En el tiempo intermedio hasta la última renovación del Pacto de Toledo del año 2020 fueron numerosas las ocasiones<sup>41</sup> en las que se abogaba por la reforma profunda e intensa del sistema<sup>42</sup>. De entre el amplio colectivo de personas que comparecieron en los trabajos preparatorios de la Comisión de Seguimiento, un bloque no desdeñable manifestaba abiertamente las bondades que pudiera acarrear la transformación del modelo y la instauración del sistema de cuentas nocionales. Se insistía en que la propuesta realizada, la implantación del sistema de cuentas nocionales, no altera las reglas maestras del modelo en tanto que continúa siendo de reparto (las cotizaciones presentes hacen frente a las pensiones actuales). Se afirma en tal sentido que es “la incorporación al sistema de reparto de instrumentos financiero-actuariales utilizados en el

---

<sup>39</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 513, cit., p. 23.

<sup>40</sup> En el mismo sentido, cfr. Monereo Pérez, José Luis y Rodríguez Iniesta, Guillermo: “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 25 (2020), p. 14, con referencia a las afirmaciones contenidas en las recomendaciones 9, 10 y 11 de los sucesivos Informes 1995, 2003 y 2011, respectivamente.

<sup>41</sup> Cfr. nota núm. 21.

<sup>42</sup> Posiblemente la más llamativa, la encendida defensa del modelo de capitalización llevada a cabo por el señor Díez Nicolás en su comparecencia en la Comisión de Seguimiento, abogando arbitrando los períodos transitorios necesarios (DS -*Congreso de los Diputados*-, núm. 142, cit., pp. 2 y ss.).

sistema de capitalización [...]. Esto es, las Cuentas Nocionales introducen la lógica de la capitalización en el sistema de reparto<sup>43</sup>, haciendo convivir ambos modelos.

Pese a ello, y con carácter previo al inicio de los trabajos de la Comisión de Seguimiento, las Cámaras ya se habían pronunciado abiertamente sobre las líneas maestras del sistema de protección social. Una muestra más de que esa opción no es abrazada en un horizonte próximo en el ordenamiento jurídico interno y de que todos los esfuerzos por cambiar el modelo resultarían en vano.

Se constata claramente la postura mayoritaria del Congreso de los Diputados en la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, relativa a alcanzar un gran pacto nacional para fortalecer y garantizar nuestro sistema público de pensiones dentro del marco del Pacto de Toledo<sup>44</sup>, que votada en los términos de la enmienda transaccional presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, Socialista, Ciudadanos, Vasco (PNV) y Mixto dio el siguiente resultado: votos emitidos, 339; a favor, 267; abstenciones, 72<sup>45</sup>.

El tenor de la Proposición no de Ley es el siguiente:

«El Congreso de los Diputados reitera su firme compromiso con el mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones, basado en el reparto y en la solidaridad, y manifiesta la necesidad de alcanzar, en el ámbito de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, un nuevo acuerdo parlamentario, en orden a seguir garantizando el futuro del sistema público de pensiones y prestaciones de la Seguridad Social.

A tal fin, el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que inicie urgentemente el diálogo social con los interlocutores sociales, presentando una estrategia concreta de medidas a adoptar para asegurar unas pensiones que, en el ámbito contributivo, sigan cumpliendo su papel de sustitución adecuada de las rentas de activo y, en el ámbito no contributivo, posibiliten unas rentas dignas y suficientes, todo ello en un marco de equilibrio financiero que garantice la viabilidad de futuro del sistema, considerando la posibilidad de complementar los déficits del sistema mediante ingresos fiscales.

---

<sup>43</sup> Cfr. Devesa Carpio, José Enrique *et alrri: La implantación de un Sistema de cuentas nocionales en España. Efectos sobre el sistema de seguridad social*, Instituto Santa Lucía, Madrid, s.f., p. 7.

Quizá, aunque se mantenga el régimen de reparto, el cambio sí que sea sustancial e importante, sustituyéndose la lógica de la solidaridad por la de la capitalización, esto es, la de la individualización del riesgo frente a su socialización.

<sup>44</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 18, de 21 de septiembre de 2016, p. 15.

<sup>45</sup> Cfr. DS -*Congreso de los Diputados*-, núm. 16, de 22 de noviembre de 2016, p. 47.

Más que nunca se observan ahora puntos de vista diferentes en los grupos políticos.



Una vez alcanzado ese acuerdo, el Gobierno presentará la oportuna propuesta a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, que, tras el correspondiente debate parlamentario, posibilite alcanzar un nuevo pacto político, que contenga nuevas recomendaciones y orientaciones, que permitan reforzar los principios en los que se basa nuestro sistema público de pensiones, como son los de la solidaridad, equidad y contributividad, atendiendo a la suficiencia y adecuación de las pensiones públicas, contributivas y no contributivas, y la sostenibilidad económico-financiera de las mismas»<sup>46</sup>.

Resulta palmaria una vez más la voluntad mayoritaria de la Cámara Baja.

No cabe olvidar, no obstante, que las posturas intermedias, mixtas o híbridas, esto es, la convivencia del sistema de reparto basado en la solidaridad y la equidad con regímenes de capitalización colectivos o individuales son defendidas y alentadas desde años atrás y en buena parte conviven en el escenario actual<sup>47</sup>, viéndose alterado recientemente el juego de contrapesos entre los modelos individuales y colectivos<sup>48</sup>.

En fin, tras los trabajos (y fracasos) de la Comisión de Seguimiento y Evaluación<sup>49</sup>, a finales del año 2020 veía la luz un nuevo *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo* (2020)<sup>50</sup>. Al igual que hiciera su antecesor, el documento en vigor reproduce una Recomendación 0 bajo la rúbrica “Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones”<sup>51</sup>. Lejos queda la oración lacónica (aunque llena de contenido y de sentir) del año 2011. La retórica se apodera de sus Señorías y adornan con elocuencia el mensaje hacia las personas jóvenes, el Estado de bienestar.... En lo que ahora interesa, el Congreso de los Diputados:

---

<sup>46</sup> Cfr. BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 62, de 1 de diciembre de 2016, pp. 12-13.

<sup>47</sup> Una crítica a la posibilidad de la obligatoriedad de estos sistemas mixtos, Costa Reyes, Antonio: “¿Reformar las pensiones de nuevo? Cambio o desconfiguración”, *NREDT*, núm. 198 (2017), pp. 179-219.

<sup>48</sup> Cfr. Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

Un completo estudio a la disposición legal en Monereo Pérez, José Luis y Martín-Serrano Jiménez, Enrique: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensión de empleo*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 1-516.

<sup>49</sup> Un completo estudio sobre estos trabajos preparatorios, en Hierro Hierro, Francisco Javier: *Pasajes de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (2016-2020): unas recomendaciones que han tardado en llegar*, Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 1-359.

<sup>50</sup> Cfr. BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 187, cit., pp. 4 y ss.

<sup>51</sup> Acorde con los postulados expresados por el Congreso de los Diputados en el año 2016.

“- Reafirma su compromiso en el mantenimiento, mejora y adaptación del sistema público de Seguridad Social y, especialmente, del sistema de pensiones, basado en la solidaridad intergeneracional y en el seno de cada generación, y a través del reparto equitativo de las cargas.

- Se opone a cualquier transformación radical del sistema que suponga una ruptura de los principios en que se asienta el actual, en especial los de solidaridad intergeneracional e intrageneracional, suficiencia de prestaciones, equidad en el reparto de las cargas y responsabilidad pública en la dirección y gestión del sistema”<sup>52</sup>.

Como asevera un sector de la doctrina científica laboralista, lo que traslada esta recomendación de manera manifiesta “es el apoyo del arco parlamentario al modelo de reparto que ha caracterizado a nuestra Seguridad Social, en un momento en que la introducción de elementos de capitalización es una opción que ha venido cobrando fuerza con el paso de los años”<sup>53</sup>.

El transcurso de los años y la zozobra generada por el mantra acerca de las dudas de la viabilidad o sostenibilidad del sistema público de pensiones (una y otra vez traído a escena) no han servido para mermar el sentir mayoritario de las Cámaras y su apuesta clara y decidida (con las reformas necesarias) por el modelo de reparto basado en la solidaridad intergeneracional e intrageneracional. Mostrando además ahora de manera expresa que es precisa e inaplazable una labor constante de pedagogía y didáctica sobre las virtudes del sistema actual, con la que desbaratar los anuncios “catastróficos” de los problemas de sostenibilidad<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 187, cit., p. 50.

A ello ha de añadirse en esta ocasión la inclusión de una consideración preliminar en la que se insiste en la misma idea. Se asevera que “el Pacto de Toledo se fundamenta en el compromiso firme y duradero de velar por que no se vean mermados los derechos que dimanar de la formulación social del Estado; derechos que son posibles gracias a la solidaridad intergeneracional e intrageneracional, propia del sistema de reparto, que nos vincula unos a otros por encima de la mera justicia contable que es propia de los sistemas de capitalización [...]”. Una muestra más del rechazo a otras vías alternativas.

Cfr. Monereo Pérez, José Luis y Fernández Bernat, Juan Antonio: “La opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones”, en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, cit., pp. 62 y ss., sobre estas declaraciones solemnes.

<sup>53</sup> Cfr. Elorza Guerrero, Fernando: “La cotización a la Seguridad Social en la reforma del Pacto de Toledo de 2020”, en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, cit., pp. 268-269.

<sup>54</sup> Cfr. Tortuero Plaza, José Luis y Vila Tierno, Francisco: “Solidaridad y suficiencia. La construcción silenciosa de un cambio de modelo”, en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, cit., pp. 667-668 e incidiendo en esa faceta didáctica, pp. 672 y ss.

No solo es suficiente reformar y garantizar este, sino que se exige llegar a la ciudadanía para que sea comprendido y defendido en todos los extremos. Se fija la Comisión la nada simple encomienda de trasladar las bondades del sistema ante un discurso quizá machaconamente extendido que ensancha incertidumbres sobre su viabilidad.

De ahí que, de manera expresa y reiterada, se exponga otra vez (actualizando los criterios empleados en las ediciones previas) el modelo querido<sup>55</sup>. Cual aviso a navegantes de que el trazo es claro y las intencionalidades alternativas siempre han de ser vistas con elementos de complementariedad, nunca como instrumentos principales o nucleares, se recogen las afirmaciones vertidas.

Ello, sin embargo, no impide que los cuestionamientos continúen abiertos y sea interesante mostrar modelos alternativos, bien porque las reformas hasta ahora realizadas parecen no haber encontrado la solución definitiva; bien porque en esa transversalidad de medidas que se suceden en el tiempo en alguna ocasión (se antoja lejana) haya de implementar opciones hasta ahora situadas fuera del tablero.

### **III. SU PUESTA EN MARCHA EN OTROS PAÍSES**

#### **1. Un apunte sobre la concreción territorial**

Son varios los países del entorno europeo que en las últimas décadas han instaurado modelos mixtos de Seguridad Social (entiéndase, con referencia a la materia que ocupa la presente colaboración, su traslación o giro secuencial hacia cuentas teóricas individualizadas y no como sistemas en los que convivan con carácter preponderante modelos públicos con mecanismos privados de cobertura ante la vejez). En estos, si no se han priorizado los sistemas basados en las cuentas nocionales con carácter absoluto, sí que se han incluido en sus dinámicas los instrumentos de los que se da cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación en un discurrir a medio y largo plazo, esto es, con amplios períodos transitorios. Ello trastoca, no obstante, de manera significativa la lógica sostenida en el tiempo con relación a los modelos de reparto y solidaridad intergeneracional y, en definitiva, de socialización del riesgo aparejado a la senectud como regla o premisa básica de los sistemas de pensiones mayoritarios.

Lejos de pretender ahora realizar una aproximación (con mayor o menos éxito ante la variedad de situaciones posibles, si bien el fundamento de base es único) a cada una de

---

<sup>55</sup> Cfr. Monereo Pérez, José Luis y Fernández Bernat, Juan Antonio: “La opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones”, en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, cit., p. 49.

las legislaciones de estos territorios<sup>56</sup>, se ha optado por llevar a cabo el análisis con cierto detalle del régimen aplicable a uno de los países con los que se guarda mayor similitud, esto es, Italia.

La argumentación que sostiene esta elección se centra en dos elementos clave:

a) el primero de ellos, por su población, superior en número a la española, pero con cifras más próximas a esta que el resto de los países donde se ha instaurado el sistema de cuentas nacionales (Suecia, Letonia o Polonia)<sup>57</sup>; y,

b) el segundo, porque de nuevo enlazando con el Informe del Banco de España de enero del año 2023 con el que se inicia este estudio Italia es el segundo país de la Unión Europea en el año 2019 con mayor gasto en pensiones, solo por detrás de Grecia. Ambos países presentan un porcentaje superior al 15% del PIB<sup>58</sup> y al que según las previsiones realizadas por el órgano supervisor iremos a la zaga en los próximos años dejando atrás las cifras (ya de por sí incómodas) que nos sitúan en un gasto en torno al 12% del PIB. Al que se une, como se ha mencionado *supra*, que el elemento nuclear es concurrente, a pesar de las múltiples diferencias (con relación a la edad, períodos de cotización exigido...) que pudieran estar presentes entre los distintos países en los que es de aplicación.

---

<sup>56</sup> Ampliamente estudiado desde el prisma actuarial, cfr. Devesa Carpio, José Enrique *et altri*: *La implantación de un Sistema de cuentas nacionales en España. Efectos sobre el sistema de seguridad social*, cit., pp. 16 y ss.; Devesa Carpio, José Enrique y Vidal Meliá, Carlos: "Cuentas Nacionales de Aportación Definida (NDC's). ¿Cuál hubiera sido el Efecto de su Implantación en el Sistema de Pensiones Español?", *Moneda y Crédito*, núm. 219 (2004), pp. 101 y ss., y Vidal Meliá, Carlos *et altri*: "Cuentas nacionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados", *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, núm. 8 (2002), pp. 137 y ss.

Especialmente ha sido objeto de atención para la doctrina científica (actuarial) el modelo sueco. Cfr. De las Heras Camino, Alicia: "El sistema de pensiones sueco. Cuentas nacionales y factor de sostenibilidad", *RTySS (CEF)*, núm. 363 (2013), pp. 59 y ss.; Calvo Végez, Juan: "Análisis comparado de los sistemas de pensiones vigentes en los principales Estados de la Unión Europea", *RAD*, núm. 11 (2018), BIB 2018\14143, pp. 13-17 y Boado Penas, María del Carmen: "Reformas del sistema de pensiones: la experiencia sueca", cit., pp. 1-26 y "La experiencia sueca", *Mediterráneo Económico*, núm. 34 (2021), pp. 187 y ss. En la disciplina jurídica-laboral, cfr. García Murcia, Joaquín y Rodríguez Cardo, Iván Antonio: "Perspectiva comparada de las medidas de sostenibilidad del sistema de pensiones en Europa", cit., p. 5 y Camós Victoria, Ignacio *et altri*: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 75 y ss.

<sup>57</sup> Con niveles de población significativamente inferiores. Los datos de población de estos territorios pueden consultarse en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL?locations=IT>, fijándose en el año 2021 en 10.415.000, 1.884.000 y 37.747.000 personas, respectivamente.

<sup>58</sup> Recuérdese que en el Informe "El gasto en pensiones en España en comparativa europea" se afirma que "bajo el factor demográfico proyectado en 2050 y manteniendo el resto de los factores constantes, España pasaría a ser el tercer país de la UE con el gasto en pensiones más alto (tras Grecia e Italia)", cfr. Martín, Miguel Ángel y Ramos, Roberto: "El gasto en pensiones en España en comparativa europea", cit., p. 10.

Llegados a este punto, por tanto, corresponde ahora llevar a cabo un acercamiento al régimen jurídico italiano<sup>59</sup>, observando su evolución reciente y regulación actual.

## 2. El modelo italiano

### 2.1. Una vía a explorar

En nada parecen distanciarse los problemas demográficos de la sociedad italiana (y desajustes numéricos en su sistema de protección social como consecuencia directa) a los que, con brevedad, han quedado expuestos *supra* con relación a España.

En un estudio que en los tiempos presentes pudiera calificarse como clásico se sostiene que en la Italia en los años 80 y 90<sup>60</sup> el esquema redistributivo y de cobertura pública contra los riesgos sociales comenzó “a confrontar mayores dificultades por los profundos cambios producidos en las estructuras familiares y en el mercado del trabajo, mostrando una cierta incapacidad para responder a las emergentes necesidades sociales”<sup>61</sup>.

Fue en esa década de los noventa cuando el sistema de protección italiano hizo frente a una situación que se vaticinaba como crítica mediante una reforma estructural<sup>62</sup>. La conocida Reforma Dini llevada a cabo mediante la Ley 335/1995, de 8 de agosto, bajo la rúbrica *Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare*<sup>63</sup>, introdujo cambios relevantes en la fórmula de cálculo de la pensión de jubilación. Como se ocupa

---

<sup>59</sup> Recientemente sobre las reformas habidas en este sistema, cfr. Topo, Adriana y Pensabene Lioni, Giuseppina: “El sistema de pensiones en Italia. Las últimas reformas, un enfoque sobre la pensión de jubilación y reflexiones sobre el margen de sostenibilidad y adecuación”, en Vv.Aa.: *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores* (Vila Tierno, Francisco y Gutiérrez Bengoechea, Miguel, Dirs., y Gómez Salado, Miguel Ángel, coord.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 119-148.

<sup>60</sup> Espacio temporal que también puede vincularse a la realidad española.

<sup>61</sup> Cfr. Gentile, Alessandro: “El plan de reforma del sistema de pensiones italiano. Las características de una transición estructural”, *Unidad de Políticas Comparadas. CSIC*, Documento de trabajo 04-01 (2004), pp. 6 y 15 y ss., sobre los indicadores demográficos, la ratio de pensiones y personas ocupadas o el gasto en pensiones con relación al PIB.

<sup>62</sup> Cfr. Vidal Meliá, Carlos *et alrri*: “Cuentas nocionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados”, cit., pp. 167-169.

En términos más gruesos, se puso en marcha “una radical reorganización del sistema de pensiones”, Salafia, Antonio: “El proyecto de ley de reforma de los regímenes de pensiones estatutario y complementario”, *Revista internacional de Seguridad Social*, vol. 48, núms. 3-4 (1995), p. 165.

<sup>63</sup> Cfr. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 190, 16 agosto 1995, pp. 3 y ss.

Su acceso electrónico en: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-08-08;335>.

de señalar la propia norma en el apartado 1 de su art. 1, con ella se redefine el sistema de pensiones<sup>64</sup>.

A tal fin, rediseña el modelo de pensiones haciendo convivir distintos escenarios<sup>65</sup>, el tradicional (vigente hasta aquel momento para quienes cumplieran una serie de requisitos), uno mixto (en el que se combinan el antiguo y el nuevo según los años de permanencia en los mismos, a prorrata) y la regulación a aplicar tras su entrada en vigor (para quienes a partir de una determinada fecha se incorporaran al sistema de la Seguridad Social sin que existieran períodos, en consecuencia, de cotización previa)<sup>66</sup>.

Así, de una parte, para aquellas personas que se encontraran inscritas en el sistema de previsión social a fecha 31 de diciembre de 1995 y contaran con un período de cotización de al menos dieciocho años, su pensión sería calculada conforme a la normativa vigente en aquel momento, esto es, al sistema 'retributivo' (apartado 13 del art. 1 de la Ley 335/1995, de 8 de agosto)<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. con profundo detalle sobre su regulación precedente y el texto reformador, calificándose como "la revolución de las pensiones" o "reforma ambiciosa" cfr. Carrascosa Bermejo, María Dolores: "La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia", *TL*, núm. 48 (1998), pp. 81-134.

Brevemente sobre tales aspectos y la regulación posterior, cfr. Gentile, Alessandro: "El plan de reforma del sistema de pensiones italiano. Las características de una transición estructural", cit., pp. 8 y ss., y Cardona Rubert, María Belén y Morro López, José Javier: "Breve comentario a la Ley 335/1995, de 8 de agosto, de reforma del sistema de pensiones italiano", *RTySS*, núm. 21 (1996), pp. 131 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. Camós Victoria, Ignacio *et alrri*: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, cit., pp. 113-115.

<sup>66</sup> Cfr. Carrascosa Bermejo, María Dolores: "La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia", cit., pp. 101 y ss., para quien esta reforma supondrá "la desaparición paulatina del sistema de cálculo retributivo, caracterizados por su falta de previsión actuarial, y la implantación de un nuevo sistema de cálculo contributivo. Encargado de reconstruir el nexo de unión entre el monto de la pensión y las cotizaciones satisfechas a lo largo de toda la vida laboral", alejado, no obstante, del modelo asegurativo del pasado.

En igual sentido, cfr. Fernández Collados, María Belén: "Luces y sombras de la reforma de la pensión de jubilación en Italia: su aplicabilidad al caso español (1)", *AL*, núm. 13 (2012), LA LEY 6990/2012, p. 6, ya que esta reforma de "sólida reestructuración de los cimientos" del sistema de Seguridad Social aborda la desaparición gradual del sistema de cálculo retributivo.

<sup>67</sup> En tales supuestos la cuantía de la pensión de jubilación sería calculada sobre la media de las retribuciones anuales de los últimos 10 años, aplicándosele el porcentaje correspondiente de acuerdo con los años de cotización.

Cfr. Carrascosa Bermejo, María Dolores: "La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia", cit., pp. 132-133, quien critica esta protección respecto de los intereses de aquel colectivo de personas trabajadoras que permanece inmune a la reforma, manteniendo inalterado el régimen jurídico de sus pensiones, en tanto que se hace recaer sobre las personas más jóvenes su sostenimiento. No solo serán estas quienes recibirán pensiones inferiores, conforme a las nuevas fórmulas de cálculo con filosofía privatista (giro hacia el modelo de capitalización), sino que además serán estas mismas las han de hacer frente con sus cotizaciones (mantenimiento del sistema de reparto) al abono de las "generosas pensiones del grupo privilegiado que les precedió". Aspecto este, sostiene la autora, que "atenta de nuevo contra el pacto generacional que debe existir en un sistema de financiación de reparto".

De otra, para las personas afiliadas al sistema en igual fecha que la indicada en el párrafo precedente (31 de diciembre de 1995), pero que no cumplan la exigencia de tener cotizados al menos dieciocho años, su pensión de jubilación se determina con carácter híbrido. Se suma a la parte correspondiente calculada según el sistema 'retributivo' por la antigüedad adquirida antes del 31 de diciembre de 1995 la parte resultante de aplicar el nuevo sistema 'contributivo' según los años adicionales de cotización a partir de la fecha indicada (apartado 12 del art. 1 de la Ley 335/1995, de 8 de agosto)<sup>68</sup>.

Por último, y en tercer lugar, el nuevo régimen instaurado<sup>69</sup>. Para aquellas personas que no cumplieran las exigencias anteriores (estar afiliados a 31 de diciembre de 1995 y períodos de carencia) la cuantía de la pensión se calcula mediante el sistema 'contributivo', esto es, aplicando al importe individual de las cotizaciones realizadas (revalorizadas) un porcentaje (el coeficiente de transformación o conversión) variable de acuerdo con la edad de la persona trabajadora en el momento de la jubilación y la

---

<sup>68</sup> Con ciertos ajustes acometidos sobre la edad de jubilación retrasada a los sesenta y cinco años para los varones y a los sesenta para las mujeres, señalado inicialmente en los 57 años para ambos colectivos, o los períodos de carencia exigidos siempre al alza. Cfr. art. 1.6.b) de la Ley 243/2004, de 23 agosto, bajo la denominación *Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria* (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 222, 21 septiembre 2004); art. 1.2 de la Ley 247/2007, de 24 de diciembre, *Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale* (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 201, 29 diciembre 2007) y art. 1 de la Ley 214/2011, de 22 diciembre, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici* (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 30, 27 diciembre 2011) donde esos límites de edad se ven nuevamente ampliados.

Sobre estas y los supuestos de jubilación anticipada, cfr. Fernández Collados, María Belén: "Luces y sombras de la reforma de la pensión de jubilación en Italia: su aplicabilidad al caso español (1)", cit., p. 1, quien señala la complejidad de realizar una 'foto fija' de la regulación de la pensión de jubilación en Italia, por cuanto una de las máximas de las constantes reformas ha sido la conservación de los derechos adquiridos y la gradualidad en la entrada en vigor de las modificaciones, dando lugar a un sistema vigente o aplicable a cada persona trabajadora en concreto; D'Avino Emilia: "El sistema de jubilaciones en Italia y la última inversión de tendencia: la pensión anticipada a través de la *quota 100*", en Vv.Aa.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, (Monereo Pérez, José Luis y Maldonado Molina, Juan Antonio, Dirs.), Editorial Comares, Granada, 2019, pp. 605 y ss.; Topo, Adriana y Pensabene Lioni, Giuseppina: "El sistema de pensiones en Italia. Las últimas reformas, un enfoque sobre la pensión de jubilación y reflexiones sobre el margen de sostenibilidad y adecuación", en Vv.Aa.: *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*, cit., p. 128 y sobre la ampliación de la edad de jubilación y períodos exigidos para el lucro de la prestación, pp. 131 y ss., y Casale, Davide: "La reforma del sistema de pensiones italiano de 2019: ¿un empeoramiento de la insostenible desigualdad del sistema de protección social?", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 22 (2020), pp. 185 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. sobre tales extremos, Topo, Adriana y Pensabene Lioni, Giuseppina: "El sistema de pensiones en Italia. Las últimas reformas, un enfoque sobre la pensión de jubilación y reflexiones sobre el margen de sostenibilidad y adecuación", en Vv.Aa.: *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*, cit., pp. 125-126.

esperanza de vida específica de la cohorte que se jubila ese año<sup>70</sup> (apartado 6 del art. 1 de la Ley 335/1995, de 8 de agosto)<sup>71</sup>.

Lo que se asemeja, no puede dejar de mencionarse por obvio que resulte, de manera clara al sistema de capitalización, donde la contributividad (la aportación) durante los años de actividad laboral es llevada a su grado extremo<sup>72</sup>. La cuantía de la pensión de jubilación es calculada de acuerdo con las aportaciones realizadas, estableciéndose una correspondencia estrecha y directa entre las contribuciones realizadas y la prestación a recibir. Donde, además, no se olvide, se incluye un elemento adicional según sea la

<sup>70</sup> Que se corresponde como sigue:

TABELLA A.  
n. articolo 1, comma 40

Coefficienti di trasformazione

Distanti	Età	Valori
21,1869	57	4,720%
20,5769	58	4,860%
19,9769	59	5,006%
19,3869	60	5,163%
18,7969	61	5,334%
18,2169	62	5,514%
17,6369	63	5,706%
17,0569	64	5,911%
16,4769	65	6,134%

tasso di sconto = 1,5%

Año 1995

COEFFICIENTI DI TRASFORMAZIONE

Età	Divisori	Valori
57	23,892	4,186%
58	23,314	4,289%
59	22,734	4,399%
60	22,149	4,515%
61	21,558	4,639%
62	20,965	4,770%
63	20,366	4,910%
64	19,763	5,060%
65	19,157	5,220%
66	18,549	5,391%
67	17,938	5,575%
68	17,324	5,772%
69	16,707	5,985%
70	16,090	6,215%
71	15,465	6,466%

tasso di sconto = 1,5%

De acuerdo con la redacción dada por el DECRETO de 1 de junio de 2020, denominado *Revisione triennale dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo* (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 147, 11 junio 2020, p. 196)

Cfr. Carrascosa Bermejo, María Dolores: “La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia”, cit., pp. 107 y ss., quien ya vaticinaba que los porcentajes no permanecerían invariables, de ahí su inclusión en las tablas anexas.

<sup>71</sup> Cfr. Gentile, Alessandro: “El plan de reforma del sistema de pensiones italiano. Las características de una transición estructural”, cit., pp. 39, describiendo con profusión las fórmulas de cálculo de la pensión de jubilación en el sistema ‘retributivo’ y ‘contributivo’ y los claros efectos negativos que tiene sobre la cuantía de las pensiones la reforma efectuada, p. 11, suponiendo una reducción que podría llegar hasta el 35% para los supuestos de personas trabajadoras autónomas en el año 2050.

Con enorme detalle y clara exposición de la fórmula de cálculo, cfr. Carrascosa Bermejo, María Dolores: “La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia”, cit., pp. 104 y ss., siendo en la p. 110 en la que se afirma que esta nueva fórmula de cálculo de las pensiones implicará un ahorro para el sistema, en tanto que la aplicación de la reforma dará lugar al reconocimiento de pensiones en cuantía inferior a las generadas mediante el modelo anterior; y Cardona Rubert, María Belén y Morro López, José Javier: “Breve comentario a la Ley 335/1995, de 8 de agosto, de reforma del sistema de pensiones italiano”, cit., pp. 134-135.

<sup>72</sup> Cfr. Carrascosa Bermejo, María Dolores: “La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia”, cit., pp. 108-109, quien señala que, aunque este modelo “parezca situarnos en el marco de un sistema de financiación basado en la capitalización de las cotizaciones, al no haber variado el sistema de financiación que continúa siendo de reparto, se trata de una impresión errónea”.



esperanza de vida de la persona beneficiaria<sup>73</sup> y la edad de jubilación. Si bien, con la inclusión de elementos correctores que minimizan sus efectos directos.

Pese a ello, es frecuente que se recurra a términos ‘decorosos’ para referirse a esta situación, aludiéndose a un sistema mixto de financiación de las prestaciones de Seguridad Social. No se falta a la verdad con esta referencia. La convivencia de la lógica de la capitalización (aportación realizada y cuantía de la prestación futura) con el modelo de reparto (las cotizaciones del presente son empleadas para hacer frente a los gastos del sistema actuales) llevan a la creación de una figura nueva e intermedia que es el denominado sistema de cuentas nocionales de cotización definida, cotización definida nocional<sup>74</sup> o cuentas teóricas individualizadas. Por tanto, se aleja la posibilidad de utilización de un modelo de capitalización puro. A la par que se distancia de las reglas maestras en las que se sustenta el hasta entonces conocido sistema de reparto basado con carácter preeminente en la solidaridad intergeneracional.

Se van dando pasos con estos regímenes mixtos o híbridos, en fin, desde la socialización del riesgo en términos generales, que se mantiene presente de manera atenuada, a la individualización del riesgo para el cálculo de la prestación por jubilación. La cuantía de la prestación depende, junto a otros factores de relevancia menor y la aplicación de coeficientes correctores, mayoritariamente de las cantidades aportadas por la persona trabajadora durante su vida profesional.

Todo parece apuntar que este modelo (de cuenta nocional) actúa como mero modelo transitorio, constituyendo una fase intermedia hasta la consecución plena en el largo plazo del sistema de capitalización en sentido estricto. Esto es, en este medio plazo se dejan convivir ambos sistemas (capitalización con rasgos de reparto) para a futuro sustituir las reglas del sistema de protección social.

La acción directa realizada con la reforma del año 1995 sobre el sistema de pensiones con el objetivo claro de minorar el gasto (en tanto que esta es la consecuencia directa en un porcentaje no menor)<sup>75</sup> en prestaciones sociales o de reforzar la solvencia financiera del sistema lleva a afirmar que prima el sistema de capitalización, adoptando este un valor superior en ese modelo intermedio creado frente a las reglas del reparto,

---

<sup>73</sup> Lo que recuerda, sin que sean parejos, al ya derogado factor de sostenibilidad de las pensiones español regulado en el art. 211 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>74</sup> Cfr. De la Peña Esteban, Joseba Iñaki: “Luces y sombras del sistema de cuentas nocionales”, cit. pp. 56 y ss., sobre su conceptualización, afirmando que “el sistema nocional o virtual pertenece a un sistema de capitalización financiero de cotización definida en cuanto que se emplea este sistema para determinar el término de la pensión a recibir en función del fondo acumulado a la edad de jubilación, bajo un tanto de rendimiento dado”.

<sup>75</sup> Cfr. Salafia, Antonio: “El proyecto de ley de reforma de los regímenes de pensiones estatutario y complementario”, cit., p. 166, quien señala que ese proceso de cambio “era inevitable, por cuanto el sistema italiano, tal como había sido concebido hasta entonces, no habría podido soportar la carga financiera de las prestaciones pagaderas en los años venideros”.

las cuales se perpetúan como modelo pero que pierden su anexo propio de la solidaridad intergeneracional y redistribución de rentas.

El hecho de que se mantengan las pautas del modelo de reparto en modo alguno puede llevar a afirmar que se eternicen las premisas de solidaridad relacionadas que tradicionalmente le han sido anexas y al que indisolublemente han permanecido unidas. Más bien al contrario, estas reglas se utilizan para asumir las jubilaciones futuras de quienes han realizado aportaciones conforme al régimen anterior o de quienes ya en el nuevo sistema solo tienen un apunte contable en su cuenta teórica individualizada por cuanto sus aportaciones sirvieron para pagar otras pensiones lucradas con anterioridad.

En otros términos, se utiliza en exclusiva esa base de reparto, puede sostenerse, alejada de las pautas de solidaridad intergeneracional e intrageneracional para evitar un vacío de 'caja' por el sistema de protección social que requeriría del auxilio de los presupuestos generales del Estado mediante vías impositivas y recaudatorias. Esa transitoriedad de un modelo a otro (con un costo no menor) es salvada con el mantenimiento del modelo de reparto, evitando modificaciones traumáticas y nuevas cargas impositivas para el conjunto de la ciudadanía. Quizá más adelante, con otro escenario macroeconómico se actúe en este campo. Posiblemente, la modificación estructural del sistema de la solidaridad al individualismo sin esta transformación aledaña sea menos conflictiva. Tal vez la reforma si hubiera incluido estos dos parámetros, las dos realidades, hubiera tenido una mayor contestación social, dificultando su entrada en vigor.

## *2.2. Objetivos hasta ahora incumplidos*

Si la reforma estructural italiana (no completa al modelo de capitalización puro, sino situándose en esa fase intermedia de cuentas nocionales) de mediados de la década de los noventa, con los ajustes posteriores en cuanto a la edad de jubilación, ajustes paramétricos...<sup>76</sup> tenía un fin concreto, garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones, en el momento presente las cifras de su sistema continúan sin ser alentadoras, o al menos no lo son tanto como se hacía prever con un cambio de mecánica tan trascendente.

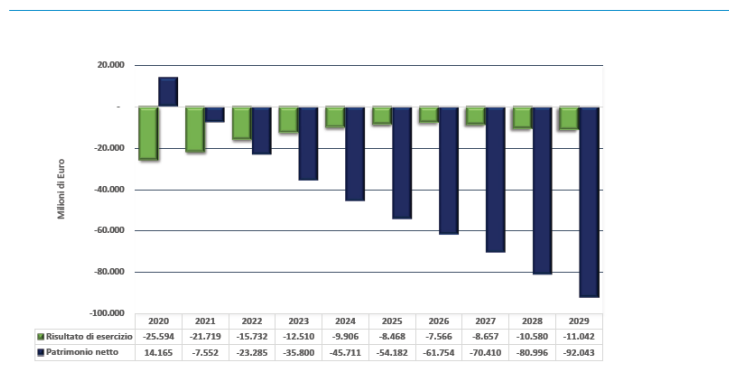
A diciembre del año 2021 son 16 millones de personas las que reciben una pensión del sistema italiano, con una cantidad desembolsada en pago de prestaciones de 312 mil millones de euros, situando el patrimonio del Instituto Nacional de Previsión Social italiano para aquel año en negativo. La proyección al año 2029 es de un patrimonio neto

---

<sup>76</sup> Cfr. art. 1.6.b) de la Ley 243/2004, de 23 agosto, y art. 1 de la Ley 214/2011, de 22 diciembre.

negativo de más de 92 mil millones de euros, con cierres anuales en negativo en cantidades decrecientes<sup>77</sup>.

Grafico b 5.2 - Risultato di esercizio e patrimonio netto, previsione 2020-2029 (Milioni di euro)



No se recogen datos en el último informe anual del INPS de cuál habría sido la situación de haberse mantenido inalteradas las reglas de cálculo existentes al año 1995, así como el resto de condicionantes para el acceso a las distintas modalidades de pensión. Se carece de ellas.

En todo caso, se desprende que una ruptura marcada, abrupta, aunque no radical con amplios períodos transitorios del modelo no permite alterar las previsiones macroeconómicas vinculadas al envejecimiento de la población, siendo este el principal factor condicionante del pago de las pensiones.

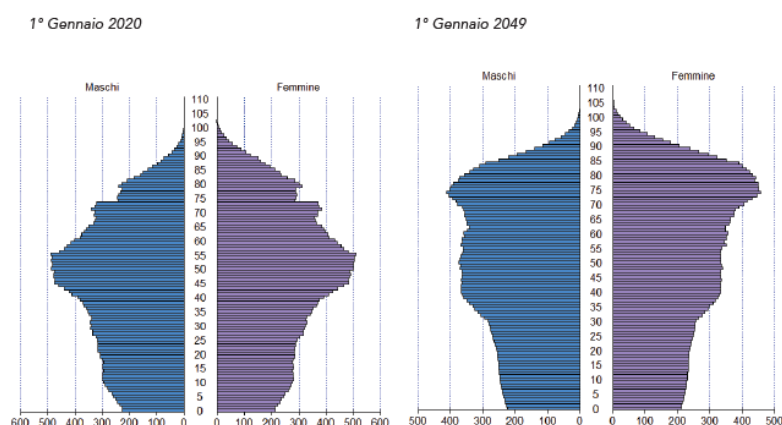
En otros términos, la acción en solitario sobre el capítulo de gastos con un incremento exponencial de las personas que resultan beneficiarias y con mayores períodos de disfrute, aderezados con la reducción en el capítulo de ingresos por la minoración de la población activa y los nuevos modelos de empleabilidad marcados por la precariedad, se muestra insuficiente para ‘salvar’ las cuentas del modelo de protección social establecidos.

Así, al igual que sucede en España, la inversión de la pirámide de la población en los años venideros, junto con el incremento de la esperanza de vida a los 65 años que para el colectivo masculino aumenta de los 19,4 años a los 21 y para el femenino de los 22,8 a los 26,1 años hacen tensionar en grado extremo las finanzas públicas<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale: *Conoscere il paese per costruire il futuro. XXI Rapporto Annuale*, Roma, INPS, 2022, pp. 159 y 207-208 (su acceso electrónico se puede realizar en <https://www.inps.it/it/dati-e-bilanci/rapporti-annuali/xxi-rapporto-annuale.html>).

<sup>78</sup> Cfr. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale: *Conoscere il paese per costruire il futuro. XXI Rapporto Annuale*, cit., pp. 205-206.

Grafico b 5.1 – Proiezione della popolazione residente - scenario mediano (dati in migliaia)



Recuérdese, volviendo a los inicios del presente trabajo, que a fecha del año 2019 (junto a Grecia) Italia se presenta como uno de los países del conjunto de la Unión Europea con el gasto más alto (superando el promedio de gasto el 15% del PIB), siendo atribuible esta situación en buena medida por la cuantía de las prestaciones en relación con el salario medio<sup>79</sup>.

Está próximo a cumplirse el trigésimo aniversario de la Reforma Dini (Ley 335/1995, de 8 de agosto). Sin embargo, dista aún mucho para armonizar las cuentas del sistema de la Seguridad Social como acaba de indicarse.

El modelo de cuentas nocionales, que en un espacio no muy lejano en el tiempo comenzará a liquidar pensiones de jubilación de acuerdo con las pautas establecidas (al menos en su modalidad mixta o híbrida, inscritos en el sistema y con menos de 18 años de cotización previa a 31 de diciembre de 1995), en modo alguno ha servido, por el momento, para aliviar las cuentas del sistema. Circunstancia que puede achacarse, tal vez, al hecho de que su aplicabilidad se ha demorado en el tiempo, siendo aún a fecha de hoy liquidables pensiones mediante el modelo 'retributivo', quienes ahora, en fin, alcanzan la edad de jubilación (retrasada a lo largo de estos años con las reformas de los años 2004 y 2011 como se ha indicado *supra*). Una extensión esta prolongada en el tiempo: para calmar conciencias, para que sea interiorizada por la opinión pública o para que sea olvidada. Cualquiera que fuera la finalidad de la misma, habrá de continuar esperando para ver sus efectos plenos sobre el sistema de Seguridad Social y, lo que es realmente importante, sobre las prestaciones devengadas mediante este modelo híbrido (de capitalización y reparto).

<sup>79</sup> Cfr. Martín, Miguel Ángel y Ramos, Roberto: "El gasto en pensiones en España en comparativa europea", cit., p. 3.

En todo caso, es preciso insistir en que la aplicación plena del modelo de cuentas nocionales lleva aparejado de modo mayoritario un empobrecimiento de las personas que acceden a la pensión de jubilación en una cuantía no menor. Se trata, como se ha sostenido en alguna ocasión, de un modelo posiblemente óptimo cuando las carreras de cotización sean prolongadas, los salarios altos, los períodos de inactividad prácticamente inexistentes y, en definitiva, siempre necesitados o auxiliados por el hecho de que la esperanza de vida se viera reducida (aspecto en la actualidad más que cuestionable) o, al menos, el período de disfrute de la pensión de jubilación estuviera minorado por la prolongación de la vida activa (ya de manera voluntaria, ya de modo obligatorio). De lo contrario, la imposibilidad de prever la edad futura de fallecimiento de la persona beneficiaria de la prestación del sistema de jubilación llevaría a la necesidad de minorar la cuantía inicial para hacer frente a su aportación durante todos los años en los que permaneciera con vida. Además de que difícilmente durante buena parte de la carrera profesional pudieran hacerse aportaciones de rango superior, en cuantía elevada, con la que sostener el importante número de años en los que la persona se sitúa como beneficiaria del sistema de pensiones.

En otros términos, períodos de cotización cada vez menores por la incorporación tardía al mercado de trabajo o por la existencia de carreras de cotización fragmentadas ante la proliferación de relaciones laborales atípicas y amplios períodos de disfrute de pensiones de jubilación por el aumento de la esperanza de vida, todo ello unido con el descenso de la natalidad y la minoración de la población activa a la par que un mayor número de personas beneficiarias de prestaciones llevan a que deban plantearse otras fórmulas que liberen la carga en exclusiva sobre las cotizaciones sociales.

También denostando, tal vez, este modelo una y otra vez traído. Las reglas maestras sobre las que se sustenta el mercado de trabajo y los elementos demográficos parecen converger hacia la inviabilidad futura del modelo de cuentas nocionales.

#### **IV. EN QUÉ CONSISTEN Y CUÁL ES SU DINÁMICA: BREVIARIO**

Como se ha mencionado en el apartado previo, y tomando como mayor exponente definitorio la conceptualización que de cuentas nocionales individuales o cuentas teóricas individualizadas (en tanto que se trata de un mero apunte contable)<sup>80</sup> es realizada por autorizada doctrina económico-actuarial, “es una forma especial de designar a los sistemas de pensiones basados en el sistema financiero de reparto y que, además, es de

---

<sup>80</sup> Cfr. Conde-Ruiz, J. Ignacio: “Pensiones del siglo XXI”, cit., p. 38.

aportación definida<sup>81</sup>, un método de reparto con contribución definida<sup>82</sup> con el que se logra el equilibrio actuarial entre aportaciones y prestaciones por jubilación<sup>83</sup>.

Se trata, en fin, de una cuenta virtual “donde se recogen las aportaciones individuales de cada cotizante y los rendimientos ficticios [calculados de acuerdo a un tanto notional (tasa de crecimiento del PIB, de los salarios medios, de los salarios agregados...) que dichas aportaciones generan a lo largo de la vida laboral”<sup>84</sup>.

Con el claro propósito de evitar tergiversaciones, además, se insiste en la idea de que es importante no confundir este sistema “con el de capitalización, ya que solo guardan relación en el sentido de que ambos utilizan herramientas financiero-actuariales similares; por ejemplo, la capitalización financiera de las aportaciones efectuadas, y la ecuación de equivalencia actuarial entre las aportaciones realizadas por el cotizante y las prestaciones que recibirá dicho cotizante a partir de su jubilación”<sup>85</sup>.

En términos más precisos, siguiendo a este autor, para poder conocer la prestación por jubilación que corresponda a una persona, primero “se tendrá que calcular el fondo acumulado, como consecuencia tanto de las cotizaciones efectuadas por el individuo, como de los rendimientos teóricos (virtuales o ficticios) hasta el momento de su jubilación; y, posteriormente, habrá que utilizar un factor de conversión -de carácter actuarial- para transformar ese fondo acumulado en la cuantía de la renta vitalicia que le corresponda”<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. Devesa Carpio, José Enrique: “Los sistemas de cuentas notacionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España”, cit., p. 75.

Ahondando en este concepto, Devesa Carpio, José Enrique y Doménech, Rafael: “Las cuentas notacionales individuales: elemento central de la reforma del sistema de pensiones en España”, *Mediterráneo Económico*, núm. 34 (2021), pp. 240 y ss.

<sup>82</sup> Cfr. ampliamente, Boado Penas, María del Carmen: *Instrumentos para mejorar la equidad, transparencia y sostenibilidad de los sistemas de pensiones de reparto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2009, pp. 14 y ss.

<sup>83</sup> Cfr. Devesa Carpio, José Enrique y Doménech, Rafael: “Las cuentas notacionales individuales: elemento central de la reforma del sistema de pensiones en España”, cit., p. 240.

<sup>84</sup> Cfr. Vidal Meliá, Carlos *et alrri*: “Cuentas notacionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados”, cit., p. 143 y Devesa Carpio, José Enrique y Vidal Meliá, Carlos: “Cuentas Notacionales de Aportación Definida (NDC's). ¿Cuál hubiera sido el Efecto de su Implantación en el Sistema de Pensiones Español?”, cit., p. 103.

<sup>85</sup> Cfr. Devesa Carpio, José Enrique: “Los sistemas de cuentas notacionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España”, cit., p. 75.

<sup>86</sup> Cfr. Devesa Carpio, José Enrique: “Los sistemas de cuentas notacionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España”, cit., pp. 75-77, donde describe cada uno de estos conceptos (tanto notional, fondo notional, factor de conversión...), identificada en sus pp. 77 y ss., las ventajas e inconvenientes que estos generan y realiza (pp. 81 y ss.) un análisis del impacto que podría tener sobre el sistema de pensiones español la implantación de un sistema de cuentas notacionales individuales.

Con mayor detalle sobre los aspectos positivos (preferencia de las personas; deuda acumulada por compromisos en pensiones, mitiga el desincentivo al trabajo, mejora de la credibilidad política y financiera...) y negativos (no atiende a los retos demográficos de manera completa; no evita los

O, expuesto de otro modo, para volver sobre la misma idea y que esta quede lo más clara posible, con este sistema se calcula la pensión a la que tiene derecho la persona beneficiaria “en función de un rendimiento hipotético (o social) que podrían haber tenido las aportaciones realizadas [por la persona trabajadora] a lo largo de su vida”<sup>87</sup>. La prestación a la que se tiene derecho deriva del “fondo nocional acumulado, de la mortalidad específica de la cohorte que en ese año se jubila y del tanto nocional utilizado”<sup>88</sup>.

Fórmula esta, a la que cabría introducir distintos elementos de ajustes (automáticos o coyunturales) del gasto en función de los cambios demográficos o económicos que tuvieran lugar en los momentos de percibo de la prestación del sistema de la Seguridad Social<sup>89</sup>.

La pensión a recibir por la persona trabajadora, en definitiva, será actuarialmente equilibrada, acorde a las aportaciones capitalizadas realizadas durante toda su vida laboral, con los correspondientes ajustes correctores de acuerdo a la esperanza de vida, previsión del incremento de la pensión..., pero asentada sobre un modelo de reparto, en el que las cotizaciones realizadas por las generaciones activas en ese momento se emplean para financiar las prestaciones de jubilación de quienes han alcanzado la edad de edad legalmente establecida<sup>90</sup>.

Depende del factor en el que se ponga el énfasis prima el valor del reparto o de la capitalización. En la definición elegida para iniciar este apartado se alude a que se trata de un sistema financiero de reparto, aunque de contribución definida.

Sin embargo, la puesta en ejecución del mismo, la fórmula de cálculo de la prestación lleva el identitario hacia el modelo de capitalización o aseguramiento con el que guarda similitudes como el empleo “de herramientas financiero-actuariales similares”. La cuantía

---

riesgos macroeconómicos; solo restricciones muy fuertes pueden mantener la sostenibilidad financiera a corto plazo; complejidad de la fórmula...), cfr. Vidal Meliá, Carlos *et altri*: “Cuentas nocionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados”, cit., pp. 152 y ss.

Entre todos ellos destaca, al igual que sucede con el modelo italiano, que ese proceso de transición hacia el modelo de cuentas nocionales supondría una disminución de la pensión inicial, cfr. Devesa Carpio, José Enrique y Doménech, Rafael: “Las cuentas nocionales individuales: elemento central de la reforma del sistema de pensiones en España”, cit., pp. 246 y ss.

<sup>87</sup> Cfr. Conde-Ruiz, J. Ignacio: “Pensiones del siglo XXI”, cit., p. 38.

<sup>88</sup> Cfr. Vidal Meliá, Carlos *et altri*: “Cuentas nocionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados”, cit., p. 143.

<sup>89</sup> En este sentido podría incluirse elementos como las probabilidades de supervivencia de la cohorte del nuevo pensionista, la posible revalorización de la pensión, el carácter vitalicio esta o el tipo de interés utilizado para la valoración, cfr. Devesa Carpio, José Enrique: “Los sistemas de cuentas nocionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España”, cit., pp. 76-77.

<sup>90</sup> Cfr. García, David; Gordo, Esther y Manrique, Marta: “Reformas de los sistemas de pensiones en algunos países de la UEM”, *Boletín Económico* BdE, julio-agosto 2011, p. 119.

de la prestación es calculada de manera sobresaliente por las aportaciones realizadas, corregida por criterios como la esperanza de vida...

Como se ha expuesto con anterioridad, y en sentido contrario al expresado, se participa que, aunque el modelo de cuentas nocionales mane del sistema de reparto, su aplicabilidad vehicula hacia el de capitalización, constituyendo este el interés sobre el que recaen las reformas de los sistemas prestacionales con los que garantizar la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social. En el modelo nacional el mantenimiento de una financiación de reparto se combina con una fórmula de pensión que depende de las cuantías cotizadas y de sus rendimientos<sup>91</sup>.

De manera tal vez un tanto coloquial, tanto se ha introducido en la caja (ya sea esta virtual o teórica) con sus importes convenientemente actualizados, a tanto alcanza la pensión de jubilación. Cuantía que ha de concordarse (que no incrementarse) con la revaloración de las pensiones y con la esperanza de vida. Esa analogía que se establece entre el sistema de reparto y el de capitalización, mediante la incorporación al sistema de reparto de instrumentos financiero-actuariales utilizados en el sistema de capitalización<sup>92</sup> no parece compensada.

Las cuentas, actuarialmente, son incuestionables. Su aplicabilidad, sin embargo, genera importantes dudas. Con el sistema actual de aportaciones definidas el modelo aboca a una más que posible 'insuficiencia' de las pensiones.

## V. CONCLUSIONES

La sostenibilidad del sistema público de pensiones, en entredicho desde antaño, ante los enormes retos a los que debe hacer frente (envejecimiento de la población, aumento de la esperanza de vida, llegada a la edad de jubilación de la generación del *baby boom*, descenso de la natalidad, precariedad laboral, minoración de la población activa, robotización de la economía...) es artífice permanente de adecuaciones normativas en elementos no menores del modelo de protección social. En la última década (extendida) ha experimentado, de la mano del Pacto de Toledo en la mayor parte de las ocasiones, cuatro reformas relevantes (años 2011, 2013, 2021 y 2023)<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Cfr. Boado Penas, María del Carmen *et altri*: "Cuentas nocionales de aportación definida (NDC): solvencia y riesgo, aplicación al caso español", *Revista internacional de la Seguridad Social*, vol. 60, núm. 4 (2007), p. 4.

<sup>92</sup> Cfr. Vidal Meliá, Carlos *et altri*: "Cuentas nocionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados", cit., p. 142.

<sup>93</sup> A las que hay que añadir las no menores modificaciones en otros tantos aspectos del sistema de la Seguridad Social con incidencia también destacada (modelo de cotización del trabajo por cuenta propia, incorporación de nuevas situaciones protegidas de incapacidad temporal, extensión de permisos por nacimiento y cuidado de menor...).



Con el refuerzo de la contributividad como elemento base<sup>94</sup> se han ampliado los períodos de cotización a tomar en consideración en la fórmula de cálculo de la pensión de jubilación o se han fijado nuevos marcos regulatorios para pensiones vitalicias (como es el caso de la incapacidad permanente) adecuando su fórmula de cálculo a los nuevos parámetros establecidos para la pensión de jubilación con relación a los porcentajes aplicables en función de los años de cotización.

No ha habido, sin embargo, la ocasión de plantear hasta el momento una reforma estructural del modelo que vire hacia la inclusión de elementos o herramientas de base financiero-actuariales similares a los sistemas de capitalización.

La combinación de sistema de reparto con contribución definida que engloba el modelo de cuentas nocionales desde un sector de la doctrina actuarial es alentada en las últimas décadas como vía factible para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema público de la Seguridad Social. Sin embargo, este modelo hasta la fecha no ha gozado de gran predicamento. En los tiempos más recientes, salvo alguna incursión menor que podría verse reflejada con la inclusión del factor de sostenibilidad de la reforma del año 2013 y los ajustes correspondientes a la esperanza de vida de la cohorte pensionable, el sentir mayoritario de la representación de la soberanía popular en la Cámara baja es elocuente.

No cabe duda de que su implementación a largo plazo llevaría a lograr cuadrar las cuentas del sistema público de pensiones. La utilización de los elementos actuariales-financieros oportunos propiciarían, a buen seguro, que los ingresos se adecuaran con los gastos que soporta el mismo.

Sin embargo, tampoco es cuestionable que ello vendría acompañado de poner en entredicho el mandato constitucional (art. 41 CE) de la suficiencia de las prestaciones.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Banco de España: *Informe Anual 2022*. BdE, Madrid, 2023.

---

<sup>94</sup> Recuérdese que la recomendación numerada como 11, bajo la rúbrica *Contributividad*, del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (2020)*, señala que “en línea con contenidos anteriores del Pacto de Toledo y con experiencias del entorno europeo, la Comisión constata la necesidad de preservar y reforzar el principio de contributividad, entendido como la existencia de una relación equilibrada entre el importe de la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización previamente realizado por cada trabajador”, esto es, el objetivo es el de alcanzar una proporcionalidad adecuada entre el esfuerzo contributivo como cotizante y la pensión a lucrar al llegar a la edad de jubilación. Cfr. BOCG -*Congreso de los Diputados*-, núm. 187, de 27 de noviembre de 2020, p. 57.

Un completo estudio de esta materia, cfr., González García, Sergio: “Contributividad: sostenibilidad y/o suficiencia del sistema de pensiones”, en Vv.Aa.: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, cit., pp. 487 y ss.

- Boado Penas, María del Carmen: *Instrumentos para mejorar la equidad, transparencia y sostenibilidad de los sistemas de pensiones de reparto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2009.

- “Reformas del sistema de pensiones: la experiencia sueca”, *Documentos de trabajo (FEDEA)*, núm. 3 (2021).

- “La experiencia sueca”, *Mediterráneo Económico*, núm. 34 (2021).

- *et altri*: “Cuentas nocionales de aportación definida (NDC): solvencia y riesgo, aplicación al caso español”, *Revista internacional de la Seguridad Social*, vol. 60, núm. 4 (2007).

Calvo Vérguez, Juan: “Análisis comparado de los sistemas de pensiones vigentes en los principales Estados de la Unión Europea”, *RAD*, núm. 11 (2018).

Camós Victoria, Ignacio *et altri*: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017.

Cardona Rubert, María Belén y Morro López, José Javier: “Breve comentario a la Ley 335/1995, de 8 de agosto, de reforma del sistema de pensiones italiano”, *RTySS*, núm. 21 (1996).

Carrascosa Bermejo, María Dolores: “La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia”, *TL*, núm. 48 (1998).

Casale, Davide: “La reforma del sistema de pensiones italiano de 2019: ¿un empeoramiento de la insostenible desigualdad del sistema de protección social?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 22 (2020).

Centro de Investigaciones Sociológicas: *Barómetro de enero 2021. Estudio núm. 3307*, CIS, Madrid, 2021.

- *Barómetro de enero 2020. Estudio núm. 3271*, CIS, Madrid, 2020.

Conde-Ruiz, J. Ignacio: “Pensiones del siglo XXI”, *Papeles de Economía Española*, núm. 161 (2019).

Costa Reyes, Antonio: “¿Reformar las pensiones de nuevo? Cambio o desconfiguración”, *NREDT*, núm. 198 (2017).

Cruz Villalón, Jesús: “La reforma de Seguridad Social de 2021 en el contexto de la renovación del Pacto de Toledo”, *TL*, núm. 163 (2022).

D’Avino Emilia: “El sistema de jubilaciones en Italia y la última inversión de tendencia: la pensión anticipada a través de la *quota 100*”, en Vv.Aa.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, (Monereo Pérez, José Luis y Maldonado Molina, Juan Antonio, Dirs.), Editorial Comares, Granada, 2019.

De las Heras Camino, Alicia: “El sistema de pensiones sueco. Cuentas nocionales y factor de sostenibilidad”, *RTySS (CEF)*, núm. 363 (2013).

De la Peña Esteban, Joseba Iñaki: “Luces y sombras del sistema de cuentas nocionales”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, núm. 25 (2019).

Devesa Carpio, José Enrique: “Los sistemas de cuentas nocionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España”, *RTySS (CEF)*, núm. 442 (2020).

- y Vidal Meliá, Carlos: “Cuentas Nocionales de Aportación Definida (NDC’s). ¿Cuál hubiera sido el Efecto de su Implantación en el Sistema de Pensiones Español?”, *Moneda y Crédito*, núm. 219 (2004).

- *et alrri: La implantación de un Sistema de cuentas nocionales en España. Efectos sobre el sistema de seguridad social*, Instituto Santa Lucía, Madrid, s.f.

- y Doménech, Rafael: “Las cuentas nocionales individuales: elemento central de la reforma del sistema de pensiones en España”, *Mediterráneo Económico*, núm. 34 (2021).

Elorza Guerrero, Fernando: “La cotización a la Seguridad Social en la reforma del Pacto de Toledo de 2020”, en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, (Hierro Hierro, Francisco Javier, Dir., y Coord.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

European Commission: *The 2021 Ageing Report. Economic and Budgetary Projections for the EU Member States (2019- 2070)*, EU, Luxembourg, 2021.

Fernández Collados, María Belén: “Luces y sombras de la reforma de la pensión de jubilación en Italia: su aplicabilidad al caso español (1)”, *AL*, núm. 13 (2012).

García, David; Gordo, Esther y Manrique, Marta: “Reformas de los sistemas de pensiones en algunos países de la UEM”, *Boletín Económico BdE*, julio-agosto 2011.

García López, Esther: “Cuentas nocionales, la respuesta a las pensiones: Su aplicación haría más justo y sostenible el sistema público de pensiones”, *Inversión: el semanario líder de bolsa, economía y gestión de patrimonios*, núm. 1128 (2019).

García Murcia, Joaquín y Rodríguez Cardo, Iván Antonio: “Perspectiva comparada de las medidas de sostenibilidad del sistema de pensiones en Europa”, *TyD*, núm. 2 (2015).

Gentile, Alessandro: “El plan de reforma del sistema de pensiones italiano. Las características de una transición estructural”, *Unidad de Políticas Comparadas. CSIC*, Documento de trabajo 04-01 (2004).

González García, Sergio: “Contributividad: sostenibilidad y/o suficiencia del sistema de pensiones”, en Vv.Aa.: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, (Hierro Hierro, Francisco Javier, Dir., y Coord.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Hierro Hierro, Francisco Javier: *Pasajes de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (2016-2020): unas recomendaciones que han tardado en llegar*, Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

INE: “Proyecciones de Población 2022-2072”, *Notas de prensa*, de 13 de octubre de 2022.

Istituto Nazionale della Previdenza Sociale: *Conoscere il paese per costruire il futuro. XXI Rapporto Annuale*, Roma, INPS, 2022.

Martín, Miguel Ángel y Ramos, Roberto: “El gasto en pensiones en España en comparativa europea”, *Boletín Económico - Banco de España*, T1, núm. 09 (2023).

Monereo Pérez, José Luis y Fernández Bernat, Juan Antonio: “La opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones”, en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, (Hierro Hierro, Francisco Javier, Dir., y Coord.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Monereo Pérez, José Luis y Martín-Serrano Jiménez, Enrique: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensión de empleo*, Laborum, Murcia, 2022.

Monereo Pérez, José Luis y Rodríguez Iniesta, Guillermo: “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 25 (2020).

Salafia, Antonio: “El proyecto de ley de reforma de los regímenes de pensiones estatutario y complementario”, *Revista internacional de Seguridad Social*, vol. 48, núms. 3-4 (1995).

Topo, Adriana y Pensabene Lioni, Giuseppina: “El sistema de pensiones en Italia. Las últimas reformas, un enfoque sobre la pensión de jubilación y reflexiones sobre el margen de sostenibilidad y adecuación”, en Vv.Aa.: *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores* (Vila Tierno, Francisco y Gutiérrez Bengoechea, Miguel, Dirs., y Gómez Salado, Miguel Ángel, coord.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Tortuero Plaza, José Luis y Vila Tierno, Francisco: “Solidaridad y suficiencia. La construcción silenciosa de un cambio de modelo”, en Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo” (2020)*, (Hierro Hierro, Francisco Javier, Dir., y Coord.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Tribunal de Cuentas: *Informe núm. 1381 de Fiscalización sobre la evolución económico financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la Seguridad Social y su situación a 31 de diciembre de 2018*, de 28 de julio de 2020.

Sáez de Jáuregui Sanz, Luis María: “Cambiar sin cambiar: pasos hacia la equivalencia entre el vigente sistema español de Reparto y un sistema de Cuentas Nacionales”, *Actuarios*, núm. 42, (2018) (Ejemplar dedicado a: Pensiones).

Vidal Meliá, Carlos *et al*: “Cuentas nocionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, núm. 8 (2002).

Vv.Aa: *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo”* (2020), (Hierro Hierro, Francisco Javier, Dir., y Coord.), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Vv.Aa.: *Análisis de la reforma de pensiones de 2021*, Instituto de Actuarios Españoles. Colegio Profesional, Madrid, 2022.

# **DERECHOS SOCIALES, DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LIBERTAD DE EMPRESA**

Por

**CRISTINA ROY PÉREZ**  
Profesora agregada de Derecho Mercantil  
Universidad de Barcelona

[croy@ub.edu](mailto:croy@ub.edu)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

**RESUMEN:** Pese a que la aplicación del derecho de defensa de la competencia al ámbito de negociación colectiva debe realizarse de forma muy restrictiva, en la práctica son numerosas las ocasiones en que las Autoridades de la Competencia extienden, sin excepción, su control a la autonomía colectiva. La reciente aprobación de las Directrices sobre la aplicación del derecho de la competencia a los convenios relativos a las condiciones laborales de los trabajadores “autónomos”, tal vez sea una oportunidad de reconducir definitivamente la convivencia entre libertad de mercado y derechos sociales.

**PALABRAS CLAVE:** defensa de la competencia; negociación colectiva; trabajadores autónomos.

**SUMARIO:** I. HACIA UNA DIMENSIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.- II. EL DERECHO COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS DERECHOS SOCIALES: UN MATRIMONIO MAL AVENIDO.- 2.1. Los primeros conflictos: la aplicación del derecho de defensa de la competencia a los convenios colectivos.- 2.2. Las libertades económicas como límite a la acción sindical y a las medidas de conflicto social.- III. ¿CUESTIONAMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES O MANTENIMIENTO DEL MERCADO?.- IV. LA EXPERIENCIA EN ESPAÑA.- V. LAS DIRECTRICES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS CONVENIOS COLECTIVOS RELATIVOS A LAS CONDICIONES LABORALES DE LAS PERSONAS QUE TRABAJAN POR CUENTA PROPIA SIN ASALARIADOS.- 5.1. Los derechos colectivos de los trabajadores por cuenta propia en la LETA ¿una protección efectiva?.- 5.2. Finalmente, ¿una reconciliación entre libertad de empresa y derechos colectivos?.- VI. EPÍLOGO.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

## **SOCIAL RIGHTS, COMPETITION LAW AND BUSINESS FREEDOM**

**ABSTRACT:** Although the application of antitrust law to collective bargaining should be very restrictive, in practice there are numerous occasions on which the Competition Authorities extend, without exception, their control to collective autonomy. The recent approval of the Guidelines on the application of competition law to agreements relating to the working conditions of “self-employed” workers may be an opportunity to definitively redirect the coexistence between market freedom and social rights.

**KEY WORDS:** Competition law; collective bargaining; “self-employed” workers.

**SUMMARY:** I. TOWARDS A SOCIAL DIMENSION OF ANTITRUST LAW.- II. COMMUNITY ANTITRUST LAW AND SOCIAL RIGHTS: A MISMATCHED MARRIAGE.- 2.1. First disputes: the application of antitrust law to collective agreements.- 2.2. Economic freedoms as a limit to trade union action and social conflict measures.- III. QUESTIONING SOCIAL RIGHTS OR

MAINTAINING THE MARKET?- IV. THE EXPERIENCE IN SPAIN. V. THE GUIDELINES ON THE APPLICATION OF COMPETITION LAW TO COLLECTIVE AGREEMENTS CONCERNING THE WORKING CONDITIONS OF SELF-EMPLOYED PERSONS WITHOUT EMPLOYEES.- 5.1. Collective rights of the self-employed in the LETA - effective protection?- 5.2. Finally, a reconciliation between freedom of enterprise and collective rights?- VI. EPILOGUE.- VII. BIBLIOGRAPHY.

## **I. HACIA UNA DIMENSIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

El nacimiento del derecho de la competencia es relativamente tardío en comparación con otras ramas de la disciplina mercantil, y ello es así precisamente, por su naturaleza de orden público, por lo que las relaciones comerciales, en su origen, sólo se regulaban en tanto fenómeno económico, no competitivo. Tendríamos que esperar al desarrollo de una nueva política, con el advenimiento de los Estados liberales, para que se crearan las bases del futuro reconocimiento de las libertades individuales y públicas y, entre ellas la libertad de empresa, que opera como presupuesto fáctico y jurídico que nos permite hablar, ahora sí, de competencia. De este modo, sería el reconocimiento de esa libertad, el valor jurídico que nos permite dejar de hablar de la competencia como mero dato económico, para referirnos a ella como presupuesto jurídico necesario para el funcionamiento del mercado, cuya defensa le compete al Estado.

Así pues, sería el reconocimiento de la libertad de empresa lo que motivaría el planteamiento de la mejor manera de afrontar los conflictos derivados de su ejercicio, o lo que es lo mismo, cómo regular los conflictos de derechos que esa libertad creaba<sup>1</sup>, siendo en este punto, cuando el sentido económico difiere del jurídico, pues mientras al economista le interesa la competencia como fenómeno catalizador del crecimiento económico, al jurista le compete determinar cuando el ejercicio de esa competencia, sea o no eficiente, se encuentra dentro de los límites de la libertad reconocida por nuestro ordenamiento, entre los que se han de encontrar los derechos sociales. Esa distinta concepción de la competencia resulta vital para entender cuál ha de ser el cometido del derecho destinada a preservarla, pues no se trata sólo de proteger su existencia, sino su ejercicio leal para con todos los partícipes del mercado<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> GALÁN CORONA, Eduardo, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo SA, Madrid, 1977, p. 27.

<sup>2</sup> En este sentido, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Libertad (económica) de competencia y derecho

(social) a la negociación colectiva: ¿hacia una autonomía colectiva «supertutelada» por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 453 (diciembre 2020), pp. 185-206. Así dicho autor considera las reglas de la competencia

De este modo, mientras en el plano económico la preocupación se centra en la eficiencia o mejor explotación de los recursos, al derecho le interesa la equidad, la justicia en el sentido de respeto por la igualdad formal que debe presidir las relaciones de mercado, y que se protege jurídicamente a través de la institucionalización de la libertad como mecanismo de actuación en el mercado<sup>3</sup>.

Definir cuándo esa libertad se está ejercitando en perjuicio del propio sistema es consecuencia del papel que se le asigna en el sistema político, económico y social. De la misma manera que las antiguas corporaciones medievales establecían cómo debía llevarse a cabo una determinada actividad profesional, actualmente es el Estado quien protagoniza ese papel, pero ya no en beneficio de la clase social que detenta los medios de producción, sino en representación de los intereses del conjunto de la sociedad. De este modo, la libertad se erige en condición necesaria para la existencia de una competencia económica, pero esa libertad no es absoluta, por lo que se plantean dos necesidades: a) dotarla de mecanismos que aseguren su supervivencia; y b) determinar cuándo esa libertad se está ejercitando en perjuicio del propio sistema.

Respecto a la primera cuestión, debemos partir del hecho que, desde el momento en que renunciamos a una configuración del derecho de defensa de la competencia desde la óptica estrictamente económica, la competencia como manifestación de la libertad económica debe ser defendida, pero no por su propio beneficio, sino para servir a la consecución de objetivos que por sí mismos aquella no perseguiría como son la justicia y la equidad en el mercado.

La segunda cuestión exige tener presente que, mientras la ciencia económica analiza el mercado desde un punto de vista individual -partiendo de las facultades de actuación asignadas a los operadores económicos- la ciencia jurídica adopta un punto de vista más colectivo o social, dado que su propia naturaleza la configura como materia de estudio del modo en que se regulan las relaciones entre los sujetos y la previsión y la eventual resolución de sus conflictos. Esta diferente concepción de la actividad económica parece ser, entre otros, uno de los aspectos que han motivado el debate acerca de la eficiencia o la equidad como objetivos del derecho de defensa de la competencia.

En este sentido, la eficiencia se identificaría con la selección natural del mercado según la cual, sólo se mantendrían en este, aquellos sujetos que mejor explotaran sus recursos dando como resultado el mejor aprovechamiento de la libertad de actuación

---

no sólo han de preservar su libertad, sino también su ejercicio leal para exigir unos estándares sociolaborales que eviten prácticas de dumping social.

<sup>3</sup> Siguiendo a MASSAGUER, José, "Aproximación sistemática general al derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", *Revista General del Derecho*, 1990, pp. 245-263, y GALÁN CORONA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 35-36.



que le es reconocida<sup>4</sup>. Por el contrario, la equidad viene referida a la justicia, justicia que debe identificarse, en el seno de los modernos estados democráticos, con la igualdad formal de los sujetos, que es lo que les permite concurrir en el mercado con las mismas oportunidades, y esos sujetos no son sólo aquellos que prestan su iniciativa económica a aquel, sino también aquellos que lo hacen con su fuerza de trabajo.

Así pues, la defensa de la competencia en el mercado no debe perder de vista la particular visión que la ciencia jurídica tiene de las relaciones entre los individuos que el intervienen, y que exigen que el reconocimiento previo de derechos que permiten a un sujeto operar en él, no olvide que su ejercicio debe redundar en beneficio de toda la colectividad, hablándose en estos casos de la función social de los derechos individuales.

Las referencias anteriores pudieran hacer pensar que el objeto jurídico y económico de la competencia se refiere a la misma realidad, más, sin embargo, el objeto de ambas disciplinas difiere en cuanto a sus objetivos y su finalidad. Desde el punto de vista económico, el reconocimiento de la competencia comprendería: la concurrencia de diferentes demandantes y oferentes; la existencia de un mismo plano de actuación (mismo mercado, mismos o equivalentes productos); el deseo de alcanzar los mismos objetivos económicos; la posibilidad de diseñar estrategias de mercado de forma independiente; la posibilidad de emplear libremente los beneficios obtenidos; y la posibilidad de determinar autónomamente los costes de la actividad.

Ahora bien, el reconocimiento de estas facultades, sólo tiene en cuenta al sujeto que ejerce la libertad económica, por tanto la esfera puramente individual de esa libertad, en la que competencia se refiere a la posibilidad de llevar a cabo una actividad económica basada en el propio esfuerzo empresarial y que permite que sea el propio empresario quien determine cómo emplear sus medios de producción y sus beneficios, por lo que en este primer sentido, la competencia se identificaría con la actividad industrial y económica.

La ordenación del mercado y de la competencia en ella ejercida va más allá de esa perspectiva individualista y comporta identificar la actividad económica con la

---

<sup>4</sup> Pese a ello, no se puede afirmar sin más que la competencia por si sola garantice el uso más eficiente de los recursos de producción precisamente porque la libertad absoluta de los agentes puede llevar a una situación de anulación de la producción en beneficio de una única preocupación por establecerse como mejor o único en el mercado, es por ello que puede llegar a afirmarse que la eficiencia puede ser conseguida por la intervención de las normas en las conductas de los agentes estableciendo límites a éstas que, sin duda, pueden obligarles a buscar el mejor uso dentro de las posibilidades de actuación que las normas les brinden.

manifestación del ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento, derechos, que, a su vez, operan como primer límite a la autonomía de la voluntad<sup>5</sup>.

Es en este momento cuando la finalidad del derecho de defensa de la competencia se manifiesta abordando la competencia como algo más que una mera manifestación de la actividad de los operadores económicos, dotándola de una dimensión colectiva, que es la que a nuestros efectos nos interesa, y que es la que nos permite afirmar que la conducta individual de los sujetos tiene una proyección externa, en tanto las decisiones individuales se refieren al espacio en el que todas las actividades económicas se desarrollan -el mercado-, por lo que resulta necesario establecer un orden en este espacio de actuación, ordenación que ha de tener en cuenta que la competencia, en su sentido jurídico, tiene atribuida una función que va más allá de obtener la mejor aplicación posible de los recursos, y que se relaciona directamente con la función social que tiene atribuido el mercado.

Es precisamente esta función social, lo que justifica la intervención de las normas en este ámbito, ya sea reconociendo tanto la libertad económica, como los derechos de corte social, por lo que el derecho de la competencia no sólo debe preservar la libre iniciativa privada, sino también la defensa de los derechos de todos los que participan en el mercado, entre los que también se encuentran los trabajadores, toda vez que nuestro ordenamiento les dispensa una especial protección que emana directamente del mandato constitucional.

De esta manera, la competencia se juridifica desde el momento en que la libertad de mercado debe ser ejercida en la manera en que dictan las normas, por lo que el mercado resulta en cierto modo una creación jurídica, a partir de las facultades de que se dota a esa libertad, y que puede ser limitada en tanto existan bienes jurídicos de mayor proyección como son los derechos sociales. El derecho de defensa de la competencia ha de centrarse en la necesidad de establecer un orden que, al tiempo que asegure la igualdad<sup>6</sup> en el ejercicio de la libertad económica, favorezca también la asunción del

---

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que, pese a que la doctrina ha reconocido que no puede hablarse de función social de la libertad de empresa, ello no obsta el afirmar que el ejercicio de todo derecho comporta la prohibición de su abuso, una de cuyas manifestaciones es el ejercicio antisocial. Aplicando esto a la libertad de empresa se deberá entender que no cabe su ejercicio contrario a la función social, no de la libertad, sino del mercado y de la competencia.

<sup>6</sup> En este sentido la libre concurrencia no es, en su sentido jurídico, la afirmación de una absoluta e inconcebible libertad en el ejercicio de la concurrencia comercial, incompatible por otra parte, con la existencia de un ordenamiento jurídico, sino la afirmación de la igualdad de todos los ciudadanos, por lo que más que de libertad de concurrencia, en el plano jurídico, se debería hablar de igualdad ante ésta. ROTONDI, Mario, "Aviamiento y concurrencia desleal. Contribución al estudio de la naturaleza de la acción de concurrencia desleal", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, 1957, pp. 123-129.

objetivo último de nuestro modelo de Estado económico y social, como es el obtener una sociedad más justa.

El encuentro entre la visión económica y jurídica de la competencia tiene lugar desde el momento en que la función económica se identifica con la función social, y esto a su vez, deriva de la particular concepción política del Estado, en la que la economía viene a jugar un papel destacado en el desarrollo de la propia sociedad y el reparto de la riqueza. Este dato es el que nos permite afirmar que el mercado, como orden económico adoptado por el Estado, debe cumplir con unas determinadas funciones de carácter social, y que, por tanto, la libertad económica debe ajustarse al marco creado por el Estado para que el mercado cumpla con las funciones que le han sido jurídicamente asignadas.

La consideración en el plano jurídico de la competencia, como una garantía de igualdad en la concurrencia al mercado, resulta más acorde con la necesaria intervención del Estado a través de la normativa concurrencial, por cuanto con su actuación, no se persigue tanto proteger la libertad, como la igualdad de todos los participantes del mercado. Su protección es lo que justificaría la imposición de límites a su ejercicio, límites que vendrían legitimados, no tanto por la protección del interés público en sí mismo, como por el hecho de que ese interés público, en esta materia, vendría representado por la necesaria igualdad formal ante la concurrencia<sup>7</sup>.

Así pues, si bien la competencia se manifiesta como la propia actividad desarrollada por los agentes económicos, esta deja de ser una condición puramente económica para ser una manifestación del orden social impuesto por las normas, orden que viene establecido, no sólo por la propia dinámica de una actividad económica, sino también por la existencia de un ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre la sociedad y el individuo, ejemplo de ello es el desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales que cambia drásticamente el equilibrio entre la dimensión económica y social de la política comunitaria.

De este modo, mientras la competencia económica representa la rivalidad entre los agentes y la lucha por la distribución favorable a cada uno de los medios de producción, la competencia en su sentido jurídico, necesariamente nos lleva a una reinterpretación de las funciones del sistema económico, partiendo del modelo de Estado social, de tal manera que el derecho de defensa de la competencia debe dirigirse al cumplimiento de una función institucional, representada por la defensa de la igualdad de todos los partícipes del mercado, evitando situaciones de abuso que conlleven conculcar, entre

---

<sup>7</sup> De esta manera podemos identificar como una de las funciones del derecho de defensa de la competencia, la protección de la igualdad formal de los operadores económicos, que gozarán de libertad para el desarrollo de su actividad en tanto se proteja la igualdad, pues la libertad es una condición inherente a ella.

otros, los derechos de los trabajadores. Del mismo modo, la política de defensa de la competencia también habrá de cumplir con una función de garantía individual, lo que implica la defensa de la libertad económica pero orientada al servicio de un bien mayor, como es el desarrollo del proyecto social de nuestro sistema político en el que la riqueza redunde en beneficio de todos, promoviendo un mercado laboral justo y verdaderamente paneuropeo que conduzca hacia un verdadero constitucionalismo europeo del mercado<sup>8</sup>.

Así pues, como quiera que sólo son razones históricas las que hicieron que la constitución económica, destinada a asegurar el ejercicio de las facultades vinculadas con las libertades públicas y el derecho de propiedad, anteciediera al constitucionalismo laboral -fruto del pacto social surgido tras la II Guerra Mundial<sup>9</sup>- nada impide que ahora sea la propia evolución de los derechos sociales la que empuje a una política de defensa del mercado y de la competencia que integre también el respeto y defensa de los derechos laborales.

## **II. EL DERECHO COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS DERECHOS SOCIALES: UN MATRIMONIO MAL AVENIDO**

La construcción de la Unión Europea está irremediabilmente asociada a la consecución de un mercado único. La libre competencia y la eliminación de cualquier obstáculo a la libre circulación de personas, servicios y capitales ha constituido, desde sus inicios, el eje vertebrador de la política comunitaria, lo que explicaría por qué los eventuales roces entre el derecho laboral y el derecho de la competencia no serían objeto de regulación<sup>10</sup> hasta un período relativamente cercano a nuestros días.

Y es que el proyecto comunitario, perseguía la integración de mercados sobre la base de la cesión de soberanía de los Estados, pero sin fundamentarla en la tutela de derechos civiles y políticos, y ello por la convicción de que la integración comunitaria ya incluiría entre sus efectos el acercamiento espontáneo y progresivo de las legislaciones nacionales en materia de derechos sociales, lo que al mismo tiempo permitiría evitar una

---

<sup>8</sup> TOMAS MALLEU, Beatriz, "El impacto del Pilar Europeo de derechos sociales en la legislación española", *Lex Social, Revista de derechos sociales*, 13 (1), p.5.

<sup>9</sup> VALDÉS DAL-RE, Fernando, "Constitucionalismo laboral europeo". *En Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2018, p. 24

<sup>10</sup> A pesar de que el derecho de asociación y negociación colectiva constituyera uno de los objetivos reiteradamente presentes en los Tratados de la Unión, no sería hasta la Carta de los derechos fundamentales de la unión europea cuando podemos afirmar que aquel sería explícitamente reconocido como derecho- originario. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R., "La negociación colectiva en el ordenamiento de la unión europea y sus fronteras con el derecho de defensa de la competencia". En: AAVV, *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de trabajo y Economía Social, 2022, p. 116.

intrusión comunitaria en un ámbito que se entendía estrictamente nacional, ya que la política social se identifica con el modelo de Estado de bienestar de cada miembro.

Así pues, los Estados mantendrían su competencia en el ámbito social, en tanto la ordenación de los mercados iba progresivamente cediendo a la armonización comunitaria centrada en el desarrollo de dos libertades fundamentales como son la circulación y la competencia<sup>11</sup>.

Sin embargo, la regulación del mercado, y del ordenamiento laboral, tarde o temprano estaban destinados a encontrarse, y es que el derecho laboral inevitablemente matiza el principio de autonomía privada<sup>12</sup>, bien sea fijando ciertos estándares de protección social que necesariamente limitan la libertad de empresa, bien evitando que el ahorro de costes sociales redunde en perjuicio de los trabajadores, lo que puede ser visto como una eliminación de ventajas competitivas en el mercado, por lo que no debe extrañarnos que ante un conflicto entre libertad de empresa y derechos sociales, éstos no pudieran sino acabar siendo vistos como límites<sup>13</sup> a la libre actividad económica. De este modo, el derecho social que había nacido como respuesta a la incapacidad del asalariado de hacer uso de su libertad contractual<sup>14</sup> se contempló, erróneamente, como un obstáculo a esa misma libertad cuando resultaba ejercida por el empresario.

Esta interpretación derivaba de una visión puramente economicista de la competencia como dinámica del mercado, que olvidaba que la defensa de la competencia tiene su razón de ser en la protección de la libertad de empresa, libertad que es precisamente el valor jurídico que nos permite dejar de hablar de la competencia como mero dato económico para referirnos a ella como presupuesto jurídico, de modo tal que el mercado común no es un simple mecanismo de promoción de la competencia, y con ella del crecimiento económico, sino una garantía de que la libertad económica será defendida como uno de los valores supremos de la Unión.

---

<sup>11</sup> VALDÉS DAL-RE, *op. cit.*, p. 26.

<sup>12</sup> GOERLICH PESET, José María y GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. "Ordenamiento laboral y disciplina del mercado", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 5, 2009, p. 121.

<sup>13</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, "Libertad de empresa, constitución española y derecho del trabajo: un enfoque global" para quien el hecho de que la Comunidad Europea entronque desde sus orígenes con los postulados del neoliberalismo explicaría el por qué los derechos sociales son a menudo vistos como contrapesos de la necesaria evolución económica. En: GARRIDO PÉREZ, Eva. (coord.). *Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario económico y social. XXXI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, 2013, p. 54

Disponible en: [https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcarl/carlportal-portlets/documentos?nombre=33\\_1433\\_3.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcarl/carlportal-portlets/documentos?nombre=33_1433_3.pdf) (8/6/2023)

<sup>14</sup> VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia, "Contenido". En *Nuevos estudios sobre la negociación colectiva*. FERREIRO REGUEIRO, Consuelo (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2022. p. 111.

De este modo, como hemos visto anteriormente, mientras la concepción más economista de la competencia pone la atención en la eficiencia de su resultado, al derecho le ha de interesar la equidad, la justicia en el sentido de respeto por la igualdad formal que debe presidir las relaciones de mercado y que se protege jurídicamente a través de la institucionalización de la libertad como mecanismo de actuación en el mercado.

Y es que cuando se alude al fenómeno competitivo aparecen una amalgama de conceptos jurídicos y económicos que propician la radical separación entre ambas concepciones lo que se ha traducido en conflictos acerca de cuál ha de ser la finalidad de las normas de defensa de la competencia, si promover la eficiencia de los mercados o conseguir una distribución correcta de sus beneficios sociales y económicos. El nuevo papel que están llamados a cumplir los Estados nos llevan a exigir la necesidad de definir jurídicamente cuál es el modelo de competencia que se persigue con la acción pública, ya que las normas que configuran los márgenes de actuación de los operadores económicos no son sólo de carácter económico, sino también político. De lo que se trata pues, es de determinar si los mercados se ajustan al modelo político institucional, que no es sino la representación de los valores jurídicos que inspiran nuestra sociedad.

Ahora bien, la libertad económica no es absoluta, lo que implica, que no sólo hay que dotarla de mecanismos de protección, sino de límites que eviten su ejercicio en perjuicio del sistema, esto es, de los intereses en conjunto de la sociedad. Esta interpretación conforme a la cual la defensa de la competencia es la defensa de la igualdad en la concurrencia al mercado, resulta más acorde con la intervención estatal cuya acción debe trascender la mera defensa de la libertad individual, y que es lo que justifica que el ordenamiento sancione determinadas prácticas por entender que implican su ruptura, tales como los acuerdos colusorios, el abuso de posición de dominio y el falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal.

La política de competencia así entendida cumpliría con dos funciones, un primera sería la protección de la igualdad de todos los partícipes en el mercado, velando porque no se produzcan situaciones de abuso de derecho que impiden la igualdad de oportunidades, al proporcionar una ventaja competitiva basada en la extralimitación en el ejercicio de su derecho, y no en el resultado del natural proceso competitivo. Se trata por tanto de evitar aquellas conductas que crean barreras artificiales a la libertad económica o pongan en peligro el proceso de competencia por eficiencia<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> MASSAGUER FUENTES, José. "Introducción al estudio de la relación entre el derecho de defensa de la competencia y la negociación colectiva". En: AAVV, *Derecho de la competencia y negociación colectiva*. Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 61.

Pero además, la política de defensa de la competencia también cumple una segunda función, pues sirve al interés individual limitando la propia intervención del Estado, de tal manera que la acción pública se proyecte sólo en aquellas situaciones en las que la competencia entre agentes económicos resulte ineficiente, tanto desde el punto de vista económico como social, pues esta es entendida como la mejor manera de servir a la consecución tanto de los intereses generales como individuales, y en ese sentido, el derecho de libertad económica preservada en el Tratado Comunitario se ha de identificar con el derecho de defensa de la competencia<sup>16</sup>.

En ese sentido, la defensa de la competencia en el ámbito comunitario es un instrumento para el mantenimiento del mercado común, el mecanismo óptimo de un determinado modelo económico, basado en el mercado y en su funcionamiento en régimen de libertad; es este hecho lo que buena medida explicaría por qué durante sus primeros años de funcionamiento, los eventuales conflictos entre la política social y el derecho de la competencia no fueron objeto de interés comunitario.

De este modo, no resulta difícil entender el porqué, en el afán por garantizar la libertad de empresa reconocida por los Tratados de constitución, los derechos sociales, tales como la negociación colectiva o la acción sindical, no podían ser vistos sino como límites<sup>17</sup> a la libre actividad económica. En ese sentido, el TJUE llevó al paroxismo la promoción del libre acceso y ejercicio de la actividad económica, convertidas en el centro de la política de integración europea, al dispensar el mismo trato a cualquier obstáculo a su desarrollo, llegando incluso a juzgar la compatibilidad de las regulaciones nacionales de carácter social con los objetivos del libre mercado, lo que ha conllevado a que cuestiones tales como los servicios de empleo, los regímenes de protección social y los convenios colectivos hayan sido cuestionados a la luz del derecho de defensa de la competencia.

Esta perspectiva, netamente económica, empezaría a cambiar a finales de los ochenta cuando la situación del mercado de trabajo europeo conllevó a plantear si acaso no era necesario “*conceder a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos*” lo que llevaría a facilitar los procesos de adopción de Directivas, en particular aquellas referidas a materias sociales<sup>18</sup>. Si bien es cierto que el alcance de

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>17</sup> En ese sentido, OJEDA AVILÉS, Antonio. “Libertad de empresa, constitución española y derecho del trabajo: un enfoque global” para quien el hecho de que la Comunidad Europea entronque desde sus orígenes con los postulados del neoliberalismo explicaría el hecho de que los derechos sociales sean a menudo vistos como contrapesos de la necesaria evolución económica. *Op. cit.*

<sup>18</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”. En: CRUZ VILLALÓN, Jesús y PEREZ, Teresa (Coord.). *Una aproximación al derecho social comunitario*, 2000, Tecnos, Madrid, pp. 13-27.

aquella reforma tendría un impacto limitado, no cabe duda de que contribuyó a la adopción de medidas posteriores, como la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Adviértase sin embargo, que pese a que estas acciones pudieran hacer suponer un cambio de actitud acerca del reconocimiento de la necesidad de una política común en materia de derechos sociales, la coincidencia temporal con un momento de crisis institucional, que revelaba las tensiones entre el poder de la Comisión y la cesión de soberanía por parte de los Estados, acentuaría el alcance del conocido principio subsidiariedad, de tal manera que la acción comunitaria sólo se desplegaría en la medida que la acción pretendida no pudiera ser alcanzada por medidas estatales, lo que limitaría sobremanera la adopción de políticas comunitarias en esta materia.

Sin embargo, el gran hito en este largo camino hacia el reconocimiento de los derechos sociales no llegaría hasta el Tratado de Maastricht, cuyo texto vinculante y no meramente programático nos permite ya hablar de un incipiente desarrollo del Derecho del Trabajo Comunitario, que se completaría con la convicción de la necesidad de apostar por la promoción y sostenimiento del diálogo social, potenciado el papel de los interlocutores sociales.

Finalmente, la reforma llevada a cabo a través del Tratado de Ámsterdam que incrementa el papel del Parlamento Europeo en el proceso de adopción de medidas normativas permitiría incorporar ciertos principios de la actuación comunitaria en materia social, lo que, pese a no incrementar la aprobación de Directivas en este sentido, sí configuraría la política de empleo como una competencia más al servicio de los objetivos de la Unión Europea.

Ahora bien, con el avance hacia las libertades comunitarias más allá de su origen netamente económico, necesariamente llegamos a un punto en el que ya no podemos eludir una cuestión básica y así ¿cómo compatibilizar la asunción de derechos sociales con la defensa de las libertades de la Unión?

Hay que tener presente, que el llamado modelo de bienestar social (MBS) que inspira la visión común que tienen los Estados miembros sobre cómo entender el desarrollo de sus mercado, ha llevado al actual desarrollo del Pilar europeo de derechos sociales que se fundamenta en el concepto de que una Europa social fuerte se basa en las personas y en su bienestar, donde la sostenibilidad competitiva se encuentre en el centro de la economía social de mercado europea, con el objetivo de alcanzar un modelo de crecimiento sostenible e integrador que ofrezca lo mejor tanto a las personas como al planeta<sup>19</sup>. Esta nueva manera de entender el funcionamiento del mercado implica su

---

<sup>19</sup> <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/es/>. (8/6/2023)



verdadera socialización, de tal manera que los beneficios que este genera realmente sean distribuidos en la sociedad

¿Es el momento de apostar por una política de defensa de la competencia que permita la asunción no sólo de objetivos económicos sino también sociales? En las líneas que siguen a continuación intentaremos dar respuesta a esta pregunta.

## **2.1. Los primeros conflictos: la aplicación del derecho de defensa de la competencia a los convenios colectivos**

Como ya hemos avanzado en la introducción, durante años la posición que debían gozar los derechos sociales en el derecho comunitario no sería objeto de atención por el legislador sino hasta 2007, cuando dichos derechos resultarían incorporados al derecho primario en virtud del Tratado de Lisboa<sup>20</sup>, por lo que, de la nueva redacción del Tratado de la Unión Europea resultaría que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasaría a ostentar el mismo valor jurídico que el reconocido a los Tratados (art.6).

Hasta el momento, la búsqueda de un equilibrio que compatibilizara la defensa de ambos intereses tuvo que correr a cargo del TJUE, quien apostaría por soluciones ad hoc, que en el fondo no dejaban sino entrever la desconfianza acerca de los efectos que esos derechos sociales podían tener en las libertades comunitarias<sup>21</sup>.

El primer pronunciamiento en el que se plantearía la aplicabilidad del derecho de defensa de la competencia a un convenio colectivo sería la sentencia del TJUE de 21 de

---

<sup>20</sup> FERRANDO GARCÍA, Francisca María. "El conflicto entre los derechos sociales colectivos y las libertades económicas en el Derecho de la Unión Europea". En: CAVAS MARTINEZ, Faustino y LUJAN ALCARAZ, José (Dir.). *Crisis económica, reformas laborales y protección social. Homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno, 2014.*

Disponible en: <https://publicaciones.um.es/publicaciones/public/obras/ficha.seam?numero=2192&edicion=1> (8/6/2023)

<sup>21</sup> En este sentido resulta muy interesante la conclusión a la que llega GÓMEZ MUÑOZ al plantearse la coordinación de la política comunitaria en materia de unidad de mercado y derechos sociales, y así si "el legislador comunitario no recurre motu proprio a integrar normas sociales dentro del marco del mercado interior, existe una justificación de principio, recogida en el pórtico a la política social, que avalaría toda omisión reguladora por parte de la Comisión, esto es, la creencia soteriológica en la bondad armonizadora del mercado común, y que justificaría la no adopción de normas sociales de armonización integradas dentro de las normas del mercado interior". Y es que para el autor el legislador comunitario "parte de un convencimiento previo en la actuación natural del mercado común -la libertad de empresa y el Derecho de la competencia- en pro de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los ciudadanos y, consiguientemente, sólo adopta directivas sociales en el marco de ese mercado interior cuando, existiendo una situación política propicia para alcanzar acuerdos por unanimidad, dichas directivas puedan contribuir a la mejora de la situación de libre competencia en el mercado" GOMEZ MUÑOZ, José Manuel, "Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo". *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Seguridad Social*, 2015, pp. 77 y 78. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcari/carlportal-portlets/documentos?nombre=287eb56b-3690-4227-ad57-97fdc934fdab.pdf> (8/6/2023).

septiembre de 1999 (en relación con los casos Albany C-67/96; Brentjen's C-115/97 a C117/97 y Drijvende Bokken C-219/997. EU:C: 1999:430). En el caso Albany, el más representativo de ellos, se plantearía en qué medida una decisión de las autoridades que comporta el establecimiento de un sistema de afiliación obligatorio a un Fondo de Pensiones acordado por las organizaciones representativas de los empresarios y trabajadores de un determinado sector, constituía una restricción de la competencia en el sentido de los arts. 85 y 86 del TCE.

Las conclusiones del tribunal resultarían claras y así: *“bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”*. Es decir, el tribunal reconoce que los acuerdos derivados de la libertad de negociación pueden encerrar restricciones pero que, por su naturaleza, en tanto instrumentos con los que llevar a cabo los objetivos de política social, son merecedores de exención.

Sin embargo, este enjuiciamiento sería sometido a matizaciones importantes por parte del Abogado General Jacobs<sup>22</sup>, quien partiendo de dos límites absolutos como son, en primer lugar, que los artículos del Tratado relativos a la política social se someten al resto de previsiones -entre las que se encontraría la interdicción de los acuerdos restrictivos de la competencia- y, en segundo lugar, al hecho de que la experiencia comparada demuestra que los acuerdos colectivos pueden, efectivamente, contener restricciones a la libre competencia<sup>23</sup>, afirmar que los convenios colectivos no dejan de ser acuerdos -en el sentido concurrencial- y que por tanto no deberían quedar a priori excluidos de su ámbito de aplicación<sup>24</sup>. Ciertamente es que dicha negociación sirve a intereses superiores, como son la defensa de las condiciones de los trabajadores, pero no lo es menos que algunos de sus aspectos pueden exceder de su cometido, provocando una afectación de los precios, comenzando por una alteración del precio del trabajo<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> En este sentido las conclusiones del Abogado general Jacobs, 124 y 130 disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CC0067&rid=2>. (8/6/2023)

<sup>23</sup> GOERLICH PESET, José María, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Madrid: Consejo Económico y Social de España, 2011, p. 203.

<sup>24</sup> MASSAGUER FUENTES, José, *op. cit.* p. 101.

<sup>25</sup> CRUZ VILLALON, Jesús, “El derecho de la competencia como límite a la negociación colectiva”, *Temas laborales*, 147, 2019, p. 14.

El derecho a la negociación colectiva, así valorado, en tanto forma parte de la libertad de asociación goza de protección comunitaria, pero no tendría la consideración de derecho fundamental específico, con lo que no era admisible una exención *ratione materiae*, sino que se le debía dispensar el mismo trato que a cualquier acuerdo concluido en el marco de la libertad de la contratación y por tanto entrar a valorar su contenido.

En este punto es donde reclama valorar su contribución a la consecución de las políticas sociales, y así, a falta de un reconocimiento legal expreso de la inmunidad de los convenios sólo queda recurrir a los principios consolidados de interpretación. En ese sentido, *“puesto que ambos conjuntos de normas constituyen disposiciones del Tratado del mismo rango, no hay razón para que uno de ellos tenga una primacía absoluta sobre el otro, y ninguno de los dos debe quedar completamente vaciado de su contenido. Puesto que las normas del Tratado que fomentan la negociación colectiva presuponen que los convenios colectivos son en principio legales, no podía pretenderse que el apartado 1 del artículo 85 se aplicara a los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores relativos a cuestiones centrales de la negociación colectiva como los salarios y otras condiciones de trabajo. En consecuencia, los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores relativos a los salarios y condiciones de trabajo deben disfrutar de una inmunidad automática respecto del examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia”*.

A primera vista parecería que las conclusiones del Abogado General no se desvían de las del Tribunal, sin embargo, ello no es así, ya que mientras para el Tribunal los acuerdos colectivos son inmunes *de natura*, debiendo valorarse sólo si son o no el resultado de la negociación colectiva, Jacobs condicionaría la inaplicación del derecho de la competencia a los convenios colectivos a la concurrencia de tres condiciones: a) *el convenio debe haberse celebrado dentro del marco formal de la negociación colectiva entre las dos partes sociales; b) el convenio debe haberse celebrado de buena fe (atendiendo especialmente a aquellos convenios que aparentemente tratan sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como la jornada laboral, pero que sirven únicamente para encubrir una grave restricción de la competencia y c) debe tratar sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, y no afectar a terceros o a otros mercados.*

La doctrina establecida en Albany se mantendría en ulteriores pronunciamientos, por lo que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no estarían comprendidos, por razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, (Drijvende Bokken, EU:C:1999:437, apartado 47; Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428, apartado 67; Van der Woude, EU:C:2000:475, apartado 22, y

AG2R Prévoyance, C-437/09, EU:C:2011:112, apartado 29), siempre y “*cuando cumplan dos requisitos acumulativos: i) cuando se celebren en el marco de una negociación colectiva entre trabajadores y empresarios, y ii) cuando contribuyan directamente a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores*”.

De este modo, lo que a priori parecía una declaración general de inaplicación se convertiría en la “excepción Albany” que, como tal, debía ser aplicada restrictivamente, lo que implicaba que sólo cabría excepcionar la aplicación del derecho de la competencia cuando concurrieran dichas circunstancias. Los derechos sociales incorporados ya al acervo comunitario podrían ser objeto de negociación colectiva y los acuerdos que los regularan se mantendrían exentos de la vigilancia concurrencial, siempre y cuando que se mantuvieran en su ámbito competencial, esto es, que se limitaran a regular las condiciones laborales o las cuestiones internas de la empresa.

Por su parte, en el asunto Rüffer<sup>26</sup>, la cuestión de base sería valorar en qué medida una ley que exige la aplicación de las medidas protectoras de un convenio colectivo a trabajadores desplazados constituye un obstáculo a la libre circulación, en especial, una contravención de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Este caso, la Ley del Land de Baja Sajonia relativa a la adjudicación de contratos públicos, extendía la garantía de un salario mínimo prevista en un convenio, a las empresas que resultaran adjudicatarias de contratos públicos de obras, a fin de luchar contra las distorsiones de la competencia en el sector de la construcción y de los transportes públicos de cercanías, como consecuencia del empleo de mano de obra barata.

El tribunal consideró que esta exigencia redundaba en la pérdida por dichas empresas de la ventaja competitiva que se deriva a su favor de los costes salariales más bajos, concluyéndose que el Tratado debe interpretarse en el sentido de oponerse a una norma nacional, como la que obliga a los adjudicatarios e indirectamente a sus subcontratistas, a pagar a los trabajadores desplazados en el marco de la ejecución de un contrato público, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de las prestaciones.

Y es que, si bien el derecho de la competencia no debería aplicarse a los convenios colectivos en tanto instrumentos de mejora de las condiciones laborales, ello no implicaba que la aplicación de un convenio o de una medida de conflicto social pudiera resultar en una limitación de la libre circulación consagrada en los Tratados constitutivos,

---

<sup>26</sup> STJUE de 3 de abril de 2008 asunto C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189.

pues “las cláusulas de los convenios colectivos no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas (sentencias de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, C-15/96, Rec. p. I-47; de 24 de septiembre de 1998, *Comisión/Francia*, C-35/97, Rec. p. I-5325, y de 16 de septiembre de 2004, *Merida*, C-400/02, Rec. p. I-8471)”. Como resultado, un convenio colectivo destinado a regular las condiciones de trabajo quedaría fuera de la órbita del derecho de la competencia, pero no del enjuiciamiento de su compatibilidad con las libertades comunitarias, por lo que las medidas que, como resultado de una negociación colectiva, resultaran en posibles restricciones a la libre circulación debían ser evaluadas atendiendo a su proporcionalidad y su aplicación no discriminatoria<sup>27</sup>.

En este sentido la STJUE en el asunto *Comisión vs. RFA*<sup>28</sup> “el carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva y la finalidad social de un convenio colectivo relativo a la conversión en aportaciones al plan de pensiones de una parte de la retribución de los trabajadores de la función pública local, apreciada en su conjunto, no pueden implicar, por sí mismos, que las empresas municipales eludan automáticamente las obligaciones derivadas en las Directivas”. Pues “el ejercicio de un derecho fundamental como el derecho a la negociación colectiva puede quedar sometido a ciertas restricciones. En particular, si bien el derecho a la negociación colectiva puede gozar en un Estado miembro de protección constitucional, no es menos cierto que, con arreglo al artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este derecho debe ser ejercitado de conformidad con el Derecho de la Unión”. Concluyéndose que “no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad de los interlocutores sociales y del derecho a la negociación colectiva la vulneración de las directivas que dan aplicación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública”.

Vemos por tanto como, en la línea avanzada por el Abogado Jacobs, la presumible exención de los convenios colectivos no es tal, sino condicionada a su contenido, debiendo ponderarse en cada caso en qué medida las condiciones pactadas o las acciones propuestas pueden suponer una restricción de la competencia o de la libre circulación.

Ahora bien, esta condicionamiento no implica per se que el Tribunal valore los derechos sociales bajo el prisma del juicio concurrencial, sino que los convenios, en su ámbito de aplicación no deben extenderse a cuestiones que, más allá de introducir mejoras en las condiciones laborales imponen barreras artificiales a la libre competencia,

---

<sup>27</sup> FERRANDO GARCÍA, *op.cit.*, p. 245.

<sup>28</sup> STJUE de 15 de julio de 2010, asunto *Comisión vs. RFA* C-271/08, ECLI:EU:C:2010:183.

lo que no implica un posicionamiento del Tribunal en favor de la subordinación de los derechos sociales a la libertades económicas, sino una interpretación acorde a los objetivos de la Comunidad, en el que el libre mercado que garantiza la igualdad entre agentes, incluye la preservación del núcleo duro que compone la negociación colectiva, como es la equiparación de la posición de empresarios y trabajadores en la regulación de sus condiciones de trabajo<sup>29</sup>, y ello porque la *“regulación uniforme del mercado de trabajo por parte del convenio colectivo facilita el libre juego de la competencia mercantil en términos de transparencia y ausencia del competencia desleal”*<sup>30</sup>. La dificultad estriba entonces en determinar dónde está el límite entre la necesaria protección social y la salvaguarda de la competencia, cuestión que en el ámbito de la negociación colectiva al menos no parece claro a la luz de estos pronunciamientos.

## **2.2. Las libertades económicas como límite a la acción sindical y a las medidas de conflicto social**

Junto a la valoración de la eventual aplicación del derecho de defensa de la competencia a la negociación colectiva, merece también un análisis aquel conjunto de resoluciones que versan sobre la adecuación de las medidas de conflicto colectivo a los objetivos económicos de la Comunidad y la posible restricción que pueden suponen al ejercicio de las libertades comunitarias.

En este sentido no debemos pasar por alto pronunciamientos en asuntos tales como Viking<sup>31</sup>, en el que se advertía que el ejercicio de ciertas actuaciones sindicales podrían ser restrictivas y por ende, contrarias al derecho comunitario cuando su objetivo fuera disuadir o impedir el ejercicio la libertad de establecimiento de una empresa en tanto *“los obstáculos a la libre circulación de personas y a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en el ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho Público”*. Así pues, en casos como este, resulta obligado analizar en qué medida la acción proyectada cumple con la finalidad de proteger a los trabajadores o, como estimó el Tribunal, hasta qué punto resulta proporcionada y justificada por la necesidad de proteger a los trabajadores frente a la decisión empresarial.

---

<sup>29</sup> FERRANDO GARCÍA, *op. cit.* p. 252.

<sup>30</sup> CRUZ VILLALÓN, *op. cit.* p. 25.

<sup>31</sup> STJUE de 11 de diciembre de 2007 asunto C-438/05, rec. 2007 I-10779.

Del mismo modo en el asunto Laval<sup>32</sup> “*aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones*”, lo que le lleva a concluir que, al igual que en otras sentencias respecto al ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión y de reunión, su ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el TCE y deben ser conformes al principio de proporcionalidad.

En esta misma sentencia el tribunal haría una distinción que resulta esencial a efectos de determinar el límite entre derechos y libertades, entre medidas tales como un bloqueo sindical -cuyo objeto es garantizar a los trabajadores desplazados unas determinadas condiciones de trabajo y empleo- acción que sí estaría dentro del objetivo de protección de los trabajadores; y aquellas otras que lo que persiguen es imponer la adhesión a un convenio colectivo de la construcción cuyo efecto obstaculizador no estaría justificado.

El resultado de este pronunciamiento sería el establecimiento de distintos estatutos jurídicos de protección laboral en función de la nacionalidad del trabajador, lo que daría lugar a la adopción por parte del gobierno sueco, de una ley que restringía, tanto las materias susceptibles de negociación, como la adopción de medidas de conflicto por parte de trabajadores desplazados, ley que por otra parte fue declarada contraria a la Carta Social Europea por el Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>33</sup>.

El TJUE daría pues así un giro a la posición que mantenía hasta entonces, pasando de ser considerado un adalid del reconocimiento comunitario de los derechos sociales, a velar porque estos “*no alteraran las bases «económicas» de la UE, restringiendo para ello derechos como la negociación colectiva o la acción sindical reconocidos como derechos fundamentales en las constituciones de los Estados miembros*”<sup>34</sup>.

Si bien el Tribunal admitiría restricciones a las libertades económicas sobre la base de la defensa de la existencia de causas de justificación amparadas por los Tratados, entre ellas parece que no encontraríamos la existencia de un interés general como puede ser la protección de los derechos de los trabajadores a través de la acción

---

<sup>32</sup> STJUE de 18 de diciembre de 2007 asunto C-341/05, rec. 2007 I-11767.

<sup>33</sup> Decisión de 3 de julio de 2013 en virtud de la reclamación 85/2012.

<sup>34</sup> ESTEVE SEGARRA, María Amparo, “Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social”, *Revista de Información Laboral, Aranzadi*, 6/2015.

colectiva<sup>35</sup>, sino que en todo caso debe demostrarse el carácter justificado y proporcionado de la medida y en ese sentido la Abogacía General concluyó<sup>36</sup>:

*“Como ya he expuesto en mis conclusiones presentadas el 14 de abril de 2010 en el asunto C-271/08, Comisión/Alemania, hay que partir de una relación de igualdad de rango entre las libertades y los derechos fundamentales. Siempre que en un caso concreto el ejercicio de un derecho fundamental restrinja una libertad fundamental, obliga a buscar un adecuado equilibrio entre ambas posiciones jurídicas. Para ello, debe considerarse, por una parte, que la realización de una libertad fundamental constituye un fin legítimo que puede establecer límites a un derecho fundamental. A la inversa, la realización de un derecho fundamental también se debe reconocer como un fin legítimo que puede restringir una libertad fundamental. Para la exacta delimitación entre las libertades y los derechos fundamentales adquiere especial relevancia el principio de proporcionalidad. Así, en el examen de la proporcionalidad es necesario, en particular, efectuar una prueba estructurada en tres fases, en las cuales se han de controlar la idoneidad, la necesidad y la adecuación de la medida en cuestión”.*

De este modo, como ocurre con cualesquiera otros derechos que entren en conflicto, ambos se limitan mutuamente conforme al principio de proporcionalidad que se manifiesta en una triple vertiente: a) un juicio de idoneidad, o la valoración de si con la imposición del límite se logra la finalidad buscada; b) un juicio de necesidad, o la evaluación de la posible existencia de una medida más moderada pero igual de eficiente y c) un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, o la ponderación de los beneficios que conlleva la limitación no causa más perjuicios<sup>37</sup>.

Ahora bien, este planteamiento no ha impedido que algunos autores<sup>38</sup> consideren que la convivencia entre el derecho a la negociación colectiva y la libertad económica no sea un cuestión de “proporcionalidad” en su ejercicio, sino de competencia, y así, resultaría inevitable que, en determinadas ocasiones, los convenios colectivos, aun limitándose a regular cuestiones estrictamente laborales, incidan de manera indirecta en el juego del mercado, por lo que la finalidad de la ley debe ser en todo caso evitar su fraude<sup>39</sup>, es decir, que se utilice su función regulatoria del mercado para favorecer a unos agentes

---

<sup>35</sup> FERRANDO GARCÍA, *op. cit.*, p. 246

<sup>36</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en el Asunto C-81/09 de 2 de junio de 2010 (Apdo. 86).

<sup>37</sup> CRUZ VILLALON, *op. cit.* p. 21.

<sup>38</sup> *Ibidem*, para quien “el desarrollo de la negociación colectiva necesariamente distorsiona la competencia mercantil”.

<sup>39</sup> En ese sentido, ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *Indret*, 4, 2004. Disponible en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/253\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/253_es.pdf) (8/6/2023).



económicos frente a otros, distorsionando así la competencia, y no restringir su contenido bajo la premisa de la defensa del mercado. Del mismo modo, las acciones de conflicto social que adopten los órganos de representación de los trabajadores deben ser evaluadas de la misma forma, procurando que bajo la protección del derecho laboral no se amparen conductas que lo que buscan es entorpecer la libertad económica.

### **III. ¿CUESTIONAMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES O MANTENIMIENTO DEL MERCADO?**

En las líneas precedentes hemos realizado un repaso selectivo a aquellos pronunciamientos que nos pueden dar una idea general de la valoración que el TJUE hace de algunos derechos sociales fundamentales como son la negociación colectiva y la acción sindical, y hasta qué punto pueden ser limitados en tanto impliquen una restricción de la competencia y de la libertad económica dentro del mercado común.

El planteamiento más claro en estos casos es que el tribunal, en todos ellos, condiciona el ejercicio de estos derechos sociales a la mínima restricción a la libertad de empresa, bien evaluando si los agentes sociales se han extralimitado en el ejercicio de su potestad negociadora, bien sopesando la proporcionalidad en el recurso a los medios de presión colectiva para la defensa de los intereses de los trabajadores, y ello en tanto resulta indiscutible, que la consecución de mejoras laborales por la vía de la negociación colectiva y la promoción de la acción sindical en defensa de aquellas constituye sin ambages, uno de los objetivos de la Comunidad que en principio debería situarse en el mismo plano que las libertades comunitarias<sup>40</sup>.

La mayor parte de los supuestos analizados tienen como *última ratio* el planteamiento de dónde se encuentra el límite entre la libertad económica y la legítima defensa de los derechos de los trabajadores, en el bien entendido que allí donde la competencia entre agentes debe ser preservada hay que valorar hasta qué punto la acción social viene justificada por la necesidad de preservar un beneficio que, de otro modo, la iniciativa privada no satisfaría.

Esta es la situación que se produce en asuntos como Albany, Pavlov, Van der Wonde o Prévoyance, donde lo que se cuestiona es la aplicación del derecho de defensa de la competencia al ámbito de los servicios de previsión social cuya gestión está encomendada, en la mayor parte de los Estados miembros, a entidades públicas ya sea de forma directa o indirecta. Dichos enjuiciamientos parecen que no plantean sino la

---

<sup>40</sup> Nótese, sin embargo, que la propuesta de Reglamento (Propuesta de la Comisión COM/2012/0130) sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, que en su día pretendía aclarar los principios generales y las normas aplicables a escala de la UE en relación con el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, fue finalmente retirada.

compatibilidad de los servicios públicos con la libre iniciativa privada, lo que forma parte del difícil encaje de los servicios de interés general con la promoción de la competencia. Lo que se cuestiona, por tanto, no es la negociación en sí o la promoción de mejoras para los trabajadores -aunque resulten en una restricción- sino que por medio de los convenios colectivos se excluya la prestación de servicios en régimen de competencia.

Así pues, se entiende el cuestionamiento de la libertad negociadora en estos casos, no tanto como un conflicto entre el ejercicio de los derechos sociales y las libertades económicas, sino como el problema de delimitar en qué servicios la libre prestación debe restringirse por cuanto con ellos se cumple una función social que difícilmente puede ser prestada por la iniciativa privada<sup>41</sup>, y que por tanto se deben encomendar a un servicio público, y es en este punto que, bajo el prisma del derecho de la competencia se llega a cuestionar la oportunidad de los sistemas obligatorios de previsión social con la libertad de servicios y la apuesta por unos sistemas de gestión en régimen de monopolio<sup>42</sup>.

Este planteamiento se ve de forma clara en la STJUE de 23 de abril de 1991, Klaus Höfner & Fritz Elser vs. Macrotron, asunto C- 41/90, a la seguirían *Merci Generali di Genova*<sup>43</sup> y *Carra*<sup>44</sup>. Este supuesto permitiría analizar el monopolio público del servicio de colocación de empleo desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, concluyéndose que: a) una empresa que disfruta de un monopolio legal ocupa una posición dominante; b) que la concesión de un derecho exclusivo y con ello de una posición de dominio, no es per se contrario a la competencia, salvo que en base a la misma se explote su posición de mercado de forma abusiva; y c) que el abuso puede consistir en particular en limitar o restringir la prestación en perjuicio de los solicitantes del servicio, lo que ocurre en casos como este, en el que la empresa no podía por si sola satisfacer la demanda del servicio, y la prestación por parte de otras empresas privadas se hacía imposible por ley so pena de nulidad del contrato.

Una situación de abuso de posición dominante también se evaluó en el caso FENIN<sup>45</sup> en el que el Tribunal concluyó que la adquisición de material sanitario para su uso en los

---

<sup>41</sup> Téngase en cuenta la excepción del art. 86.2 TCE actual 106 TFUE según el cual “*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*”.

<sup>42</sup> Esta situación es comparable a la denunciada por ALFARO (apdo. 24) respecto a la libertad contractual que a menudo es cuestionado por motivos que distan de los objetivos propios del derecho de la competencia y que responden más a necesidades de la integración económica de la Comunidad. *op. cit.*

<sup>43</sup> STJUE de 10 de diciembre de 1991, asunto C-179/90.

<sup>44</sup> STJUE de 8 de junio de 2000, asunto C-258/98.

<sup>45</sup> STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-205/03.

servicios sanitarios no era una actividad económica a efectos del derecho antitrust. Como bien señala CARAVACA<sup>46</sup> lo interesante en este caso es el reconocimiento de que sectores como la Seguridad Social y la sanidad pública, no son en principio inmunes al derecho europeo de la competencia, siendo el problema la determinación de hasta dónde ha de llegar el enjuiciamiento concurrencial, para lo que hay que precisar, en primer lugar si estamos ante una empresa, y en segundo lugar, si la práctica enjuiciada se puede o no considerar actividad económica, para lo cual cabe acudir a dos criterios, a saber: a) el criterio de exclusión, por el que no constituirían actividades económicas aquellas vinculadas al ejercicio de prerrogativas características del poder público, así como las que corresponden al desempeño de funciones exclusivamente de carácter social, y b) el criterio de comparación con las actividades del sector privado.

En el primer caso, se consideraría que no se sujeta al derecho de la competencia aquella actividad que, por su naturaleza, normas que la regulan y objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos pe. la gestión del servicio público de la seguridad social que desempeña una función de carácter exclusivamente social basada en el principio de solidaridad nacional y desprovista de todo ánimo de lucro, o que se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público.

El porcentaje de casos sometidos al parecer del alto tribunal denota que el supuesto más complicado para dilucidar la frontera entre actividad social y actividad económica ha sido sin duda el sector de la asistencia médica o cobertura económica en caso de un evento dañoso a cargo de entidades como los fondos de pensiones.

Así pues, encontramos la sentencia Poucet y Pistre<sup>47</sup>, en la que los demandantes, sin cuestionar el principio de afiliación obligatoria a un sistema de seguridad social, consideraban que deberían poder dirigirse libremente a cualquier compañía de seguros privada establecida en el territorio de la Comunidad, en lugar de estar sujetos a condiciones fijadas unilateralmente por las entidades que tenían encomendada legal y exclusivamente la gestión, y que por ello ocupaban una posición de dominio.

En esta ocasión, el TJUE consideró que no era de aplicación el derecho de la competencia porque no estábamos ante una empresa en tanto *“las Entidades Gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. Las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente*

---

<sup>46</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CANEDO ARRILLAGA, María Pilar, “Casos escogidos de derecho antitrust europeo”, *Estudios De Deusto*, 56 (1), 2009, pp. 235-320. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-56\(1\)-2008pp235-320](https://doi.org/10.18543/ed-56(1)-2008pp235-320).

<sup>47</sup> STJUE de 17 de febrero de 1993, asunto 159/91 y 160/91.

*determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones, de lo que se deduce que dicha actividad no es una actividad económica*". Es decir, en este caso, la naturaleza de una actividad que tiende a la cobertura de una necesidad social, garantizada por la aplicación del principio de solidaridad en el reparto de prestaciones, no tiene finalidad lucrativa y por tanto, quedaba fuera del ámbito de aplicación del derecho de la competencia.

En la sentencia<sup>48</sup> conocida como "COREVA" se planteó del mismo modo la naturaleza de una entidad con fines no lucrativos que gestionaba un régimen de seguro de vejez destinado a completar el régimen básico obligatorio establecido por la ley con carácter voluntario y sujeto a la potestad reglamentaria, concluyéndose que en este caso sí estábamos ante una empresa.

En estos casos como se puede observar, se ha recurrido al criterio de la obligatoriedad o complementariedad del régimen o al sistema de financiación empleado (solidaridad o capitalización), a fin de determinar si estamos ante una empresa, en tanto son elementos que permiten determinar si lo que se desarrolla es una actividad económica y por tanto, susceptible de ser enjuiciada por el derecho de la competencia, y el hecho de que pueda introducirse cierto grado de competencia entre los agentes, tal y como se señaló en la STJUE en asunto AOK Bundesverband<sup>49</sup>, no modificaría dicho criterio<sup>50</sup>.

Este parecer, sin embargo, no sería sostenido por el Abogado Jacobs<sup>51</sup> para quien el *"criterio decisivo es, a mi parecer, examinar si, al menos en principio, podría llevarla a cabo una empresa privada con el fin de obtener beneficios. Si no existe la posibilidad de que una empresa privada realice una actividad determinada, sería inútil aplicarle las normas sobre la competencia"* y, por tanto, al igual que en el caso Cisal considera que *"el hecho de que el nivel de prestaciones que se proporciona bajo un régimen está*

---

<sup>48</sup> STJUE de 16 de noviembre de 1995, asunto C244/94, rec. I-4013.

<sup>49</sup> STJUE de 16 de marzo de 2004. Asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, ECLI:EU:C:2020:450.

<sup>50</sup> Así, KRAJEWSKI Marcus y FARLEY Martin *"these "elements of competition" do not change the fundamental character of public health service providers and do not make them undertakings in the meaning Art.81 EC if these elements are introduced to ensure that the healthcare providers operate more efficiently and cost-effectively without changing the nature of their activities. The Court therefore looks to the goals that the Member States are seeking to achieve when they introduce elements of competition into health systems. If, for example, these elements are introduced as incentives for private investment and competition between private and public health insurers, it could be argued that they no longer leave the nature of the activity of a healthcare provider unchanged, and that it would then be regarded as an economic activity"*. En: "Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case", *E.L. Rev.* 29(6), 2004, pp. 842-851.

<sup>51</sup> Conclusiones de 22 de mayo de 2003. STJUE de 16 de marzo de 2004. Asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01.

*determinado por la ley no puede por sí solo descartar la aplicación de las normas sobre la competencia. En diversos sectores de la economía, el legislador determina previamente las características obligatorias de los bienes y servicios que han de ofrecer las empresas. Mientras las empresas de que se trate puedan competir, por ejemplo, en el precio de esos bienes y servicios, seguirán ejerciendo una actividad económica”.*

Distinto panorama ofrecen sentencias tales como Ruffer, Viking o Laval, en las que el Tribunal no cuestiona tanto la medida de conflicto social, como el efecto que su mantenimiento tendría para el ejercicio de la libertad de establecimiento, concluyendo que si la protección que se pretende dispensar cabe por otros medios menos restrictivos, su mantenimiento no resulta justificado, por tanto, el Tribunal no considera que la medida en si sea anticompetitiva, sino que en el conflicto entre derechos y libertades hay que ponderar si cabe un ejercicio alternativo que no prive de contenido a la libertad económica.

Es en estos pronunciamientos donde asistimos al nudo gordiano de la cuestión inicialmente planteada, pues mientras en los primeros casos la cuestión de fondo no era la compatibilidad entre derechos sociales (en este caso el derecho a la negociación colectiva) y libre competencia; en este segundo grupo sí, en particular la valoración de en qué medida, los instrumentos de presión en la negociación social decaen cuando impiden el libre ejercicio de una actividad económica.

Y es que en ellos se pone de manifiesto que, pese a que a primera vista la defensa de la competencia y la promoción de la negociación colectiva contribuyen ambos a la prevención de los abusos de poder y a la defensa de la transparencia e igualdad en el mercado, cuando se trata de defender la competencia leal, hay que tener presente que la fuerza de trabajo no obedece a la misma dinámica que otros factores de producción porque no es una mercancía, de ahí la necesaria consideración que merecen los derechos sociales<sup>52</sup>.

Ante este panorama judicial no podemos sino concluir en el mismo sentido que GOMEZ MUÑOZ<sup>53</sup>, quien después de analizar el marco jurídico que posibilitaría la defensa de una política y acción social comunitaria afirma *“Con este marco jurídico, cargado de una intencionalidad económica evidente, no debe extrañar, por tanto, que el TJUE haya venido fallando en el sentido expresado en los apartados anteriores. Hay una clara subordinación, diseñada desde los propios Tratados, del Derecho social al Derecho de la competencia, siendo evidente que la libertad de empresa viene elevada por el*

---

<sup>52</sup> SCHÖMANN, Isabelle, “Collective bargaining and the limits of competition law. Protecting the fundamental labour rights of self-employed workers”, *ETUI Policy Brief*, 1, 2022.

<sup>53</sup> GOMEZ MUÑOZ, *op. cit.*

*propio Derecho de la Unión Europea a la categoría de fundamento de desarrollo de la política social*<sup>54</sup>.

#### **IV. LA EXPERIENCIA EN ESPAÑA**

En nuestro país, tanto el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) como su sucesora la Comisión Nacional de Competencia (en adelante CNC, actual CNMC) han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la compleja relación entre negociación colectiva y derecho de defensa de la competencia, pudiendo clasificar las resoluciones existentes en cuatro grupos de supuestos.

El primero de ellos se refiere a aquellos casos en los que el convenio contenía condiciones que implican una limitación directa a empresas no incluidas dentro de su ámbito de aplicación. En este grupo encontraríamos la primera resolución existente, de 10 de marzo de 1993 (Expte. A 42/93) en la que el TDC reconocería que *“no es el caso dilucidar si los sindicatos tienen el carácter de operador económico. En este caso concreto, lo que se trata de averiguar es si FEPAN a través de un convenio colectivo, puede concertar una reglamentación que tiene por finalidad expulsar a FAPANYS S.A. del mercado o dificultar su implantación en el mismo”*. Acordándose en este caso que estábamos ante una infracción del derecho de la competencia en tanto el operador FEPAN *“había podido obtener por vía laboral una restricción de competencia intolerable y fuertemente sancionada como concertación horizontal de empresarios para excluir a un tercero”*.

En esta misma categoría, encontramos también la Resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009 (Expte. 2805/07) en la que se analizaba la compatibilidad con el derecho de la competencia del IV acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria celebrado por ANESCO (integrada por 115 de un total de 215 empresas estibadoras) y parte de los sindicatos que representan exclusivamente a los trabajadores de la estiba (*CETM, CIG y LAB*), y que lo hacía extensible a empresas no estibadoras y a actividades distintas de la estiba, en particular a empresas y trabajadores susceptibles de prestar servicios comerciales no reservados por Ley a ninguna empresa ni colectivo particular, y a actividades portuarias de servicio público

---

<sup>54</sup> En este sentido el Comité Ejecutivo de la Confederación Europea de Sindicatos ya denunció en su Congreso de 2019 que *“La jurisdicción del Tribunal de Justicia Europeo sigue fomentando con demasiada frecuencia la integración negativa del mercado interior al dar prioridad a la libertad de servicios, establecimiento y capital sobre la legislación social y laboral nacional que protege los derechos de los trabajadores. Es de suma importancia introducir un Protocolo de Progreso Social”*. Programa de Acción 2019-2023. Disponible en:

[https://www.ugt.es/sites/default/files/programaaccionces\\_2019-2023.pdf](https://www.ugt.es/sites/default/files/programaaccionces_2019-2023.pdf) (8/6/2023).

actividades excluidas por la Ley 48/2003 de esa consideración, y por tanto no asignadas en exclusiva ni a empresas de estiba ni a ser prestadas por estibadores.

La CNC consideró que dicha inclusión suponía el establecimiento de restricciones a la entrada en la prestación de servicios comerciales o complementarios a otras empresas competidoras distintas de la de estiba, lo que originaba *“un cierre del mercado de los servicios portuarios complementarios de todos los puertos de interés general de España en beneficio a las empresas que conforman a ANESCO, siendo los efectos reales al desincentivar a empresas no estibadoras la entrada en dicho mercado y contrarrestando desde una apariencia de acuerdo colectivo legal, las previsiones de liberación que se busca en la Ley de Puertos”*.

Recurrida la resolución, la Audiencia Nacional consideró que *“la CNC claramente distingue entre los aspectos del IV Acuerdo que atañen a la negociación colectiva y aquellos otros aspectos, situados extramuros de la habilitación legal, y mientras que no entra a analizar los primeros, si investiga, define y finalmente sanciona estos últimos. Del mismo modo “no entra a analizar ni a valorar los aspectos del IV Acuerdo que atañen a la negociación colectiva ...sino que lo que se somete al análisis de las normas de competencia es aquella parte del Acuerdo que, en contradicción con lo previsto en la Ley de Puertos, y con el impulso liberalizador de la misma en pro de unos servicios portuarios más competitivos, se extiende más allá del ámbito reservado a los interlocutores que lo firman, con el objeto de erigirse en la norma de negociación colectiva de aplicación a todos los servicios prestados en los puertos y vincular a agentes empresariales y sociales ajenos a la estiba, imponiéndoles sus acuerdos y excluyendo de hecho a empresas y trabajadores distintos de los firmantes del mercado de los servicios complementarios”*.

Puede observarse como la autoridad de competencia, en la línea ya establecida en sus primeros enjuiciamientos, reconoce que los convenios colectivos, en tanto instrumentos de regulación de las condiciones laborales, no pueden ser objeto de análisis por el derecho de la competencia, lo que no implica que todo lo regulado bajo su ámbito deba admitirse sin más como exencionado, en tanto como se reconoce por la Audiencia *“La sentencia Albany del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de diciembre de 2007 no avala una exclusión “per se” de los convenios colectivos de las normas de competencia sino una aplicación responsable de las mismas caso a caso”*.

En este grupo también destacaríamos la Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia de 11 de febrero de 2010 en el asunto Cazadores (Expte. 09/2009) en la que se determinó una situación de abuso de posición de dominio por parte de la Federación de Caza de Euskadi, consistente en imponer a los interesados que quisieran obtener una licencia de caza la adhesión al seguro colectivo contratado por la misma,

limitando, de hecho, la entrada de las diferentes compañías, mediadores y corredores de seguros al mercado de los seguros de caza.

Un segundo grupo de casos estaría formado por aquellas resoluciones que establecen el límite entre la legítima defensa de un salario mínimo y la fijación de precios mínimos, lo que constituye una conducta especialmente prohibida, pues una cosa es que se pacte un incremento retributivo y que este necesariamente tenga una repercusión en los precios de un servicio como única forma de que las empresas cumplan con lo pactado, y una muy distinta, es fijar directamente los precios.

Tal es el caso del asunto “Ayuda a Domicilio”<sup>55</sup> en la que el TDC establece de forma clara que un convenio colectivo no puede regular cualquier materia, ya que su ámbito se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios, por lo que la regulación de los precios de los servicios y ofertas comerciales que las empresas deben aplicar a sus clientes, así como los precios de coste, se consideraría fuera del ámbito de negociación colectiva, en tanto regula el beneficio empresarial y elimina la competencia en precios, siendo por tanto un acuerdo colusorio sancionable.

Esta doctrina se mantendría en los expedientes sancionadores S/0076/08 sobre el Convenio Contact Center y S/0077/08 sobre el Convenio de Seguridad, ambos resueltos por la vía de la terminación convencional, que implicaron la supresión de la cláusula del convenio conocida como “Pacto de repercusión en precios y competencia desleal” por la que se reputaba desleal aquella oferta comercial inferior a los costes previstos en el propio convenio y que fue considerada claramente anticoncurrencial.

El tercer grupo estaría conformado por los límites entre la regulación de las reglas en materia de jornada laboral y la fijación de manera directa de los horarios de apertura al público, tal es el caso de la sentencia de 16 de diciembre de 1996<sup>56</sup>, en la que se sanciona una conducta consistente en un acuerdo de comercialización de pan por parte de las pastelerías artesanas entre Gremios, por entender que con ello se estaban repartiendo el mercado ya que estábamos ante *“un acuerdo entre distintos operadores económicos que limita la libertad comercial de los que lo suscriben puesto que consagra, por una parte, la prohibición de que los industriales panaderos fabriquen pan los domingos y festivos, y por otra, impide que los industriales pasteleros fabriquen y comercialicen piezas de pan distintas de las pactadas”*.

Finalmente encontraríamos aquellas resoluciones en las que se valoran las reglas de subrogación empresarial previstas en los convenios, condiciones que, si bien constituyen

---

<sup>55</sup> Resolución de 29 de enero de 2007. Expte. 607/06.

<sup>56</sup> Expte. 377/96, Pan de Barcelona.



una garantía de estabilidad y continuidad laboral, pueden plantear problemas cuando amplían ese contenido más allá de los supuestos contemplados legalmente. Tal es el caso de la resolución de 27 de marzo de 2012 (Expte. S/0197/09, *Convenio de seguridad*) en la que se reconoce que, “con carácter general, los acuerdos de subrogación de trabajadores ..no tienen en principio una naturaleza restrictiva, lo que no impide que si en un determinado Convenio Colectivo se incluyen cláusulas relacionadas con la subrogación de trabajadores que tengan el objeto o puedan tener el efecto de distorsionar la competencia en algún mercado de bienes o servicios relacionado, las mismas no deban ser consideradas en su caso contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007”.

La particularidad de este caso estribaba no tanto en que la autoridad de competencia mantuviera la posición favorable al análisis de los convenios cuando éstos se “extralimiten” en su regulación afectando a cuestiones que restringen la competencia, sino en que, mientras “la doctrina laboralista había postulado la aplicación a la negociación colectiva del art. 4.1 LDC que excluye la consideración como conductas colusorias de las que resulten de la aplicación de una ley, la resolución afirma que para que sea aplicable, la restricción de la competencia debe estar claramente prevista por la disposición legal, como instrumento al servicio del interés público que la fundamenta<sup>57</sup>”. Esta situación implicaba de facto, que la autoridad de la competencia rebasa la frontera entre derecho de la competencia y derecho laboral, enjuiciando una medida que pertenece claramente a este segundo ámbito<sup>58</sup>. De hecho, existen también supuestos en los que directamente el convenio colectivo supedita su entrada en vigor a la valoración que del mismo haga la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, lo que implica imponer un control administrativo previo a un derecho social fundamental totalmente contrario a la protección reforzada que la autonomía colectiva tiene en nuestro sistema constitucional y comunitario<sup>59</sup>.

Del conjunto de casos abordados se puede concluir que, pese a no existir ni en el ámbito comunitario ni nacional, un reconocimiento expreso que otorgue inmunidad concurrencial a la negociación colectiva, ni a los mecanismos de conflicto social, la aplicación de las normas de defensa de la competencia a este ámbito debe realizarse de

---

<sup>57</sup> GOERLICH PESET, José María, “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (social) de 13 de julio de 2012”, *Revista Aranzadi doctrinal*, 1, 2013, (BIB 2013/609).

<sup>58</sup> El debate quedaría zanjado con la validación de estas cláusulas y su aplicación al sector por el Gobierno en virtud del RD Ley 8/2017 de 12 de mayo.

<sup>59</sup> Así, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *op. cit.*, respecto a la cláusula de sumisión expresa al criterio de la autoridad de la competencia prevista en el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

forma muy restrictiva, sancionando sólo aquellas conductas que buscan, bajo el amparo de la normativa laboral, encubrir una restricción injustificada, extralimitándose en su contenido o ejercicio, ya sea por que tratan una materia que no es social, ya porque inciden en la competencia o la pretenden evitar<sup>60</sup>.

## **V. LAS DIRECTRICES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS CONVENIOS COLECTIVOS RELATIVOS A LAS CONDICIONES LABORALES DE LAS PERSONAS QUE TRABAJAN POR CUENTA PROPIA SIN ASALARIADOS**

### **5.1. Los derechos colectivos de los trabajadores por cuenta propia en la LETA ¿una protección efectiva?**

La Ley 20/2007 de 11 de junio del Estatuto del trabajo autónomo dedica su Título III a los derechos colectivos del trabajador autónomo, siendo de especial interés para nuestro estudio, los llamados derechos básicos (art.19.1) entre los que destacamos el derecho a afiliarse al sindicato o asociación empresarial de su elección, el derecho de afiliación y fundación de asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos, y el ejercicio de la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales.

Una lectura global de esos derechos nos lleva a reconocer que efectivamente la dimensión asociativa, como no podía ser de otro modo, debe reconocerse a este colectivo, especialmente cuando se trata de proteger sus condiciones de trabajo, sin embargo, ello no implica una equiparación a la protección que se dispensa al trabajador por cuenta ajena, por cuanto la acción colectiva, en el ámbito laboral, engloba el derecho a la negociación colectiva, a la huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo, y estos derechos, hoy por hoy, están fuera del alcance del trabajador autónomo.

Así, mientras que el derecho a la afiliación sindical no le resta al trabajador autónomo su carácter de profesional que ejerce una actividad económica, sino que busca atender a su faceta laboral, recogiendo una realidad social que ya se venía produciendo con anterioridad a la LOLS, se mantiene la exclusión del trabajo autónomo del ámbito de la libertad sindical, lo que a vista de la realidad actual resulta cuanto menos discutible<sup>61</sup>.

Por su parte, la afiliación y fundación de asociaciones empresariales posibilita la defensa y tutela colectiva de los trabajadores autónomos, lo que incluye el derecho a concertar acuerdos de interés profesional (AIP) para los trabajadores económicamente

---

<sup>60</sup> En este sentido, DUQUE GONZÁLEZ, Mario, "El actual sistema de negociación colectiva ante la normativa comunitaria" *Revista de Información Laboral*. 4, 2014, (BIB 2014/1543).

<sup>61</sup> MARTIN MUÑOZ, María Rosa, "El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital: representación y negociación colectiva de los trabajadores de plataformas digitales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 232, 2020, (BIB 2020/33794).

dependientes afiliados, pues precisamente esta figura es la que demanda una mayor protección al hallarse, precisamente por su situación de dependencia, más cerca de su consideración como trabajador por cuenta ajena, que como autónomo clásico, y en tanto cuentan con una contraparte con la que negociar, lo que no se da en el caso de los tradicionales trabajadores por cuenta propia.

A bote pronto, esta configuración legal del derecho a la negociación colectiva de los derechos de estos trabajadores aproximaría, al menos en cuanto a su contenido (no en cuanto a su eficacia), los AIP a los convenios colectivos por cuanto este puede ir referido (art.13) a las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, otras condiciones generales de contratación, y otros aspectos que inciden en su régimen profesional (interrupción de la actividad, descanso, límites a su actividad, indemnización por extinción del contrato o resolución de contratos).

Sin embargo, la propia norma deja claro que ello no implica trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, pues sólo vincula a los firmantes del acuerdo, de ahí que se advierta que, en todo caso, dichos acuerdos observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia, así como las disposiciones legales de derecho necesario, bajo pena de nulidad en este último caso.

Ello ha llevado a autores como BAZ RODRIGUEZ<sup>62</sup> a concluir que *“la figura de los AIP ha quedado diseñada con la mirada puesta, de manera primordial, en el objetivo de propiciar, ante todo, su compatibilidad con la libre competencia mercantil. De ello se deriva el hecho de que su articulación técnica resulte compleja y sofisticada, y especialmente en la exigencia de requisitos rígidos de aplicación, los cuales a buen seguro pueden resultar muchas veces inalcanzables”*.

Vemos por tanto cómo, pese a reconocerse por el legislador la necesidad de dotar de instrumentos de negociación colectiva, como puede ser los AIP, a los autónomos más vulnerables y cuya actividad se aproxima más a la de un trabajador por cuenta ajena que a uno por cuenta propia, estos encuentran numerosas dificultades para su celebración, algunas derivadas de sus propios mecanismo de negociación<sup>63</sup>, otras de la sujeción al

---

<sup>62</sup> BAZ RODRIGUEZ, Jesús, "La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA", *Revista española de derecho del trabajo*, 149, 2011, (BIB 2011/64).

<sup>63</sup> Un estudio de estos obstáculos, lo encontramos en ROQUETA BUJ, Remedios, "Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional", *Temas Laborales*, 114, 2012, pp.13-30.

escrutinio del derecho de defensa de la competencia, lo que implica de facto un vaciado de su contenido<sup>64</sup>.

## 5.2. Finalmente, ¿una reconciliación entre libertad de empresa y derechos colectivos?

En el ámbito comunitario si bien desde la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos ya se ponía de manifiesto la oportunidad promover la protección social de este colectivo por medio de la negociación colectiva, desde el punto de vista del derecho de la competencia, se ha considerado que en tanto estos sujetos desarrollan una actividad económica en calidad operadores económicos independientes, tienen la consideración de empresarios.

Siendo ello así, las negociaciones de las organizaciones que actúan en su nombre no operarían como un sindicato, sino como una asociación de empresas, y por tanto sus acuerdos, no sólo estarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación del derecho de defensa de la competencia<sup>65</sup>, sino que además, mientras el interés general queda claro en la naturaleza de los convenios colectivos como instrumento de mejora de las condiciones laborales, no ocurre lo mismo con los acuerdos interprofesionales<sup>66</sup>, o los acuerdos entre TRADES y organizaciones empresariales, donde la motivación suele ser económica debido a la situación de dependencia<sup>67</sup>, además del hecho de que *"el Tratado no contiene ninguna disposición similar a los artículos 118 y 118 B del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) y a los artículos 1 y 4 del Acuerdo sobre la política social (DO 1992, C 191, p. 91) que incite a los miembros de profesiones liberales a celebrar acuerdos colectivos"*

---

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, "El derecho a la negociación colectiva del trabajador autónomo en el contexto de la nueva economía digital", *Temas laborales*, 151, 2020, pp. 139-155.

<sup>65</sup> STJUE de 4 de diciembre de 2014 Asunto FNVKunstenInformatieenMedia/StaatterNederlanden, C-413/13, EU:C:2014:2411; STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v Autoridade da Concorrência, C-1/12, EU:C:2013:127; STJUE de 14 de diciembre de 2006, Asunto Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos S.A., C-217/05, EU:C:2006:784.

<sup>66</sup> Recuérdese en este sentido que la Exposición de motivos de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo establece claramente que *"no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, pues sólo vincula a los firmantes del acuerdo"*.

<sup>67</sup> Y ello pese a que la retribución de servicios es en realidad un salario y debe permitir al autónomo dependiente cubrir la menos sus costes so pena de una suerte de esclavitud que precisamente trata de remediar el derecho del trabajo. RODRIGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, "Limitaciones a la negociación colectiva y defensa de la competencia", *Actas de Derecho Industrial*, 29, 2008-2009, pp.509-527.

*destinados a mejorar sus condiciones de empleo y de trabajo y que prevea que, a petición de los miembros de dichas profesiones, las autoridades públicas declaren tales acuerdos obligatorios para todos los miembros de dichas profesiones*<sup>68</sup>.

Y es que para el derecho de la competencia o estamos ante empresas o ante trabajadores, y resulta necesario constatar una relación de dependencia para afirmar que estamos ante un trabajador, siendo únicamente el caso en que no se asuman riesgos comerciales y financieros, en el que cabe no considerar a un operador económico independiente como empresa.

En este entendimiento, la excepción a la aplicación del derecho de la competencia sólo se ha proyectado a los acuerdos colectivos alcanzados por trabajadores autónomos en determinados casos y así<sup>69</sup> *“El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que únicamente quedará excluida del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la disposición de un convenio colectivo que, como la del litigio principal, establezca unos honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios que esté afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebran dicho convenio y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste en el supuesto de que este mismo prestador sea un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores”, por lo que “un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo”.*

En los mismos términos la Resolución del TDC de 18 de febrero de 1999 en el Expte. 438/98 Prensa Segovia en la que se reconocía que los titulares de los quioscos de periódicos formalmente eran empresarios, pero en la práctica operaban como trabajadores autónomos frente a un único distribuidor que, abuse o no de ello, ostenta una posición de dominio en el mercado de distribución de prensa, simplemente porque no hay otro, por lo que un acuerdo entre aquellos se aproxima más a una manifestación sindical de las que legalmente pueden llevar a cabo los trabajadores de una empresa,

---

<sup>68</sup> STJCUE de 12 de septiembre de 2000, Pavlov, C180/1998 a C-184/1988.

<sup>69</sup> STJUE de 4 de diciembre de 2014 Asunto FNVKunstenInformatieenMedia/StaatderNederlanden, C-413/13, EU:C:2014:2411 para quien la clave aquí será si el autónomo actúa verdaderamente como operador económicamente independiente en el mercado y soporta los riesgos financieros y comerciales derivados de la actividad.

que a un acuerdo entre empresarios apto para perjudicar la competencia, que son los prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia.

Esa relación de dependencia que precisamente priva de su libertad económica a los trabajadores autónomos se hace más evidente en la actualidad con las transformaciones del mercado económico, que han supuesto el crecimiento del conocido como capitalismo digital, en el que la economía de plataformas aparece como el nuevo modelo de negocio, lo que comporta a su vez un cambio en las relaciones laborales, pues han transformado los mercados de trabajo en mercados de tareas<sup>70</sup> y así, *“las nuevas formas de empleo que están surgiendo, sobre todo en el marco de la digitalización y las nuevas tecnologías, están desdibujando los límites entre el empleo por cuenta ajena y el empleo autónomo, lo que puede ocasionar a una degradación de la calidad del empleo; algunas de las nuevas formas de empleo son diferentes del empleo tradicional típico en varios aspectos; algunas transforman la relación entre el empleador y el empleado, otras cambian las pautas de trabajo y de organización del trabajo, y otras hacen ambas cosas; y esto puede dar lugar a un incremento del trabajo autónomo ficticio, a un deterioro de las condiciones de trabajo y a una reducción de la protección de la seguridad social”*<sup>71</sup>.

En este sentido se distingue entre plataformas de servicios localizados (Uber, Deliveroo) que recurren a una plantilla de trabajadores que jurídicamente actúan en calidad de autónomos, y plataformas globales como Amazon que descomponen su actividad en tareas que se desarrollan en régimen de crowdwork. Ambas categorías de trabajadores se encuentran en una posición negocial que hace muy difícil la defensa de sus derechos. En el primer caso, se trata de personas que como consecuencia de su clasificación errónea no disfrutaban de los derechos y la protección que les correspondería como trabajadores. En el segundo, la estructura de la plantilla laboral y las condiciones de su lugar de trabajo dificulta su representación y organización colectiva.

Precisamente en aras a proteger su situación en el ámbito comunitario se aprobaron recientemente tres iniciativas: a) una Comunicación que establece el enfoque de la Unión y medidas relativas al trabajo en plataformas digitales; b) una propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales; y c) un Proyecto de Directrices que aclaran la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, y que tratan de mejorar sus condiciones laborales. Esto incluye a las personas que trabajan a través de plataformas digitales.

---

<sup>70</sup>KÖHLER, Holm-Detlev, “Sindicalismo “Gig” o la acción colectiva en la economía de las plataformas”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 40 (2), 2022, p. 326.

<sup>71</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 4 de junio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017IP0290> (8/6/2023).

La Comunicación de la Comisión parte de la idea de que la transformación digital de la economía no sólo plantea oportunidades, sino también retos a los que debe enfrentarse la economía social de mercado europea como nuevas formas organizativas de la gestión de la fuerza laboral, que implican que resulte más complejo determinar cuando una persona es un trabajador por cuenta propia o ajena. Esta situación comporta que a este colectivo se le pueda llegar a privar injustamente del acceso a derechos propios de la condición de trabajador, lo que implica la necesidad de una actuación comunitaria en aras a renovar el compromiso de llevar a la práctica el Pilar Social Europeo. En este sentido, la Comisión reconoce que siendo la negociación colectiva la base para la mejora de las condiciones laborales, este tipo de organización empresarial limita la oportunidad de contar con representaciones y organizaciones que la posibiliten, por lo que se exige la promoción de medidas que la faciliten, para garantizar que esos trabajadores tengan un poder de negociación suficiente frente al poder de compra de los empleadores que se ostentan una situación de monopsonio o de oligopsonio, pues de lo contrario se les estaría abocando a aceptar salarios más bajos o condiciones laborales deficientes<sup>72</sup>.

Mayor interés implican las Directrices sobre la aplicación de la legislación de la competencia de la UE a los convenios colectivos, que parten del hecho de que algunas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados pueden no ser totalmente independientes de su comitente o pueden carecer de poder de negociación suficiente, con lo que, para este colectivo, las negociaciones colectivas pueden constituir un medio importante para mejorar sus condiciones de trabajo. Estos trabajadores, con independencia de su consideración de “autónomos” y sin cuestionar los eventuales beneficios que dicha condición les pueda procurar, se encuentran en una situación de inferioridad contractual, que sólo puede ser equilibrada extendiéndoles los mecanismos de protección social del derecho laboral, por lo que, en atención al objetivo de protección de la igualdad en el mercado, objetivo que por otra parte también comparte el derecho de defensa de la competencia, deben poderse beneficiar de una exención. Y es los mercados laborales han evolucionado, y algunos trabajadores por cuenta propia no gozan de la independencia que normalmente conlleva el estatuto de autónomo, de ahí que tengan dificultades para mejorar su situación y se enfrenten a un deterioro en sus condiciones de prestación de servicios, incluidos ingresos más bajos.

En este sentido la Comisión se hace eco de la formulación de una tercera categoría de trabajadores, que si bien comparte características con los autónomos, no gozan de su

---

<sup>72</sup> LOPEZ TERRADA, Eva, “Negociación colectiva y trabajadores autónomos”. En: AAVV. *Derecho de la competencia y negociación colectiva*. Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 295.

misma posición negociadora debido a su situación de dependencia (TRADES), y así, superando la inicial categorización entre trabajador y empresario se identifican tres colectivos a los que debe extender su protección: los que trabajan por cuenta propia sin asalariados y son económicamente dependientes; los que trabajan por cuenta propia sin asalariados «codo con codo» con trabajadores por cuenta ajena, y los que trabajan por cuenta propia sin asalariados a través de plataformas digitales de trabajo

A continuación, define a qué tipo de acuerdos y conductas resultará aplicable, extendiéndose a: a) los supuestos de negociación a través de interlocutores sociales u otras asociaciones, b) la negociación directa por este colectivo, c) los supuestos de adhesión a un convenio colectivo vigente celebrado por la empresa para la que presten sus servicios y d) los actos de coordinación realizados antes de la negociación como acuerdos o intercambio de información necesarios para su celebración.

Por lo que respecta a su contenido, este debe ir referido a las condiciones de trabajo<sup>73</sup> por lo que de forma expresa advierte que *“no abarcan los acuerdos que van más allá de la regulación de las condiciones de trabajo o que determinan las condiciones (en particular, los precios) en las que las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados o las contrapartes ofrecen los servicios a los consumidores, o que limitan la libertad de las empresas para contratar a los proveedores de mano de obra que necesitan”*.

Finalmente, la Comisión de manera expresa prevé la inmunidad absoluta frente a la aplicación del art. 101 TFUE de los siguientes convenios:

1. Aquellos celebrados en supuestos en los que exista tal desequilibrio en el poder de negociación, presumiéndose este hecho cuando: a) la contraparte represente a todo un sector o industria; b) cuando su volumen de negocios anual, o balance anual total sea superior a 2.000.000 EUR, o cuyo número de empleados sea igual o superior a diez personas, o con varias contrapartes que rebasen conjuntamente uno de esos umbrales. También puede existir un desequilibrio en el poder de negociación en otros casos, dependiendo de las circunstancias individuales subyacentes<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Lo que comprende cuestiones como la remuneración, recompensas y primas, el tiempo de trabajo y los modelos de trabajo, las vacaciones, los permisos, los espacios físicos en los que se desarrolla el trabajo, la salud y la seguridad, los seguros y la seguridad social, y las condiciones en las que las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados tienen derecho a dejar de prestar sus servicios o en las que la contraparte tiene derecho a dejar de utilizar los servicios de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados.

<sup>74</sup> En este sentido la Autoridad de la Competencia de los Países Bajos ha publicado una Guía sobre acuerdos de precios entre trabajadores autónomos que refleja esos dos objetivos como son: a) que los cambios en las estructuras de trabajo no afecten a los trabajadores más vulnerables ante tales prácticas en el mercado laboral; y b) que los trabajadores no vulnerables no obtengan ventajas de esa situación creando cárteles de precios. <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/guidelines-on-price-arrangements-between-self-employed-workers.pdf> (8/6/2023).



2. Aquellos que gocen de una exención por categoría acordada por el legislador de los Estados miembros para corregir el desequilibrio en el poder de negociación o que deriven de la aplicación de una norma nacional adoptada con arreglo a una Directiva.

Así pues, esta nueva previsión, junto con la recepción del derecho a la negociación colectiva, dotada de eficacia vinculante por parte de la nueva redacción del Tratado de la Unión Europea elimina de forma indubitada los argumentos sostenidos en el asunto Pavlov y FNV que descartaban la aplicación de la excepción Albany a los trabajadores autónomos, pues ahora ya no se puede seguir sosteniendo que el Tratado no contenga disposición alguna que incite a estos trabajadores autónomos a la negociación colectiva para la mejora de sus condiciones laborales<sup>75</sup>.

Varias son las cuestiones negativas y positivas que pueden plantearse a la luz de estas nuevas Directrices, y así, hay cuestiones abordadas que quedan en un plano de indeterminación, como cuáles son los sujetos legitimados para llevar a cabo la negociación colectiva, en tanto fuera del caso de la actuación bajo propuesta de los interlocutores y otras asociaciones, no queda claro quien ostenta su representación, teniendo en cuenta que en países como el nuestro, ésta corresponde a las asociaciones profesionales representativas que cumplan determinadas características y no a otros sujetos o colectivos. Del mismo modo, tampoco deja claro dónde está el límite en calificar la retribución por los servicios prestados de remuneración o como precio, siendo que, en este caso, cualquier pacto al respecto sería anticoncurrencial por definición. Finalmente deberemos valorar cómo dichas Directrices modificarán las previsiones de nuestra LETA acerca del debido respeto de los AIP al derecho de la competencia.

Pese a ello, no podemos sino concluir que, aún limitada a los acuerdos celebrados por los trabajadores por cuenta propia en situación de dependencia, su aprobación constituye *mutatis mutandis*, una decidida declaración de intenciones a favor de la inmunidad de los instrumentos de negociación colectiva cuyo contenido afecte a cuestiones puramente relativas al régimen de prestación del trabajo.

## VI. EPÍLOGO

Al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios, la defensa de la competencia se debe limitar a aquellos supuestos en los que la iniciativa privada y la igualdad entre operadores es desplazada por la colusión y el abuso, y no entrar a analizar si los objetivos sociales pueden ser tutelados por aquella, pues no siempre la defensa de la libertad económica se traduce en una tutela del bienestar social.

---

<sup>75</sup> LÓPEZ TERRADA, *op. cit.*, p. 293.

El reconocimiento expreso de la Comisión, aún con carácter de soft law, de una exención a la aplicación del derecho de la competencia constituye un avance importante en aras a reconocer que los derechos sociales también contribuyen a la defensa de un mercado competitivo, evitando en estos casos que el empleador abuse de su posición dominante para explotar de manera abusiva una situación de dependencia que priva al trabajador por cuenta ajena de su capacidad negociadora.

Esta nueva previsión permite aproximarnos al concepto que apuntamos en la base de este artículo conforme al cual, la política de defensa de la competencia también puede servir para la defensa de los derechos sociales, especialmente para aquellos colectivos, que por su situación de dependencia económica y como consecuencia de la existencia de un poder de mercado de su contraparte, no se encuentran en un posición de igualdad y equilibrio para negociar sus condiciones laborales en los mismos términos en los que habrían negociado si el mercado fuera realmente competitivo. Al derecho de defensa de la competencia, como derecho de orden público, le compete actuar para preservar la igualdad de operadores, garantizando su libre concurrencia, ya que este colectivo no sólo tiene reconocido el derecho al trabajo, sino también la libertad de iniciativa económica y el derecho a la libre competencia, cuya protección no puede quedar mejor garantizada que a través de la negociación colectiva, en tanto su autonomía queda comprometida por la posición de poder de su contraparte.

Esta observación, aún es más importante a la luz de la futura aprobación de la Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales, por la que se equipararía a las personas que trabajan a través de estas plataformas, con los trabajadores por cuenta ajena, por lo que los verdaderos beneficiados de estas Directrices serían los trabajadores autónomos en situación de dependencia, que actualmente no podían recurrir a la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo sin incurrir en una conducta anticoncurrencial.

En cualquier caso, de la aplicación que hagan las autoridades de la competencia y la jurisdicción dependerá de que finalmente se consiga delimitar esa zona gris donde acaban los derechos sociales y asistimos a una restricción no justificada, amparada indebidamente en la aplicación del derecho de defensa de la competencia.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia", *Indret*, 4, 2004.

BAZ RODRIGUEZ, Jesús, "La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA", *Revista española de derecho del trabajo*, 149, 2011, (BIB 2011/64).

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CANEDO ARRILLAGA, María Pilar, “Casos escogidos de derecho antitrust europeo”, *Estudios De Deusto*, 56 (1), 2009, pp. 235-320.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”. En: CRUZ VILLALÓN, Jesús y PEREZ, Teresa (Coord.). *Una aproximación al derecho social comunitario*, 2000, Tecnos, Madrid, pp. 13-27.

CRUZ VILLALON, Jesús, “El derecho de la competencia como límite a la negociación colectiva”, *Temas laborales*, 147, 2019, pp. 13-46.

DUQUE GONZÁLEZ, Mario, “El actual sistema de negociación colectiva ante la normativa comunitaria” *Revista de Información Laboral*. 4, 2014, (BIB 2014/1543).

ESTEVE SEGARRA, María Amparo, “Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social”, *Revista de Información Laboral, Aranzadi*, 6/2015.

FERRANDO GARCÍA, Francisca María. “El conflicto entre los derechos sociales colectivos y las libertades económicas en el Derecho de la Unión Europea”. En: CAVAS MARTINEZ, Faustino y LUJAN ALCARAZ, José (Dir.). *Crisis económica, reformas laborales y protección social. Homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno, 2014*. pp. 239-264.

GALÁN CORONA, Eduardo, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo SA, Madrid, 1977.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R., “La negociación colectiva en el ordenamiento de la unión europea y sus fronteras con el derecho de defensa de la competencia”. En: AAVV, *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de trabajo y Economía Social, 2022, p. 115-136.

GOERLICH PESET, José María y GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. “Ordenamiento laboral y disciplina del mercado”, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 5, 2009, pp. 118-136.

GOERLICH PESET, José María, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Madrid: Consejo Económico y Social de España, 2011.

GOERLICH PESET, José María, “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (social) de 13 de julio de 2012”, *Revista Aranzadi doctrinal*, 1, 2013, (BIB 2013/609).

GOMEZ MUÑOZ, José Manuel, “Libertad de empresa, competencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo”. *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Seguridad Social*, 2015, pp. 47-82.

KRAJEWSKI Marcus y FARLEY Martin, "Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case", *E.L. Rev.* 29(6), 2004, pp. 842-851.

KÖHLER, Holm-Detlev, "Sindicalismo "Gig" o la acción colectiva en la economía de las plataformas", *Cuadernos de Relaciones Laborales*. 40 (2), 2022, pp. 325-343.

LOPEZ TERRADA, Eva, "Negociación colectiva y trabajadores autónomos", AAVV. *Derecho de la competencia y negociación colectiva*. Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 281-300.

MASSAGUER, José, "Aproximación sistemática general al derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", *Revista General del Derecho*, 1990, pp. 245-263.

MASSAGUER FUENTES, José. "Introducción al estudio de la relación entre el derecho de defensa de la competencia y la negociación colectiva". En: AAVV, *Derecho de la competencia y negociación colectiva*. Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 43-114.

MARTIN MUÑOZ, María Rosa, "El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital: representación y negociación colectiva de los trabajadores de plataformas digitales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 232, 2020, (BIB 2020/33794).

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Libertad (económica) de competencia y derecho (social) a la negociación colectiva: ¿hacia una autonomía colectiva «supertutelada» por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 453 (diciembre 2020), pp. 185-206.

OJEDA AVILÉS, Antonio, "Libertad de empresa, constitución española y derecho del trabajo: un enfoque global. GARRIDO PÉREZ, Eva. (coord.). *Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario económico y social*. XXXI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2013, pp. 51-83.

ROTONDI, Mario, "Aviamento y concurrencia desleal. Contribución al estudio de la naturaleza de la acción de concurrencia desleal", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, 1957, pp. 123-129.

RODRIGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, "Limitaciones a la negociación colectiva y defensa de la competencia", *Actas de Derecho Industrial*. 29, 2008-2009, pp.509-527.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, "El derecho a la negociación colectiva del trabajador autónomo en el contexto de la nueva economía digital", *Temas laborales*, 151, 2020, pp. 139-155.

ROQUETA BUJ, Remedios, "Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional", *Temas Laborales*, 114, 2012, pp.13-30.

SCHÖMANN, Isabelle, “Collective bargaining and the limits of competition law. Protecting the fundamental labour rights of self-employed workers”, *ETUI Policy Brief*, 1, 2022.

TOMAS MALLEU, Beatriz, “El impacto del Pilar Europeo de derechos sociales en la legislación española”, *Lex Social, Revista de derechos sociales*, 13 (1), pp. 1-24.

VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Constitucionalismo laboral europeo”. En: *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2018, pp. 21-51.

VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia, “Contenido”. En: *Nuevos estudios sobre la negociación colectiva*. FERREIRO REGUEIRO, Consuelo (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2022. pp. 111-132.

# UN ANÁLISIS JURÍDICO-LABORAL DEL FRUSTRADO “ESTATUTO DE LAS PERSONAS EN FORMACIÓN PRÁCTICA NO LABORAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA”<sup>1</sup>

Por

JOSEP MORENO GENÉ<sup>2</sup>  
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Lleida

[josep.moreno@udl.cat](mailto:josep.moreno@udl.cat)

*Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

**RESUMEN:** La aprobación de un “Estatuto del Becario” constituye un mandato legal incorporado en la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, según la cual, “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales”. Pese a ello, hasta la actualidad, no ha sido posible alcanzar un acuerdo en la Mesa de Diálogo Social, siendo lo más lejos a lo que se ha podido llegar, el acuerdo alcanzado entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y las organizaciones sindicales Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores en fecha de 15 de junio de 2023 y que se materializó en una especie de borrador de “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa”. En este estudio se procederá a analizar, precisamente, el contenido de dicho acuerdo, con la finalidad de contribuir al rico debate ya existente sobre la mejor manera de abordar la necesaria regulación legal de las prácticas no laborales.

**PALABRAS CLAVE:** Estatuto del Becario; practicas no laborales; becas; contrato de trabajo; personas en prácticas.

**SUMARIO:** I. El auge de las prácticas no laborales y su imprescindible abordaje normativo.- II. El Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa.- 1. El objeto y ámbito de aplicación.- 2. El carácter extralaboral de las prácticas no laborales.- 3. El convenio de cooperación y el plan formativo individual.- 4. El “estatuto jurídico-laboral” de quienes desarrollan prácticas no laborales: derechos y deberes.- 4.1. Derechos de las personas que desarrollan prácticas no laborales.- 4.2. Deberes de las personas que desarrollan prácticas no laborales.- 5. La seguridad social de las personas en prácticas no laborales.- 6. El fomento de la contratación de las personas que desarrollan las prácticas no laborales.- 7. El régimen sancionador

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “De la cultura de la temporalidad a la contratación indefinida desde una perspectiva multidisciplinar: visión general del mercado laboral y particular de la universidad”.

<sup>2</sup> El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido y financiado por la Generalitat de Catalunya “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2021 SGR 00460.

previsto en el Borrador de Estatuto.- III. El Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: un buen punto de partida para la adecuada protección de las prácticas no laborales.- IV. Bibliografía.

## **A LABOR-LEGAL ANALYSIS OF THE FRUSTRATED "STATUS OF PEOPLE IN NON-WORK PRACTICAL TRAINING IN THE FIELD OF THE COMPANY"**

**ABSTRACT:** The approval of a "Statute of the Fellow" constitutes a legal mandate incorporated in the second additional provision of Royal Decree-Law 32/2021, of December 28, on urgent measures for labor reform, the guarantee of stability in employment and the transformation of the labor market, according to which, "The Government, within a period of six months from the entry into force of this regulation, will convene the most representative trade union and business organizations to, in the field of social dialogue, address the Statute of the Scholar whose purpose will be practical training supervised in companies or equivalent organizations, as well as the training activity developed within the framework of curricular or extracurricular practices provided for in official studies. Despite this, to date, it has not been possible to reach an agreement at the Social Dialogue Table, the furthest that has been achieved being the agreement reached between the Ministry of Labor and Social Economy and the union organizations Comisiones Obreras and Unión General de Trabajadores on June 15, 2023 and which materialized in a kind of draft of the "Statute of people in non-labor practical training in the field of the company". In this study we will proceed to analyze, precisely, the content of said agreement, in order to contribute to the rich debate already existing on the best way to address the necessary legal regulation of non-labor practices.

**KEYWORDS:** Scholarship Statute; non-labor practices; scholarships; employment contract; interns.

**SUMMARY:** I. The rise of non-labor practices and its essential regulatory approach.- II. The statute of people in non-labor practical training in the field of the company.- 1. The object and scope of application.- 2. The extra-labor nature of non-labor practices.- 3. The cooperation agreement and the individual training plan.- 4. The "legal-labor status" of those who develop non-labor practices: rights and duties.- 4.1. Rights of people who develop non-labor practices.- 4.2. Duties of people who develop non-labor practices.- 5. The social security of people in non-labor practices.- 6. Fostering the hiring of people who develop non-labor practices.- 7. The sanctioning regime provided for in the Draft Statute.- III. The Statute of people undergoing non-labor practical training in the company sphere: a good starting point for the adequate protection of non-labor practices.- IV. Bibliography.

### **I. EL AUGE DE LAS PRÁCTICAS NO LABORALES Y SU IMPRESCINDIBLE ABORDAJE NORMATIVO**

Ya hace mucho tiempo que los centros formativos, en especial, los universitarios y de formación profesional, han incorporado de forma generalizada la posibilidad de que sus estudiantes realicen estancias prácticas no laborales en el entorno profesional al mismo tiempo que numerosas empresas, administraciones y otras entidades han integrado estas estancias prácticas no laborales como parte de su política social y de recursos humanos, lo que ha comportado que en muchas empresas, administraciones u otras entidades convivan trabajadores por cuenta ajena con estudiantes de formación profesional u universitarios que realizan sus prácticas formativas recibiendo por las mismas, en muchas ocasiones, una contraprestación económica en concepto de beca,

bolsa, ayuda de estudios, indemnización, estipendio, etcétera. Asimismo, dadas las alarmantes dificultades de inserción laboral de los jóvenes en el mercado laboral, cada vez es más habitual que “jóvenes” que recientemente han completado sus estudios realicen estancias prácticas no laborales en empresas, administraciones u otras entidades con el objetivo de obtener una experiencia laboral que les ayude a conseguir un trabajo ordinario<sup>3</sup>.

En definitiva, hoy en día está plenamente normalizado que los estudiantes y los jóvenes que recientemente han completado sus estudios realicen estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, es decir, en empresas, administraciones y otras entidades de diversa índole. A tal efecto, no siendo las empresas las únicas posibles destinatarias de las prácticas no laborales de los estudiantes y jóvenes que recientemente han completado sus estudios, sino que también se incluyen administraciones y otras entidades, como, por ejemplo, organizaciones no gubernamentales, sería más correcto referirse a la denominación de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional por ser una expresión que permite abarcar todos estos supuestos.

La realización por parte de los estudiantes y de los jóvenes que recientemente han completado sus estudios de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional supone un importante valor añadido en su formación, proporcionándoles múltiples y valiosas oportunidades. Así, entre otros efectos beneficiosos, permiten aplicar en el contexto real los conocimientos teóricos y prácticos adquiridos en las aulas; permiten obtener conocimientos relacionados con el ámbito profesional propio de la respectiva titulación; permiten conocer de primera mano los condicionantes con los que se desarrolla el trabajo correspondiente a su titulación en cualquier organización; permiten adaptar sus actitudes y comportamientos al medio profesional, etcétera<sup>4</sup>.

Pero es que además, la realización de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional por parte de los estudiantes y de los jóvenes que recientemente han completado sus estudios constituye una pasarela entre los estudios y el primer empleo, rompiéndose de este modo el círculo vicioso que impide al recién titulado acceder a su

---

<sup>3</sup> Vid. ampliamente sobre este proceso, MORENO GENÉ, J.: “Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los jóvenes y su protección social”, en MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. (Coords.): *Empleo Juvenil: entre el desempleo y la precariedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 y MORENO GENÉ, J.: “Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional como mecanismo de transición de los jóvenes de la formación al trabajo”, en MORENO GENÉ, J. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. (Coords.): *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

<sup>4</sup> En AAVV: *El sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pág. 37, se indica que “estas prácticas deben estar pensadas para enriquecer un proceso formativo al añadirle una dimensión práctica aplicada a los saberes aprendidos”.



primer empleo por carecer de experiencia laboral y al mismo tiempo le impide obtener experiencia porque no puede acceder a su primer empleo<sup>5</sup>. En consecuencia, en no pocas ocasiones, la realización de estas estancias prácticas no laborales en el entorno profesional acaba desembocando en la contratación laboral de quienes las realizan<sup>6</sup>, facilitándose de este modo la transición de la educación al trabajo<sup>7</sup>.

Como puede observarse, esta vía mediante la que se pretende favorecer la inserción laboral de los jóvenes no consiste en el fomento de la contratación laboral de los mismos, ya sea mediante la regulación de contratos específicos o mediante el establecimiento de incentivos a su contratación, sino que consiste en la realización de estancias prácticas en el entorno profesional que no tienen carácter o naturaleza laboral. A tal efecto, se ha indicado que "las prácticas no laborales acaban ganando terreno frente a las contrataciones laborales realizadas bajo la modalidad de contrato en prácticas"<sup>8</sup>.

Efectivamente, la coexistencia entre las diferentes modalidades contractuales formativas -contrato de formación en alternancia y contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada-, los incentivos a la contratación con finalidad formativa y las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, pone de manifiesto la variedad de itinerarios existentes para materializar el tránsito desde el ámbito formativo al mundo laboral, de modo que junto con las figuras contractuales laborales se ha consolidado de forma muy significativa todo un sistema de becas y ayudas para la inserción, llegando en la actualidad a constituir una vía importante de acceso al mercado

---

<sup>5</sup> Sobre este círculo vicioso vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 226.

<sup>6</sup> En esta misma dirección, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012, indica que "estas prácticas externas constituyen un medio excelente para que los estudiantes puedan obtener su primer empleo, al realizar unas prácticas que permiten a la empresa observar sus habilidades y destrezas que podrían animar a su contratación laboral". También, DE VAL TENA, A.L.: "Trabajo en prácticas y prácticas no laborales", *Documentación Laboral*, núm. 104, 2015, págs. 86 y 87, pone de manifiesto que estas prácticas no laborales pueden ser "una herramienta más al servicio de las políticas activas de empleo".

<sup>7</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: "La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2015, pág. 62. Vid. también, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Las prácticas no laborales y las becas como mecanismos para favorecer la transición de la formación al empleo de los jóvenes: entre la preparación para la inserción laboral y el abuso", en VVAA: *Jóvenes y empleo. Una mirada desde el derecho, la sociología y la economía*, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud. Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD), Madrid, 2016.

<sup>8</sup> Vid. SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "Prácticas no laborales: avances y retrocesos en el derecho del trabajo" en MONEREO PÉREZ, J.L. (Coord.): *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

laboral para los jóvenes españoles, en especial para los titulados, que está entrando en competencia abierta con los sistemas clásicos de incorporación al mercado de trabajo<sup>9</sup>.

La importante proliferación de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de estudiantes y/o personas que se están formando y de jóvenes que recientemente han completado sus estudios y/o formación no se ha visto, sin embargo, correspondido por la normativa laboral y de seguridad social que hasta fechas relativamente recientes apenas había contemplado esta figura, habiendo sido las diferentes normativas educativas y/o convocatorias de becas y ayudas las encargadas de su regulación<sup>10</sup>. A tal efecto, la regulación laboral de las estancias no laborales en el entorno profesional tradicionalmente se ha limitado a afirmar de forma contundente que la participación de personas en formación en los citados programas de formación o la estancia en empresas de jóvenes que recientemente han completado su formación en ningún caso puede dar lugar al nacimiento de una relación laboral.

Como no podía ser de otro modo, esta falta de regulación de las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de estudiantes y/o personas que se están formando y de jóvenes que recientemente han completado sus estudios y/o formación ha comportado importantes disfunciones en el desarrollo de esta figura. En primer lugar, ha permitido que se produzca un importante abuso en su utilización por parte de las empresas que, en no pocas ocasiones, acuden a estas prácticas para sustituir a trabajadores de la misma con el objetivo de ahorrar costes, no en vano, quienes realizan estas prácticas desarrollan funciones similares a las de un trabajador ordinario sin recibir el correspondiente salario<sup>11</sup>. Ello supone, a su vez, un debilitamiento extremo de la finalidad formativa de estas prácticas, que queda supeditado a la finalidad productiva de las mismas. En segundo lugar, se produce la circunstancia de que las personas en

---

<sup>9</sup> Vid. AAVV: *El sistema de becas en la primera inserción...* cit. págs. 16 y 17. Crítico al respecto se muestra CRUZ VILLALÓN, J.: "Empleo y crisis económica", en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dirs.): *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo-Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, pág. 612, que considera que se trata de canales alternativos "que sin ambages cabe calificar de competencia desleal a los contratos formativos que en ese juego de oferta atractiva poco pueden ofrecer por mucho que se altere su vigente régimen legal".

<sup>10</sup> En esta dirección, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "Cuatro razones para declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de la regulación reglamentaria de las prácticas no laborales (RD 1543/2011)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014, pág. 297, indica al respecto que "si algo caracteriza a las prácticas no laborales tal y como se ha dejado de manifiesto en nuestro país y en la Unión Europea es la profusión de modalidades existentes y la diversidad de normativas aplicables a las mismas o, bien, alternativamente justo lo contrario: la ausencia de identificación normativa adecuada de alguna de esas prácticas".

<sup>11</sup> De la misma opinión, CRUZ VILLALÓN, J.: "Empleo..." cit. pág. 602, pone de manifiesto que se extienden "usos espurios de las prácticas profesionales como mecanismo de ocultamiento de auténticas actividades productivas, que deberían someterse a una estricta relación contractual laboral retribuida como tal".

formación y titulados recientes van encadenando, una y otra vez, estancias prácticas en el entorno profesional con lo que también queda cuestionada la finalidad de inserción laboral de las mismas o, en otros términos, la consideración como puente entre la formación y el trabajo que se atribuye a estas estancias prácticas<sup>12</sup>.

La necesidad de clarificación de las prácticas no laborales y de establecer una cierta regulación, aunque sea de mínimos, de las mismas, ha llevado a que en el ámbito de la Unión Europea se haya aprobado la Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014 sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas, en la que se contienen diferentes recomendaciones, muy de mínimos, dirigidas a los Estados sobre la mejor manera de abordar la regulación de dichas prácticas<sup>13</sup>. Más recientemente, con la voluntad de avanzar más decididamente sobre esta materia, con la voluntad de actualizar y reforzar la citada Recomendación de 2014 y convertirla en un instrumento legislativo más fuerte, se ha aprobado una importante Resolución por el Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria, el día 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión, a la que se acompañan dos textos, uno de Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre períodos de prácticas de calidad y otro de Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas.

Entre los aspectos que se han visto más afectados por la tradicional falta de regulación de esta figura destacan dos con luz propia: en primer lugar, la compleja delimitación de todas estas figuras de estancias prácticas no laborales respecto a la relación de trabajo, a tal efecto, las mismas únicamente deberían ser admitidas cuando no supongan el encubrimiento de auténticas relaciones laborales y, en segundo lugar, la ausencia de protección social dispensada a este colectivo, no en vano, tradicionalmente, la misma había basculado entre la limitada protección prevista por el seguro escolar, a todas luces insuficiente, o la ausencia total de protección social de este colectivo.

La alarmante falta de una protección social adecuada de los estudiantes y/o personas que se están formando y de los jóvenes que recientemente han completado sus estudios y/o formación que realizan estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, puso inmediatamente de manifiesto la necesidad de una intervención de los poderes públicos en esta materia con el fin de dotar a este colectivo o al menos a una parte sustancial del mismo de una mayor protección social.

---

<sup>12</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: "La compleja e insatisfactoria regulación..." cit. pág. 62.

<sup>13</sup> Un análisis del contenido de esta Recomendación en ROALES PANIAGUA, E.: "Prácticas no laborales: entre la formación y la empleabilidad", en MORALES ORTEGA, J.M. (Dir.): *Jóvenes y políticas de empleo*, Bomarzo, Albacete, 2015, págs. 328 a 333. Vid. también, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Las prácticas no laborales..." cit., págs. 63 y ss.

Tras diferentes regulaciones, actualmente, la protección social de las personas que desarrollan prácticas no laborales se aborda en el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (en adelante, RDL 2/2023), que añade una disposición adicional quincuagésima segunda al TRLGSS, en la que se procede a introducir una nueva regulación de la “inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación”, si bien, la entrada en vigor de la misma se pospuso inicialmente hasta el 1 de octubre de 2023 y, posteriormente, hasta el 1 de enero de 2024.

Pese a la valoración positiva que merece la protección social que dispensa el RDL 2/2023 a quienes desarrollan prácticas no laborales, debe constatarse que la regulación de la protección social que cabe dispensar a quienes realizan prácticas no laborales es únicamente uno de los dos pilares en los que se debe apoyar la adecuada tipificación y normalización jurídica de este colectivo; el otro, y tal vez el más importante, es la regulación de su íntegro régimen jurídico, que debe recogerse en el tan anunciado “Estatuto del Becario”.

En este contexto de anomia normativa de las prácticas no laborales y ante la necesidad de abordar, de una vez por todas, esta materia, en el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, elaborado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, se previó, en la medida nº 31, el compromiso de elaborar un estatuto de prácticas no laborales, para integrar y regular los derechos de las personas en esta situación, contemplando en el mismo todas aquellas relaciones en las que una persona se incorpore a la empresa o a cualquier organización pública o privada para adquirir conocimientos prácticos establecidos previamente en su plan de estudios. Posteriormente, en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia también se incorporó la necesidad de aprobar un Estatuto del Becario, vinculado a la aprobación de la Garantía Juvenil Plus 2021-2027.

Posteriormente, la aprobación de este “Estatuto del Becario” se convirtió en un mandato legal, incorporado en la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, RDL 32/2021), según la cual, “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos

equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales”.

Sin lugar a dudas, de la adecuada coordinación entre ambos pilares -protección social y regulación del estatuto jurídico de las prácticas no laborales- dependerá el éxito de la protección “laboral” y social dispensada a quienes realizan esta tipología de prácticas.

Pese a ello, de un modo un tanto sorprendente, hasta la actualidad no ha sido posible alcanzar un acuerdo en la Mesa de Diálogo Social, siendo lo más lejos a lo que se ha podido llegar el acuerdo alcanzado entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y las organizaciones sindicales Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores, en fecha de 15 de junio de 2023 y que se materializó en una especie de borrador de “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa” (en adelante, Borrador de Estatuto)<sup>14</sup>.

En este estudio se procederá a analizar, precisamente, el contenido de dicho acuerdo, con la finalidad de contribuir al rico debate ya existente sobre la mejor manera de abordar la necesaria regulación legal de las prácticas no laborales.

## **II. EL ESTATUTO DE LAS PERSONAS EN FORMACIÓN PRÁCTICA NO LABORAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA**

### **1. El objeto y ámbito de aplicación**

La primera cuestión que aborda el Borrador de Estatuto es la de intentar acotar su objeto y ámbito de aplicación. A tal efecto, el apartado primero del art. 1 de la norma establece que la misma “tiene por objeto determinar los periodos de formación práctica no laboral que se pueden realizar en el ámbito de la empresa, así como desarrollar el régimen jurídico que los ordena”.

Con carácter previo, cabe constatar que, aunque la norma se refiere a los periodos de formación práctica no laboral que se pueden realizar “en el ámbito de la empresa”, el apartado 3 del art. 1 del Borrador de Estatuto precisa que “a los efectos de la presente norma serán organismos equiparados tanto las entidades comprendidas en el sector público como las entidades sin ánimo de lucro, extendiéndose a las mismas todas las previsiones efectuadas respecto de las empresas”. Ello no podía ser de otro modo, si se tiene en cuenta que, como ya se ha anticipado, muchas de las entidades receptoras de las personas que desarrollan prácticas no laborales pertenecen al sector público o al sector de entidades sin ánimo de lucro.

---

<sup>14</sup> Este documento puede consultarse en: <https://www.ccoo.es/93513e134bf4578f497fd59a4ef406cf000001.pdf>

Por lo demás, cabe recordar que en la actualidad, bajo el paraguas de las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, se engloban muchas situaciones diversas de muy difícil, por no decir imposible, sistematización<sup>15</sup>, que, además, se rigen por distintas normativas<sup>16</sup> e, incluso, en no pocas ocasiones, carecen de un auténtico marco regulatorio -estancias prácticas no laborales sin regulación o “alegales-<sup>17</sup>. Por ello, debe valorarse muy positivamente que el Borrador de Estatuto aborde la ingente labor de “determinar los periodos de formación práctica no laboral que se pueden realizar en el ámbito de la empresa”.

Con esta finalidad, el apartado segundo del art. 1 del Borrador de Estatuto establece que los periodos de formación práctica en la empresa serán únicamente los contemplados en la propia norma, de lo cual cabe deducir, que no serán admisibles prácticas no laborales distintas a las previstas de forma expresa en la misma.

A partir de esta premisa, se identifican los diferentes “periodos de formación práctica en la empresa” que se contemplan por la norma:

A) Formación práctica tutorizada en empresas y organismos equiparados vinculada a la obtención de los grados correspondientes al sistema de formación profesional de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, (en adelante, LO 3/2022).

La delimitación de las prácticas no laborales desarrolladas en el marco de la Formación Profesional que lleva a cabo el Borrador de Estatuto es muy amplia, teniendo en cuenta que la LO 3/2022, a la que se remite la norma, ha procedido a unificar en un solo sistema la formación profesional reglada y la formación profesional para el empleo. A tal efecto, de conformidad con el art. 28 de dicha norma, la tipología de las ofertas del Sistema de Formación Profesional está organizada, de manera secuencial, en los siguientes grados: a) Grado A: Acreditación parcial de competencia; b) Grado B:

---

<sup>15</sup> Pese a las dificultades que comporta la tarea de clasificación de las prácticas no laborales, pueden encontrarse loables intentos de sistematización de las mismas en COMISIONES OBRERAS: *Aprendices becarios/as y trabajo precario*, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2019; DE VAL TENA, A.L.: “Trabajo en prácticas...” cit. págs. 87 y ss.; DUQUE GONZÁLEZ, M.: *Becas y becarios*, Lex Nova Thomson-Reuters, Valladolid, 2012; HERNÁNDEZ DE LUZ, J.L.: “Becarios y prácticas no laborales en empresas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 128, 2017 y SÁNCHEZ IGLESIAS, A.L. (Coord.): *Situaciones jurídicas fronterizas con la relación laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 180 y ss.

<sup>16</sup> PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios”, en ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022, pág. 177, se refiere al “marasmo legislativo”.

<sup>17</sup> Vid. MORENO GENÉ, J.: “Las estancias prácticas no laborales...” cit.

Certificado de competencia; c) Grado C: Certificado profesional; d) Grado D: Ciclo formativo; y, finalmente, e) Grado E: Curso de especialización<sup>18</sup>.

Sin embargo, a pesar de esta delimitación tan amplia, parece que en este momento el Borrador de Estatuto se estaría refiriendo de forma particular a las prácticas no laborales desarrolladas en el marco de la tradicional formación profesional reglada, puesto que, más adelante, se refiere específicamente a la formación profesional para el empleo. A tal efecto, parece que en este primer grupo de prácticas no laborales a las que hace referencia el Borrador de Estatuto se encontrarían las realizadas en el marco de los estudios de formación profesional previstos en el Capítulo V de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LO 2/2006), si bien, de conformidad con lo previsto ahora por la LO 3/2022.

B) Formación tutorizada en empresas u organismos equiparados vinculados a las enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo.

En este segundo grupo de prácticas no laborales a las que se refiere el Borrador de Estatuto se integran las prácticas no laborales desarrolladas en el marco de unos estudios más específicos, como son las enseñanzas artísticas y deportivas.

Por lo que respecta a las enseñanzas artísticas, se encuentran previstas en el Capítulo VI de la LO 2/2006, de conformidad con la redacción dada a la misma por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 2/2006, de 3 de mayo. A tal efecto, el art. 45 de dicha norma establece que "Las enseñanzas artísticas tienen como finalidad proporcionar al alumnado una formación artística de calidad y garantizar la cualificación de los futuros profesionales de la música, la danza, el arte dramático, las artes plásticas y el diseño", así como, también, que las mismas están conformadas por las siguientes: a) Las enseñanzas elementales de música y de danza; b) Las enseñanzas artísticas profesionales. Tienen esta condición las enseñanzas profesionales de música y danza, así como los grados medio y superior de artes plásticas y diseño; c) Las enseñanzas artísticas superiores. Tienen esta condición los estudios superiores de música y de danza, las enseñanzas de arte dramático, las enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales, los estudios superiores de diseño y los estudios superiores de artes plásticas, entre los que se incluyen los estudios superiores de cerámica y los estudios superiores del vidrio.

---

<sup>18</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022, p. 70, consideran, al respecto, que "cabe entender que los tres primeros grados serían los propios de la formación no reglada o para el empleo (para mayores de 16 años), mientras que los Grados D y E conformarían la formación profesional reglada en sentido estricto (dentro del sistema educativo)". Vid. también, CAMAS RODA, F.: "La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral", *Trabajo y Derecho*, núm. 94, 2022.

A su vez, las enseñanzas deportivas se encuentran previstas en el Capítulo VIII de la Ley 2/2006, cuyo art. 63 establece que “Las enseñanzas deportivas tienen como finalidad preparar a los alumnos para la actividad profesional en relación con una modalidad o especialidad deportiva, así como facilitar su adaptación a la evolución del mundo laboral y deportivo y a la ciudadanía activa”.

En consecuencia, la formación tutorizada en empresas u organismos equiparados vinculadas a todas estas enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo también quedaría amparada por el Borrador de Estatuto y, en consecuencia, sometida al régimen jurídico previsto por esta norma.

C) Las prácticas no laborales vinculadas a las especialidades formativas del sistema nacional de empleo, en los términos y con las condiciones previstas en la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, por la que se regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Se incorporan en este apartado aquellas prácticas no laborales desarrolladas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo. Recuérdese, en este punto, que como se ha indicado anteriormente, la LO 3/2022 ha procedido a unificar en un solo Sistema la formación profesional reglada y la formación profesional para el empleo. A tal efecto, de conformidad con el art. 28 de dicha norma, la tipología de las ofertas del Sistema de Formación Profesional está organizada, de manera secuencial, en los siguientes grados: a) Grado A: Acreditación parcial de competencia; b) Grado B: Certificado de competencia; c) Grado C: Certificado profesional; d) Grado D: Ciclo formativo; y, finalmente, e) Grado E: Curso de especialización.

Pues bien, si la primera de las inclusiones en el ámbito de aplicación del Borrador de Estatuto parecía dirigirse específicamente a la tradicional formación profesional reglada, ahora se dirigiría más específicamente a la formación profesional para el empleo. A tal efecto, el art. 2 de la Orden TMS/283/2019, a la que se remite el Borrador de Estatuto, establece que “El Catálogo de Especialidades Formativas es uno de los instrumentos de transparencia y difusión del sistema integrado de información de la formación profesional para el empleo, e incluye la ordenación de toda la oferta de formación, formal y no formal, desarrollada en el marco del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Se entiende por oferta de formación formal la constituida por especialidades formativas dirigidas a la obtención de los certificados de profesionalidad, regulados por el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, y los respectivos reales decretos por los que se establecen dichos certificados de profesionalidad. El resto de



especialidades del Catálogo no dirigidas a la obtención de certificados de profesionalidad constituyen la oferta de formación no formal”.

En desarrollo de esta previsión y para dotar de mayor seguridad jurídica a esta materia, el propio Borrador de Estatuto incorpora mediante su disposición final tercera, un nuevo apartado sexto en el art. 4 de la Orden TMS/283/2019, con la siguiente redacción: “6. En la caracterización de las especialidades formativas se identificarán aquellas que sean susceptibles de vincular el desarrollo de prácticas no laborales a efectos de lo dispuesto en el art. 1.2 c) del (...) Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa. Para ello se recogerá en los correspondientes anexos la duración, capacidades, criterios de evaluación y contenidos de dichas prácticas no laborales”.

D) Las prácticas académicas externas de las Universidades, tanto curriculares como extracurriculares.

Por lo que respecta a las prácticas no laborales realizadas por alumnos universitarios, la delimitación que lleva a cabo el Borrador de Estatuto es amplísima y viene a recoger todas las prácticas no laborales de los alumnos universitarios previstas y reguladas actualmente en la Ley Orgánica 2/2023, del Sistema Universitario, en el Real Decreto 822/2021, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad y, muy especialmente, por el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (en adelante, RD 592/2014)<sup>19</sup>. A tal efecto, el art. 2 de esta última norma define a las prácticas académicas externas como “una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento”.

Por su parte, el art. 4 del RD 592/2014, bajo la rúbrica de “modalidades de prácticas académicas externas”, contempla dos supuestos distintos de prácticas, a saber, las curriculares y las extracurriculares. Dentro de la primera modalidad se engloban aquellas prácticas que se configuran como actividades académicas integrantes o vinculadas con el Plan de Estudios de que se trate y, que, por lo tanto, se ven reconocidas en créditos en el ámbito del currículo de las enseñanzas. La segunda modalidad de prácticas académicas externas prevista en el RD 592/2014, es decir, las prácticas

---

<sup>19</sup> Un análisis a fondo de estas prácticas en MORENO GENÉ, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

extracurriculares, como su propio nombre indica, son aquellas que no forman parte del plan de estudios de la titulación que se encuentra cursando el estudiante. A tal efecto, el art. 4 b) de la citada norma define a esta modalidad de prácticas como “aquellas que los estudiantes podrán realizar con carácter voluntario durante su período de formación y que, aun teniendo los mismos fines que las prácticas curriculares, no forman parte del correspondiente plan de estudios (...)”.

No cabe duda que la incorporación en el ámbito de aplicación del Borrador de Estatuto de las prácticas académicas externas extracurriculares ha sido uno de los aspectos más controvertidos en las negociaciones de la Mesa de Diálogo Social<sup>20</sup>, habiéndose mostrado muy reacias las organizaciones sindicales a su admisibilidad, por ser las que de manera más habitual se emplean para encubrir lo que deberían ser auténticas relaciones laborales<sup>21</sup>, lo que ha comportado que algún borrador previo de acuerdo entre el Ministerio y los sindicatos hubiera previsto su futura desaparición o, más bien, su futura consideración como auténticas relaciones laborales<sup>22</sup>.

Tal vez, por las suspicacias que pueden levantar este tipo de prácticas no laborales, el art. 1 d) del Borrador de Estatuto las define de forma expresa, a diferencia de lo que sucede con las prácticas curriculares. A tal efecto, se establece que se entiende por las prácticas académicas extracurriculares “aquellas que, teniendo los mismos fines que las prácticas curriculares, no forman parte del correspondiente plan de estudios, pero

---

<sup>20</sup> Vid. ROJO TORRECILLA, E.: “Empleo y jóvenes. En el Bloc *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 19 de marzo de 2023. Este documento puede consultarse en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2023-06-21T08:59:00%2B02:00&max-results=5&reverse-paginate=true> Vid. también, GARCÍA TORRES, A.: “Un nuevo estatuto del becario”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022, pág. 56.

<sup>21</sup> En esta dirección, RAMÍREZ BANDERA, C.: “Cuando los abusos empresariales se convierten en costumbre: la insuficiente protección normativa dispensada a becarios y estudiantes universitarios en prácticas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 473, 2023, indica que “(...) dicho “Estatuto del Becario” está llamado a acabar con los perniciosos incentivos que el actual RD 592/2014 establece para hacer descansar en estos estudiantes, sin apenas proporcionar contrapartida alguna, buena parte de la estructura productiva de las organizaciones”. Vid. también, COLLADO ROSIQUE, C. “Usos y abusos de las prácticas curriculares y extracurriculares. Los retos de las universidades y otros centros de educación”, en ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.

<sup>22</sup> En esta dirección, en base a estos borradores anteriores, GARCÍA TORRES, A.: “El nuevo contrato formativo y el Estatuto del Becario: retos y propuestas de una regulación inacabada”, en MARTÍNEZ MORENO, C. (Dir.): *El Derecho del Trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, A Coruña, 2023, pág. 60, afirmaba que “las lógicas de las reformas acaecidas en materia de formación -tanto en lo concerniente al Estatuto del Becario como a los contratos formativos- llevan a entender que aquella formación que se realice en la empresa que exceda de la necesaria para la obtención del título deberá articularse por medio de un contrato para la formación en alternancia”. En parecidos términos, MONTES ADALID, G.M.: “La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2022, pág. 24, propone, aunque con cautela, la inclusión de las prácticas extracurriculares, que no son exigidas en el plan de estudios, dentro del régimen laboral sometido al Estatuto de los Trabajadores”.

guardan una relación directa con los estudios cursados y cuyo objetivo es permitir aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en la formación académica".

De esta delimitación legal, cabe destacar la previsión de que las mismas, pese a no formar parte del plan de estudios, "guardan una relación directa con los estudios cursados" y que su objetivo no es otro que "permitir aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en la formación académica". No cabe duda que con la previsión expresa de ambas exigencias se pretende garantizar que nos encontremos ante auténticas prácticas no laborales y que las mismas no encubren una auténtica relación laboral.

Por lo demás, de una lectura de conjunto del Borrador de Estatuto cabe concluir que quedarán incluidas dentro de su ámbito de aplicación todas las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, ya se trate de prácticas dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster y doctorado, como de las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.

Las aludidas suspicacias que generan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios han propiciado que el Borrador de Estatuto haya fijado determinados límites cuantitativos a su realización, que varían según el tipo de prácticas a las que nos refiramos:

1. Prácticas curriculares desarrolladas durante los estudios oficiales de grado, máster universitario o, en su caso doctorado, que no superen el 25 por 100 de las horas en que se concreten los créditos ECTS de la titulación.

2. Prácticas extracurriculares desarrolladas durante los estudios oficiales de grado, máster universitario o, en su caso, doctorado, que no superen el 15% de las horas en que se concreten los créditos ECTS de la titulación, ni 480 horas.

3. Prácticas desarrolladas durante los estudios vinculados a títulos propios de las Universidades, cuando la suma total de prácticas curriculares y extracurriculares no supere el 25% de los créditos ECTS de la correspondiente titulación. No obstante, los títulos propios que tengan una duración mínima de 60 créditos ECTS tendrán la posibilidad de establecer prácticas por un periodo de tres meses.

Probablemente, con estas limitaciones se pretende asegurar que se cumpla la finalidad perseguida con las prácticas académicas externas de "permitir aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en la formación académica", lo cual, cabe suponer que se puede alcanzar en un periodo acotado en el tiempo, que la normativa fija

en los términos que se acaban de exponer. En esta dirección, la Recomendación del Consejo, de 10 de marzo de 2014, sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas aboga por “garantizar una duración razonable de los períodos de prácticas”.

Sin lugar a dudas, las prácticas no laborales en el entorno profesional de los alumnos de formación profesional, entendida en sentido amplio actual, que comprende tanto la tradicional formación profesional reglada como para el empleo, y de los estudiantes universitarios, ya sean curriculares o extracurriculares, que contempla de forma expresa el Borrador de Estatuto, son los principales supuestos de prácticas no laborales ya preexistentes a dicha norma. Por ello, incorporando dicha norma un cambio sustancial en el régimen jurídico de las mismas, debe abordar qué sucede con aquellas prácticas no laborales que ya se estarían desarrollando en el momento de su entrada en vigor. A tal efecto, el apartado tercero de la disposición transitoria segunda del Borrador de Estatuto prevé de forma expresa que “las prácticas no laborales desarrolladas en el ámbito de la empresa a las que se refiere el artículo 1 se regirán por la normativa vigente antes de la entrada en vigor de esta norma hasta el 31 de diciembre de 2023”.

Actualmente, sin embargo, en la realidad cotidiana se pueden encontrar otras muchas modalidades de prácticas formativas que normalmente se canalizan mediante la convocatoria de ayudas de estudios o becas por parte de administraciones, empresas y otras entidades, muchas de ellas, incluso, sin cobertura legal alguna, distintas, por tanto, a las recogidas de un modo expreso por el Borrador de Estatuto. En este punto, cabe plantearse si las mismas aún seguirían siendo posibles tras la entrada en vigor de dicha norma.

La delimitación actual del campo de aplicación del Borrador de Estatuto parece limitarse, exclusivamente, a las prácticas no laborales previstas de un modo expreso por dicha norma, sin que sea posible dar cabida a otras prácticas no laborales distintas a estas. A tal efecto, recuérdese que el apartado 1 del art. 1 de dicha norma fija como su objeto, “determinar los periodos de formación práctica no laboral que se pueden realizar” y, a mayor abundamiento, el apartado 2 del referido artículo señala que los periodos de formación práctica serán “únicamente” los contemplados en los supuestos que se indican<sup>23</sup>.

El carácter más restrictivo del Borrador de Estatuto a la hora de identificar las prácticas no laborales que se pueden realizar, le obliga a abordar la cuestión de qué sucede con aquellas prácticas no laborales distintas a las ahora previstas por dicha

---

<sup>23</sup> De la misma opinión, REQUENA MONTES, O.: “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: Análisis del nonato “Estatuto del Becario”. En NET21, julio de 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.net21.org/estatuto-de-las-personas-en-formacion-practica-no-laboral-en-el-ambito-de-la-empresa-analisis-del-nonato-estatuto-del-becario/>

norma, pero existentes con anterioridad a la misma. A tal efecto, el apartado segundo de la disposición transitoria segunda prevé que "las prácticas no laborales desarrolladas en el ámbito de la empresa distintas a las previstas en el artículo 1, que se hubieran ofertado antes de la entrada en vigor de esta norma, podrán extenderse, de acuerdo con su propio régimen de desarrollo, hasta su fecha de finalización prevista".

En esta misma dirección, tradicionalmente se ha suscitado la cuestión de si deben admitirse o no las prácticas no laborales dirigidas a titulados recientes. A tal efecto, con el actual marco normativo, ya se han planteado dudas sobre la admisibilidad de las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los titulados recientes, más allá de las prácticas no laborales previstas en el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas (en adelante, Real Decreto 1543/2011)<sup>24</sup>.

En este sentido, se ha argumentado, por una parte, que tras la aprobación del Real Decreto 1543/2011 no pueden existir prácticas al margen de esta regulación<sup>25</sup>. Ahora bien, si bien es cierto que esta norma, como su nombre indica, tiene precisamente por objeto la regulación de las prácticas no laborales en empresas, la misma no regula el fenómeno en su globalidad, sino que únicamente contempla un supuesto específico de prácticas no laborales en empresas, en concreto, las dirigidas a personas jóvenes con cualificación profesional que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan problemas de empleabilidad<sup>26</sup>. En consecuencia, una conclusión tan radical como es la exclusión de cualquier otro tipo de estancias prácticas no laborales dirigidas a titulados recientes distintas a las previstas en el Real Decreto 1543/2011, tal vez, requeriría de una declaración expresa al respecto.

En definitiva, todo hace pensar que el contexto normativo actual parece seguir permitiendo las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de titulados

---

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en empresas: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012, pág. 75, mantiene al respecto que "es dudoso que las personas que desarrollan prácticas no laborales al amparo del RD 1543/2011 estuvieran comprendidas formalmente en el ámbito subjetivo definido por el art. 1 RD 1493/2011 en ausencia de una remisión expresa". Sobre esta inclusión expresa vid. MELLA MÉNDEZ, L.: "Las prácticas no laborales en empresas para jóvenes titulados: un estudio de su régimen jurídico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014 y MORENO GENÉ, J.: "La regulación de las prácticas no laborales en empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿un sucedáneo de contrato en prácticas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 347, 2012.

<sup>25</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: "La compleja e insatisfactoria..." cit. págs. 68 y 69.

<sup>26</sup> A tal efecto, SÁNCHEZ IGLESIAS, A.L. (Coord.): *Situaciones jurídicas fronterizas...* cit. pág. 207, indica que "hay que aclarar que esta regulación no es incluyente, es decir, no es aplicable a todas las posibles prácticas de titulados, sino sólo a las específicas reguladas en el mismo, dejando a todas las demás prácticas, promovidas por fundaciones o empresas que no se acojan al convenio con los servicios públicos de empleo estatal, desreguladas".

recientes, ya sea previéndolas de un modo expreso -v. gr. las prácticas no laborales en empresas del art. 1543/2011- o, simplemente, tolerándolas -estancias prácticas no laborales no reguladas o “alegales”, previstas en innumerables convocatorias u ofertas de becas y prácticas de trabajo-. Esta interpretación se encuentra reforzada, a su vez, en la práctica ordinaria, puesto que aún se siguen encontrando múltiples ofertas de becas y prácticas no laborales por parte de empresas y de entidades públicas dirigidas específicamente a titulados recientes o, en cualquier caso, de modo indistinto a personas en formación o a titulados recientes.

Frente a esta realidad, se había exigido una intervención normativa que pusiera fin de un modo indubitado a las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los titulados recientes, puesto que, si ya plantea dudas la determinación del interés predominante en el supuesto de las estancias prácticas no laborales desarrolladas por personas que aún se encuentran en fase formación, resulta del todo evidente el predominio del interés de la empresa, administración o entidad receptoras cuando quien realiza las prácticas es un titulado, no en vano, con carácter general la actividad realizada por el mismo tiene la suficiente entidad para ser considerada como una actividad productiva más allá de la formación que se recibe y, por tanto, es merecedora de una cobertura jurídica y social superior a la otorgada por el sistema de becas y prácticas no laborales, como lo prueba el hecho de que, en numerosas ocasiones, de no llevarse a cabo determinados servicios por parte de los titulados recientes en prácticas, los mismos tienen que ser desarrollados por un trabajador<sup>27</sup>. En consecuencia, se apostaba por la naturaleza laboral de la actividad desarrollada por quienes ya son titulados y, por tanto, por la contratación laboral de los mismos mediante la modalidad de contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada<sup>28</sup>, por ser esta modalidad contractual la figura más adecuada para formalizar la relación que une a quien desarrolla los conocimientos adquiridos en la institución educativa correspondiente y a quien los recibe a cambio de una contraprestación económica<sup>29</sup>.

En este punto, una vez más, los términos taxativos con que se pronuncia el Borrador de Estatuto y que se han expuesto con anterioridad, parecen excluir la admisibilidad de

---

<sup>27</sup> Vid. MORENO GENÉ, J.: “El recurso fraudulento a las prácticas no laborales en empresas previstas en el Real Decreto 1543/2011 y sus efectos. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de septiembre de 2016”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017.

<sup>28</sup> En la misma dirección, MELLA MÉNDEZ, L.: “Las prácticas no laborales...” cit. pág. 101, mantiene que “la mejor solución para los titulados no es ponerlos de becarios, sino contratarlos a través del contrato de trabajo en prácticas”. Sobre la preferencia en estos supuestos del contrato en prácticas vid. también, FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Los contratos de trabajo formativos en prácticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 89 y ss.

<sup>29</sup> Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La inclusión en el sistema...” cit. pág. 47.

cualquier otro tipo de prácticas que puedan desarrollar aquellas personas que ya se encuentren en posesión de la titulación correspondiente. A mayor abundamiento, el apartado segundo de la disposición derogatoria única del Borrador de Estatuto prevé que "queda derogado expresamente el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas", con lo que, más allá de quedar suprimidas las prácticas no laborales previstas en esta norma, se pierde la norma que, de algún modo, servía de fundamento para justificar la existencia de otras muchas prácticas no laborales dirigidas a personas tituladas.

En todo caso, el apartado primero de la disposición adicional transitoria segunda del Borrador de Estatuto contempla la situación de aquellas personas que en el momento de su entrada en vigor estuvieren desarrollando las prácticas no laborales previstas en el Real Decreto 1543/2011, previéndose al respecto que "las prácticas no laborales concertadas antes de la entrada en vigor de la presente norma conforme a lo previsto en el Real Decreto 1543/2011 (...) podrán desarrollarse hasta su finalización de acuerdo con el régimen previsto en la citada norma".

Finalmente, para concluir con el ámbito de aplicación del Borrador de Estatuto, cabe mencionar que la disposición adicional quinta de dicha norma contempla diferentes supuestos de "formaciones de carácter específico", en las que, con carácter general, las hipotéticas prácticas no laborales que se pudieran contemplar en las mismas, no se regirían por el Borrador de Estatuto, sino por su propia normativa reguladora. A tal efecto, los supuestos previstos serían los siguientes:

1. La formación desarrollada en la empresa, cuando esta constituya un requisito para el ejercicio de profesiones reguladas en cumplimiento de normativa administrativa especial que imponga exigencias formativas distintas a las previstas en el artículo 1.2.

2. La formación práctica en el ámbito de la empresa acordada por entidades e instituciones, realizadas en el marco de programas de apoyo a la internacionalización promovidos por entidades públicas y privadas y sujetos a la Ley 29/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que se desarrollen en todo o en parte en el extranjero, que no tendrá en ningún caso por objeto el desarrollo de actividades propias de una relación laboral.

3. La formación práctica en el ámbito de la empresa realizada en el marco de programas de movilidad promovidos por la Unión Europea u otros organismos internacionales cuando se desarrollen en todo o en parte en el extranjero -movilidad de salida- o en territorio nacional -movilidades de entrada.

## 2. El carácter extralaboral de las prácticas no laborales

Como ya se ha indicado, entre los aspectos que se han visto más afectados por la tradicional falta de previsión y de regulación de las diferentes modalidades de prácticas no laborales se encuentra la dificultad de delimitar todas estas figuras respecto a la relación de trabajo, puesto que, las mismas, únicamente deberían ser admitidas cuando no supongan el encubrimiento de auténticas relaciones laborales.

Por ello, una nota común a todas las normativas reguladoras de las prácticas no laborales es la declaración expresa y solemne del carácter no laboral de las mismas<sup>30</sup>. El Borrador de Estatuto no es una excepción en este punto y ya en su art. 2, bajo la rúbrica de “Garantías de la formación práctica en el ámbito de la empresa”, recoge esta declaración, tanto por activa como por pasiva. A tal efecto, en el apartado primero de dicha norma se establece que “la formación en la empresa no supondrá la existencia de relación laboral entre la empresa o entidad equiparada y la persona en formación siempre que se desarrolle en los términos previstos en esta norma”. Pero al mismo tiempo, se indica que sí se considerará relación laboral “la actividad desempeñada por la persona en formación que no se inscriba en las prácticas a las que hace referencia el artículo 1.2 o en las referidas en la disposición adicional quinta”.

Por tanto, una vez más, queda claramente de manifiesto que únicamente serán admisibles las prácticas no laborales previstas en el propio Borrador de Estatuto -art. 1.2 y disposición adicional quinta-, de modo que, cualquier otra que no encaje en dicha norma, automáticamente deberá ser considerada como una relación laboral, claro está, encubierta bajo la vestimenta de prácticas no laborales.

A pesar de la solemne proclamación de no laboralidad de estas estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, en el día a día no siempre resulta clara la línea divisoria entre aquellas prácticas no laborales acordes con la legalidad y aquellas otras

---

<sup>30</sup> A tal efecto, si atendemos a la normativa reguladora de los diferentes supuestos expuestos, se observa que en dicha normativa siempre se incorpora un precepto que declara de forma expresa la exclusión de las referidas estancias prácticas del ámbito laboral. A título de ejemplo, entre otros supuestos, el art. 2.3 del RD 592/2014 establece, en relación con las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, que “dado el carácter formativo de las prácticas académicas externas, de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo”; el art. 28.1 del RD 1529/2012 se refiere exclusivamente al desarrollo de proyectos de formación profesional dual en el sistema educativo, con la coparticipación de los centros educativos y las empresas, cuando no medie un contrato laboral, es decir, cuando la formación profesional dual no se articula a través de una relación laboral, sino exclusivamente a través de estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los estudiantes; el art. 24.3 del RD 694/2017 se refiere de forma expresa a “las acciones formativas no vinculadas con certificados de profesionalidad, dirigidas a las personas desempleadas, podrán contemplar la realización de prácticas profesionales no laborales en empresas, vinculadas a dichas acciones formativas”; el art. 2.2. del RD 1543/2011 establece que “las prácticas no laborales en las empresas no supondrán, en ningún caso, la existencia de relación laboral entre la empresa y la persona joven”, etcétera.



prácticas no laborales fraudulentas que pudieran encubrir una auténtica relación laboral<sup>31</sup>. En este punto, resulta evidente que las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, especialmente, cuando las mismas son retribuidas económicamente, pueden comportar problemas de delimitación respecto al contrato de trabajo, que recoge la prestación voluntaria por parte del trabajador de servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, ya que, *a priori*, toda relación en la que se produzca entre las partes un intercambio de prestación de servicios y remuneración de los mismos puede ser calificada como laboral de conformidad con la amplitud que de tal concepto se desprende del art. 1.1 ET<sup>32</sup>. Estas dificultades se tornan aún mayores si se comparan las prácticas no laborales con las diferentes modalidades de contrato formativo previstas en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo objeto y finalidades formativas coinciden en lo esencial, lo cual obliga a plantearse la cuestión de por qué se acude a una u otra figura. A tal efecto, en ocasiones parecería que las prácticas no laborales fueran auténticos sucedáneos de la contratación formativa de los trabajadores, de modo que constituyen una competencia desleal de estos contratos formativos que, en consecuencia, quedan a todas luces infrutilizados<sup>33</sup>.

Siendo el carácter no laboral la característica esencial de las prácticas no laborales en el entorno profesional, la primera cuestión a abordar debe ser necesariamente la delimitación entre la prestación de servicios que se desarrolla en el marco de estas prácticas no laborales y la prestación de servicios propia de la relación laboral. Pese a ello, en las diferentes regulaciones de las estancias prácticas en el entorno profesional se echa de menos que se lleve a cabo un deslinde conceptual entre las prácticas que se regulan en cada supuesto y la prestación de servicios laboral, especialmente, de aquellas modalidades contractuales que tienen también un claro componente

---

<sup>31</sup> A tal efecto, MOLINA GARCÍA, M.: "Régimen jurídico de las prácticas no laborales en las empresas", en RAMOS, M. y ROJAS, G. (Coords.): *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2014, pág. 415, pone de manifiesto que las prácticas no laborales se sitúan en el territorio de las zonas grises del Derecho del Trabajo. En la misma dirección, en relación con las prácticas no laborales de los estudiantes universitarios, BAVIERA PUIG, I.: "Las prácticas formativas para universitarios en el EEES", *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011, indica que "pese al definido marco normativo se trata de una figura donde no siempre está clara la línea divisoria entre la legalidad y el fraude, es decir, si realmente nos encontramos ante una auténtica formación o por el contrario se elude la normativa laboral".

<sup>32</sup> Se trata de una cuestión ya tradicional, vid. MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M. y PARDELL VEÀ, A.: "Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado", *Revista de Derecho Social*, núm. 9, 2000.

<sup>33</sup> Sobre la infrutilización del contrato formativo frente a las becas y prácticas no laborales, vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: "El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 152, 2022, págs. 99 y 100.

formativo<sup>34</sup>. A tal efecto, únicamente una definición clara y nítida de las características de la actividad formativa de estas prácticas no laborales puede permitir su deslinde de las prestaciones laborales.

En este punto, resultan plenamente aplicables los tradicionales criterios de distinción elaborados por la doctrina y la jurisprudencia entre las becas y el contrato de trabajo, de modo que la delimitación de las prácticas no laborales se formula en términos negativos, es decir, como aquella actividad que no reúne las notas definidoras de la relación laboral<sup>35</sup>. Veamos, muy brevemente, cuales son estos criterios.

La distinción entre las becas y el contrato de trabajo se fundamenta esencialmente en la distinta finalidad que se persigue con cada una de estas figuras<sup>36</sup>. En esta dirección, el

---

<sup>34</sup> Así lo considera CRUZ VILLALÓN, J.: "Empleo..." cit. pág. 92, en relación con las prácticas no laborales del Real Decreto 1543/2011. Vid. también, MOLINA HERMOSILLA, O.: "Becas de formación convocadas por las universidades: ¿una contribución efectiva a la formación práctica de sus estudiantes? Análisis y propuestas para su adecuada regulación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, págs. 59 y ss.

<sup>35</sup> De un modo expreso, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Coord.): *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, pág. 210, mantiene que "la jurisprudencia sobre becas es aplicable, *mutatis mutandi*, a las prácticas no laborales".

<sup>36</sup> Sobre los criterios de distinción entre beca y contrato de trabajo vid. AHUMADA VILLALBA, B.: "La beca de formación práctica con prestación de servicios", *Relaciones Laborales*, 1999-I; ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Las nuevas becas (prácticas) no laborales para los jóvenes: ¿obstáculo o trampolín?", *Empleo Juvenil: un reto para Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016; ARMERO JIMÉNEZ, C.: "Contratos laborales encubiertos en las prácticas universitarias", *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 2, 2023; ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: "El becario-trabajador", *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 49, 2023; BORRAJO DACRUZ, E.: "Becario y contrato de trabajo", *Actualidad Laboral*, 2004-II; CRISTÓBAL RONCERO, R.: "Becas y estudiantes en prácticas", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 113, 2014; DUQUE GONZÁLEZ, M.: *Becas...* cit. págs. 47 a 66; FABREGAT MONFORT, G.: "Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios", *Aranzadi Social*, 2001-V; GARCÍA VALVERDE, M.: "Naturaleza de la relación que une al "supuesto becario" con la universidad", *Aranzadi Social*, núm. 12, 2005; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Las becas: ¿Formación, Inserción, Prácticas Profesionales, Trabajo Asalariado?", en CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.): *Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999; GOÑI SEIN, J.L.: "Las becas y el encubrimiento de contratos laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14, 1983; GOÑI SEIN, J.L.: "La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas", *Relaciones Laborales*, 1986-II; HIERRO HIERRO, J.: "Comentario a la S.T.S.J. Comunidad Valenciana. Sala de lo Social de 3 de febrero de 2000", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 19-20, 2001-2002; LÓPEZ GANDÍA, J.: "Jurisprudencia sobre becas y prácticas ante el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Derecho Privado*, 1981; MARTÍN VALVERDE, A.: "Beca de estudios técnico-prácticos con opción de reingreso en una entidad bancaria", *Revista de Política Social*, núm. 99, 1973; ORTEGA LOZANO, P.G.: "La delgada línea divisoria entre una relación laboral asalariada y la remuneración o contraprestación económica del becario como zona gris del Derecho del Trabajo", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019; POQUET CATALÁ, R.: "Zona gris entre la relación de becario y la relación laboral común y protección social", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016; RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A.: "Criterios de deslinde entre beca y relación laboral: a propósito de la última doctrina judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2006; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Indicios sobre las prácticas de los becarios. Criterios judiciales sobre las mismas", en ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022; RODRÍGUEZ-SANUDO, F.: "Contrato

objetivo del contrato de trabajo es la obtención de un valor productivo inmediato, mientras que la beca, por el contrario, o bien no busca esa finalidad productiva en absoluto, o bien sólo la busca relativamente, de manera aplazada o diferida al futuro, siendo el elemento predominante el aumento de bagaje cultural, intelectual o técnico, es decir, la formación del becario. En definitiva, mientras que a través del contrato de trabajo la persona "da", en la beca la persona "recibe"<sup>37</sup>.

Por tanto, las becas tienen como dato calificativo más relevante que el becario adquiera una formación mediante la realización de una actividad cuyo coste económico lo soporta la entidad que financia la beca, lo que comporta la no exigencia al becario de una prestación que revirtiendo directamente en utilidad o beneficio de la entidad que otorga la beca, predomine sobre su formación, sin perjuicio de que en ocasiones las actividades desarrolladas por el mismo pueden fructificar en la realización de diversas tareas, que en todo caso no se realizan como contraprestación, sino como aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa -SSTS de 13 de junio de 1988, de 7 de julio de 1998 (núm. rec. 2573/1997), de 22 de noviembre de 2005 (núm. rec. 4752/2004), de 4 de abril de 2006 (núm. rec. 856/2005), de 29 de marzo de 2007 (núm. rec. 5517/2005) y de 29 de mayo de 2008 (núm. rec. 4247/2006)-.

En definitiva, la distinción entre beca y relación laboral se apoya en la determinación de cuál es el interés o beneficio principal que se satisface con la ayuda y con los servicios que como consecuencia de la misma se prestan, si el de los becarios o el de la propia entidad convocante de la ayuda o receptora del becario, de modo que la finalidad perseguida se configura como "el único e inseguro elemento diferenciador" entre la beca y el contrato de trabajo<sup>38</sup>.

---

de trabajo: período de prácticas como becario en una empresa (comentario jurisprudencial)", *Revista de Política Social*, núm. 96, 1972; ROMERO PARDO, M.P.: "Becas, prácticas y otras formas de trabajo "pre-laborales", en *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Junta de Andalucía. Consejo de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016; SELMA PENALVA, A.: "Los becarios aparentes. Comentario a la STSJ del País Vasco, de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 2567)", *Aranzadi Social*, núm. 14, 2003; VILLALBA SALVADOR, B.: "Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1998.

<sup>37</sup> Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el "trabajo formativo", *Temas Laborales*, núm. 74, 2004, pág. 38. Ello no impide, sin embargo, que la relación laboral pueda ser también un marco adecuado para la obtención de formación. Vid. sobre esta cuestión FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "La relación laboral como ámbito del trabajo formativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, 2004.

<sup>38</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: "Fronteras y "zonas grises" del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001), *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2003, se refiere al "criterio de prevalencia" y DE SOTO RIOJA, J.M.: "Becas formativas: ¿Formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?", STSJ de Castilla-La

A partir de estas premisas, pueden establecerse diferentes criterios que nos permitirán determinar si la utilidad o beneficio principal de la actividad desarrollada por el becario repercute en éste o, por el contrario, la obtiene la entidad receptora del mismo, dándose cumplimiento así al presupuesto sustantivo de la ajenidad.

Un primer criterio lo constituye la apreciación o no de supeditación o subordinación de la formación recibida por el becario al trabajo que realiza. Este requisito constituye a nuestro entender el elemento esencial que permite calificar al becario, ya que en la medida en que las actividades desarrolladas por el mismo predominen sobre su formación, no será éste, sino la entidad convocante de la ayuda o receptora del mismo, la que obtenga el interés o beneficio principal de su actividad. Por tanto, las actividades a realizar por el becario tienen que realizarse de forma que resulten compatibles con el aprovechamiento del propio becario y siempre subordinadas a sus propias obligaciones formativas<sup>39</sup>.

Un segundo criterio válido para determinar quién obtiene la utilidad de los servicios prestados por el becario, lo constituye la existencia de identidad entre las tareas encomendadas al becario y las funciones realizadas por el resto de trabajadores de la entidad que otorga la ayuda o, en su caso, por la entidad receptora del mismo, porque aunque no se realicen exactamente las mismas tareas, en la medida en que el trabajo desempeñado por el becario sea coincidente con las funciones ejecutadas por los trabajadores de la entidad convocante de la ayuda y/o receptora del mismo, hay más argumentos para afirmar que la actividad desarrollada por éste sea considerada como laboral<sup>40</sup>, especialmente si se trata de trabajos esenciales, necesarios e imprescindibles para el normal funcionamiento de quien concede la ayuda<sup>41</sup>. Por el contrario, la actividad del becario debe responder a la finalidad de su perfeccionamiento y no ser utilizada por la entidad receptora del mismo para paliar sus necesidades, de manera que, aunque el becario ocupe un verdadero puesto de trabajo, su actividad ha de ser periférica, no inmediatamente necesaria a la empresa en que se realiza el período de formación en régimen de beca. En definitiva, para que se trate de una auténtica beca, debe existir una

---

Mancha, de 19 de octubre de 1999 (AS 3724/1999)", *Temas Laborales*, núm. 54, 2002, pág. 230, a la "teoría del interés predominante".

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Nuevas normas sobre los becarios..." cit. págs. 32 y 33, incluye este criterio entre los factores determinantes de la existencia de beca, considerando determinante de la falsedad de una beca la asignación al becario de "tareas estériles a efectos de su formación", "trabajos distintos de los definidos como trabajo formativo en el marco de la beca de que se trate", "trabajos con asunción de responsabilidades excesivas o cuya realización presupone la plena formación de quien los realiza", etcétera.

<sup>40</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, A.: "Beca de estudios técnico-prácticos..." cit. pág. 263.

<sup>41</sup> Vid. DE SOTO RIOJA, J.M.: "Becas formativas..." cit. pág. 230 y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Nuevas normas sobre los becarios..." cit. pág. 36.

especialidad de las funciones o tareas que diferencie a los becarios de los trabajadores ordinarios de la empresa en la que los mismos desarrollan su actividad<sup>42</sup>.

Junto con estos criterios, que deben permitir determinar quién obtiene el interés o beneficio principal de la beca y, por tanto, determinar si concurre o no el requisito de la ajenidad, también debe analizarse si en el desarrollo de su actividad, el becario se encuentra sometido a una dependencia meramente académica o a una auténtica dependencia laboral, dando cumplimiento de este modo al segundo elemento definidor de la relación laboral que contiene el art. 1.1 ET<sup>43</sup>.

El análisis de la dependencia, entendida en su acepción actual, es decir, como la exigencia de que el trabajo se realice bajo la dirección del empresario, pero no como subordinación rigurosa y absoluta del trabajador, sino como inclusión en el círculo rector y disciplinario de una unidad empresarial, comporta distinguir, en primer lugar, si los becarios sólo siguen las instrucciones y consejos orientativos de la persona encargada de su formación o si, por el contrario, se integran en el ámbito organizativo de la entidad concedente de la ayuda y/o receptora del becario, bajo su dirección y dependencia y, en segundo lugar, si la entidad convocante de la ayuda y/o receptora del becario está controlando y sancionando la actividad del mismo o si, por el contrario, la misma únicamente le está dirigiendo y corrigiendo sus incumplimientos, en aras a garantizar el correcto desarrollo de su formación.

Para poder calificar al beneficiario de la beca como un auténtico becario, el mismo no debería adaptarse a una determinada organización de trabajo que le es ajena, sino que

---

<sup>42</sup> Vid. AHUMADA VILLALBA, B.: "La beca de formación práctica..." cit. La autora considera al respecto que no estaremos en presencia de una beca si no se pone de manifiesto la diferencia de cometido, dedicación, horario o jerarquización entre la realización de las labores propias de la beca y las de otros titulados no sujetos al sistema de becas. En la misma dirección, GOÑI SEIN, J.L.: "La inserción profesional..." cit. considera que "en el caso de que el servicio prestado por el becario resulte ser permanente y esencial para el funcionamiento del centro o empresa; si responde a las necesidades permanentes de la misma y su actividad es normal, habitual y continuada, la concesión de la beca será a todas luces una simulación de un contrato" y DE SOTO RIOJA, J.M.: "Becas formativas..." cit. pág. 228, considera que nos encontramos ante una relación laboral "cuando el becario realice actividades que debieran ser realizadas por otras personas, trabajadores, funcionarios, personal estatutario u otros".

<sup>43</sup> Sobre la distinción entre dependencia laboral y dependencia académica vid. SELMA PENALVA, A.: "Los becarios aparentes..." cit. pág. 58 y SELMA PENALVA, A.: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant Monografías, Valencia, 2007, págs. 363-364. La autora considera al respecto que "durante el desempeño normal y legítimo de una auténtica beca, el beneficiario manifiesta, respecto a la organización en la que se integra (que puede coincidir o no con el sujeto convocante de la beca), una relación de dependencia muy intensa pero muy distinta a la laboral. Es una relación formativa con la organización en cuestión y en particular con el sujeto que normalmente se nombra como "tutor", "director", "supervisor" del trabajo del becario. En el caso de que se haya dado lugar a una auténtica beca la finalidad de las instrucciones recibidas, será sólo orientar la formación del sujeto para que sea lo más completa posible; en cambio, se apreciará fraude si la intensidad de la organización y control de la prestación del sujeto formalmente adjudicatario de la beca llega al extremo de adoptar perfiles de dependencia laboral".

debería ser el centro receptor del mismo el que se encontrara obligado a funcionalizar su organización a los fines de aplicación y perfeccionamiento de la formación. Asimismo, para poder hablar de becas, debería haber ausencia de subordinación jurídica, de modo que el becario pudiera rehusar libremente cualquier manifestación del poder de dirección, aunque deba someterse a las instrucciones o indicaciones necesarias para el correcto desarrollo de la actividad de formación, sobre todo a aquellas que provengan de sus tutores técnicos. Finalmente, en las becas, la entidad receptora del becario no sólo debería soportar todos sus errores e incapacidades, sino que además debería corregirlos y ayudarlo a mejorar en la realización de la actividad de que se trate, sin que se le pueda exigir que actúe de acuerdo a criterios de productividad<sup>44</sup>. En caso de no cumplirse con todas estas exigencias, no se tratará de una auténtica beca, sino de una relación laboral, por concurrir la nota de dependencia prevista por la legislación laboral.

De conformidad con todo lo expuesto, cabe concluir que la distinción entre las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional y el contrato de trabajo se apoya esencialmente en la distinta finalidad que se persigue con cada una de estas figuras<sup>45</sup>. En esta dirección, el objetivo del contrato de trabajo es la obtención de un valor productivo inmediato, mientras que las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional, por el contrario, o bien no buscan esa finalidad productiva en absoluto, o bien sólo la buscan relativamente, de manera aplazada o diferida en el tiempo, siendo el elemento predominante el aumento de bagaje cultural, intelectual o técnico, es decir, la formación de la persona que se está formando que realiza las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional.

En este punto, el Borrador de Estatuto no se queda en una mera declaración sobre el carácter no laboral de las prácticas que contempla, sino que intenta garantizar que las mismas no sean utilizadas de un modo espurio para encubrir una auténtica relación laboral. A tal efecto, el párrafo segundo del art. 2 de dicha norma establece que "(...) se presumirá que existe relación laboral cuando la actividad desarrollada sustituya las funciones de una persona trabajadora por cuenta ajena o cuando no exista una vinculación directa entre la actividad desarrollada en la empresa y el programa, currículo o competencias incluidas en el itinerario formativo al que está asociada la práctica". Se trata de dos presunciones de laboralidad muy potentes que han llegado a ser calificadas como presunciones *iuris et de iure*, sin perjuicio de considerarse que, "atendiendo a la

---

<sup>44</sup> Vid. AHUMADA VILLALBA, B.: "La beca de formación práctica..." cit.

<sup>45</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: "Empleo..." cit. págs. 605 y 606. Vid. también, SIERRA BENÍTEZ, E.M.: "Las fronteras del empleo juvenil: entre la contratación laboral y la iniciativa emprendedora", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 1, 2014, págs. 53 y 54.

enorme casuística que envuelve estos procesos formativos deberían haberse formulado como presunciones *iuris tantum*<sup>46</sup>.

Como puede observarse, de todos los elementos que se acaban de exponer y que nos permiten delimitar las prácticas no laborales del contrato de trabajo, el Borrador de Estatuto se queda únicamente con dos de ellos, a saber: "cuando la actividad desarrollada sustituya las funciones de una persona trabajadora por cuenta ajena" y "cuando no exista vinculación directa entre la actividad desarrollada en la empresa y el programa, currículo o competencias incluidas en el itinerario formativo al que está asociada la práctica". Aunque debe valorarse muy positivamente que el Borrador de Estatuto incorpore una regulación dirigida a garantizar que el principal objetivo de estas prácticas no laborales es la formación de quien las desarrolla y no la obtención de un beneficio o utilidad patrimonial del empresario que predomine sobre la misma, se echa de menos que no se hayan incorporado otros criterios igualmente válidos para distinguir entre las prácticas no laborales y el contrato de trabajo, si bien, como se analizará a lo largo de este comentario, dichos criterios imbuyen toda la regulación de esta materia.

Es cierto que la aplicación estricta de los criterios expuestos de delimitación entre las prácticas no laborales y la relación laboral puede chocar con la propia finalidad de las estancias prácticas en el entorno profesional, que no es otra que la de permitir que quien las realiza adquiera experiencia laboral y que el empresario pueda comprobar sus capacidades como trabajador, para lo cual puede ser necesario que el mismo desarrolle un trabajo que en cierto modo puede ser calificado como productivo<sup>47</sup>; pero ello no puede llevar en ningún caso a que el carácter productivo de las prácticas sobrepase su finalidad formativa, so pena, de permitir que las prácticas estén encubriendo auténticas relaciones laborales. Para los supuestos en que predomine el valor productivo de las prácticas sobre la finalidad formativa, no cabe otra opción que acudir a la contratación laboral, en especial, a las modalidades formativas que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, el apartado cuarto del art. 2 del Borrador de Estatuto contempla la salvedad de que las prácticas formativas se desarrollen en el marco de un contrato formativo, en cuyo caso, obviamente, no nos encontraríamos ya ante prácticas no laborales, sino ante prácticas de carácter laboral. Para este supuesto, se prevé que dichas prácticas "se regirán por lo previsto en el artículo 11 del texto refundido de la Ley

---

<sup>46</sup> Vid. REQUENA MONTES, O.: "Estatuto de las personas en formación..." cit.

<sup>47</sup> En esta dirección, TODOLÍ SIGNES, A.: "La compleja e insatisfactoria..." cit. pág. 73, mantiene que existe una cierta incoherencia entre impedir el trabajo, pero, a la vez, buscar que las estancias proporcionen una experiencia práctica.

del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y su normativa de desarrollo”<sup>48</sup>.

En este contexto, cabe tener en cuenta que el Capítulo II de la LO 3/2022 prevé un doble régimen de la oferta de formación profesional. A tal efecto, el art. 65 de dicha norma establece que “1. Todas las ofertas de formación profesional de Grado C, D y, en su caso, E conducentes a la expedición de un Certificado Profesional, un Título de Formación Profesional, un Título de Especialista o un Máster de Formación Profesional, se efectuarán, con carácter dual, bajo uno de los dos regímenes de oferta, bien general, bien intensiva (...)”.

Por un lado, el art. 66 de la LO 3/2022, establece que las ofertas de formación profesional se entenderán hechas en régimen general, siempre con carácter dual, cuando en ellas concurren, cumulativamente, diferentes características, entre las que cabe destacar la “inexistencia de contrato de formación en la empresa”. Y, por otro lado, el art. 67 de la Ley 3/2022 indica que la formación profesional intensiva se corresponde con la formación profesional que se realiza alternando la formación en el centro de formación profesional o en la empresa u organismo equiparado con la actividad productiva, y retribuida “en el marco de un contrato de formación”.

Como puede observarse, la principal distinción entre la formación profesional en régimen general y la formación profesional intensiva consiste en que, mientras que en la primera, las prácticas se llevan a cabo sin la formalización de un contrato de trabajo con la empresa, en la segunda, sí se formaliza un contrato de trabajo en la modalidad de contrato en formación. Ello justifica, por tanto, que las prácticas realizadas por los alumnos en el régimen de formación profesional intensiva queden excluidas del ámbito de aplicación del Borrador de Estatuto. Por el contrario, en la formación profesional dual en régimen general, sí nos encontramos ante prácticas no laborales, susceptibles de quedar amparadas por dicha norma.

En la misma dirección, encontramos las prácticas de los alumnos universitarios que se desarrollen en el marco de la formación dual universitaria, puesto que, en estos supuestos, los mismos también pueden suscribir un contrato en formación en alternancia con la entidad y/o empresa en la que desarrollan sus prácticas (art. 11.2 ET)<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Como indica GARCÍA TORRES, A.: “Un nuevo estatuto...” cit. pág. 192, “la regulación del Estatuto del becario debe complementarse con el desarrollo reglamentario de los contratos formativos, que aún está pendiente de aprobación, para poder trazar líneas menos difusas entre el régimen jurídico del becario y el trabajo asalariado en aquellos periodos en los que la formación de la persona tiene una especial trascendencia jurídica y profesional”.

<sup>49</sup> Sobre esta posibilidad vid. MORENO GENÉ, J.: “El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021 y ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La formación dual universitaria: impresiones iniciales”, *Temas Laborales*, núm. 156, 2021.



Recuérdese al respecto que el RDL 32/2021 procedió a agrupar a los tres contratos formativos existentes en el momento de su entrada en vigor, es decir, el contrato para la formación y el aprendizaje, el contrato en prácticas y el contrato para la formación dual universitaria<sup>50</sup>.

Por lo demás, este modelo en el que coexisten las prácticas no laborales y las prácticas desarrolladas en el marco de un contrato formativo, ya se había anticipado en su momento por el Real Decreto 1529/2012, en relación con la formación profesional dual, no habiéndose limitado esta norma a implantar la formación profesional dual exclusivamente a través de la formalización del contrato de formación en alternancia, sino que en la misma también se admitían prácticas no laborales dentro de las empresas en el ámbito de los programas educativos de formación profesional, de modo que el alumno recibiera en el centro educativo una formación teórico/práctica que se complementara en la empresa con los conocimientos que obtuviera con una experiencia de trabajo. Como fácilmente puede observarse, esta modalidad de formación profesional dual del sistema educativo se distingue de la formación profesional dual inherente al contrato para la formación y el aprendizaje en la inexistencia de relación laboral alguna y específicamente por la no formalización en estos supuestos de un contrato de formación en alternancia (art. 27)<sup>51</sup>.

La subsistencia de este modelo en el que coexisten las prácticas no laborales y las prácticas desarrolladas en el marco de un contrato formativo, reconocido ahora también de forma expresa por el Borrador de Estatuto, pone fin a determinados posicionamientos que se habían ido planteando tras la reforma laboral de 2021 que anunciaban que el modelo de contratos de formación en alternancia iba a generalizarse y acabaría por sustituir el sistema previsto de prácticas curriculares y extracurriculares, y que, en definitiva, incluiría todas las programadas desde entidades educativas<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: "El nuevo contrato formativo..." cit. págs. 71 y 72.

<sup>51</sup> Vid. MORENO GENÉ, J.: "El impulso de la formación profesional dual en el contrato para la formación y en la formación profesional del sistema educativo. A propósito del Real Decreto 1529/2012", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 358, 2013. Vid. también, MORENO GENÉ, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines: el impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, Atelier, Barcelona, 2014.

<sup>52</sup> Vid. sobre este debate, GARCÍA TORRES, A.: "El nuevo contrato formativo..." cit., pág. 56. La autora considera que "esta cuestión sigue resultando especialmente controvertida, ya que el régimen de prácticas curriculares y extracurriculares no se ha modificado, aparte de la intrínseca dificultad jurídica de delimitar donde empieza la prestación laboral en sentido estricto, por las dificultades añadidas de recursos materiales y personales que su generalización conllevaría para los centros formativos y las empresas, lo que en la práctica supondría una disminución de la oferta disponible y, por ende, de la efectividad de estos programas".

### 3. El convenio de cooperación y el plan formativo individual

Con carácter general, la realización de prácticas no laborales ha requerido la suscripción de un convenio de cooperación en el que se fije el marco regulador de las diferentes relaciones que como consecuencia de las referidas prácticas surgen entre los distintos sujetos que participan en las mismas, a saber, la persona en prácticas, el centro educativo y/o formativo y la empresa en la que se desarrollan las prácticas. Asimismo, es una de las recomendaciones que se contienen en la Recomendación del Consejo, de 10 de marzo de 2014, sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas, según la cual, debe exigirse que “los períodos de prácticas se basen en un convenio celebrado por escrito entre el trabajador en prácticas y la organización que las ofrece en el momento de su inicio”, el cual, deberá incluir “los objetivos didácticos, las condiciones laborales, si el trabajador en prácticas recibirá una remuneración o compensación económica por parte de la organización que las ofrece y los derechos y obligaciones de las partes en virtud de la legislación nacional y europea aplicable así como la duración del período de prácticas”.

El apartado primero del art. 3 del Borrador de Estatuto recoge esta exigencia al establecer que “las actividades formativas de carácter práctico solo se podrán desarrollar en una empresa al amparo de un acuerdo o convenio de cooperación con el correspondiente centro formativo autorizado para impartir las ofertas de formación de las que dichas prácticas forman parte”.

Por lo demás, este instrumento se asemeja mucho a lo previsto en relación con el contrato para la formación en alternancia, en tanto que, para esta modalidad contractual, el art. 11.2 e) ET también prevé la formalización de acuerdos y convenios de cooperación entre, por una parte, los centros de formación profesional, las entidades formativas acreditadas o inscritas y los centros universitarios y, por otra parte, las empresas en las que se vaya a formalizar un contrato de formación en alternancia<sup>53</sup>.

No cabe duda que la formalización y el contenido de este acuerdo o convenio debe jugar un papel fundamental en el desarrollo de las prácticas no laborales y, en particular, debe configurarse como el principal garante de que las mismas conserven su función formativa y de mejora de la empleabilidad de sus destinatarios y no sirvan para encubrir de un modo fraudulento lo que deberían ser auténticas relaciones laborales. Dada la importancia de dicho acuerdo o convenio, el Borrador de Estatuto procede a identificar

---

<sup>53</sup> Vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: “El nuevo contrato formativo...” cit. pág. 77.

los sujetos que han de formalizar dicho convenio y a establecer el contenido mínimo que el mismo deberá contener.

En relación con los sujetos que pueden formalizar el acuerdo o convenio de cooperación, el Borrador de Estatuto no los identifica de un modo expreso, pero de una lectura de conjunto de la norma podemos identificar las dos partes que deben formalizar dicho acuerdo o convenio. A tal efecto, una de las partes estará conformada por el centro formativo autorizado para impartir las ofertas de formación que contemplan el desarrollo de prácticas no laborales y la otra parte será la empresa en la que vayan a desarrollarse las mismas. Cabe recordar en este punto la previsión recogida en el apartado 3 del art. 1 del Borrador de Estatuto, según la cual, "a los efectos de la presente norma serán organismos equiparados tanto las entidades comprendidas en el sector público como las entidades sin ánimo de lucro".

En relación con el contenido del acuerdo o convenio de cooperación, el apartado primero del art. 3 establece de forma expresa que el mismo deberá recoger, como mínimo, los extremos siguientes:

a) Denominación del centro formativo y la empresa entre los que se establece el acuerdo o convenio, así como el centro o centros en los que se desarrollará la actividad formativa práctica en caso de que la empresa tuviera varias sedes. Dicho centro podrá modificarse durante el desarrollo de la formación práctica en la empresa, siempre que existan razones justificadas y objetivas de carácter formativo y siempre que no suponga una variación sustancial del convenio o acuerdo; en ningún caso este cambio podrá suponer para la persona estudiante costes relacionados con su actividad formativa en la empresa.

b) Oferta u ofertas formativas para las que se establecen las prácticas en empresa.

c) Procedimiento para la definición conjunta entre el centro de formación y las empresas u organismos equiparados de los planes de formación de cada persona, así como la identificación de los procesos, resultados de aprendizaje o contenidos incluidos en el currículo de cada oferta formativa a abordar en la empresa.

d) Derechos y obligaciones de las personas en formación práctica que, en todo caso, deberán respetar los mínimos previstos en esta norma.

e) Sistema de tutorías, que incluya los mecanismos de seguimiento y evaluación de los aprendizajes a realizar durante el periodo en empresa, que deberán incorporar la percepción de los propios interesados.

f) La coordinación, la secuenciación y la duración de los periodos de formación

en la empresa, si estuvieran distribuidos en distintos momentos de la oferta formativa.

g) Régimen de ausencias y suspensión de la actividad formativa.

h) Cuantía de la compensación de gastos de carácter mínimo, según lo recogido en el art. 4 b).

i) Asignación económica vinculada, en su caso, de la formación, y cuantía mínima de esta. En el caso de que las prácticas se desarrollen en el extranjero, se regirán por su normativa específica, debiendo el acuerdo o convenio reflejar las condiciones de traslado y estancia, así como la información adecuada sobre la regulación de los derechos y obligaciones de estas personas en el país de acogida.

j) Causas de rescisión del acuerdo o convenio<sup>54</sup>.

Además, se prevé que el acuerdo o convenio incorpore, como anexo, los planes de formación individual que se desarrollen en base al mismo.

Todos estos contenidos del acuerdo o convenio de cooperación constituyen las garantías básicas que deben velar para que las prácticas no laborales cumplan las funciones perseguidas por el Borrador de Estatuto que no son otras que contribuir a la mejora de la formación y de la empleabilidad de quienes las realizan y ofrecerles un primer contacto con la realidad laboral a través del acercamiento a la misma y, por extensión, garantizar que dichas prácticas no se conviertan en una vía para encubrir lo que deberían ser auténticas relaciones laborales<sup>55</sup>. Para ello, la previsión que se contiene en el apartado primero del art. 3 del Borrador de Estatuto de que el acuerdo o convenio de cooperación deba incorporar, como anexos, los planes formativos que se desarrollen en base al mismo, se configuran como el instrumento básico para garantizar que las prácticas no laborales cumplan con estos objetivos.

---

<sup>54</sup> En esta dirección, la Recomendación del Consejo, de 10 de marzo de 2014, sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas contempla que “el convenio de prácticas especifique que tanto el trabajador en prácticas como la organización que las ofrece pueden rescindir dicho convenio por escrito, presentando un preaviso dentro de un plazo apropiado en función de la duración del período de prácticas y en consonancia con la práctica nacional”.

<sup>55</sup> Ya en relación con las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Las últimas reformas en materia de becas de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2013, pág. 352, indicaba que “para poder comprobar que las prácticas se ajustan realmente a la formación requerida por los estudiantes, sin que se encubra una verdadera relación laboral, resulta esencial la función otorgada al proyecto formativo en que debe concretarse la realización de cada práctica, pues en el mismo deben fijarse los objetivos educativos y las actividades a desarrollar”.

La previsión de estos planes formativos también recuerda a los establecido para el contrato de formación en alternancia, que también configura a estos planes formativos individuales como el instrumento básico dirigido a garantizar que esta modalidad contractual contribuya realmente a la formación de las personas trabajadoras que sean contratadas<sup>56</sup>.

A tal efecto, el apartado segundo del art. 3 del Borrador de Estatuto establece que "las tareas asignadas en el período de formación práctica deben ajustarse al contenido formativo recogido en el plan de formación individual, que cumplirá lo establecido en el acuerdo o convenio de cooperación (...) y se desarrollarán en los centros de trabajo que corresponda (...), bajo la supervisión de una persona tutora designada por la empresa y en coordinación con la persona tutora designada por el centro de formación".

Por lo que respecta al contenido del plan de formación individual, se establece que "incorporará un itinerario formativo preciso que desarrolle un plan de formación práctica en el ámbito de la empresa para cada estudiante y que deberá prever la duración de la formación, así como el tiempo diario y horarios para su realización, que deberán respetar los límites fijados en materia de jornada y descansos en la normativa laboral".

Asimismo, se prevé que este plan podrá prever el desarrollo de la formación práctica en modalidad no presencial en los supuestos en los que la actividad profesional a la que se refiere la formación lo permita, sin que dicha modalidad pueda superar el 50 por 100 de la duración total prevista, salvo que la normativa vigente así lo permita y esté expresamente prevista dicha posibilidad en el título o planes de estudios correspondientes o concurran supuestos de fuerza mayor o salud pública que impidan su desarrollo de forma presencial"<sup>57</sup>.

En definitiva, el plan de formación individual deberá identificar los objetivos formativos perseguidos con el desarrollo de las prácticas no laborales, así como las actividades a desarrollar en las prácticas con las que se pretenden conseguir estos objetivos, es decir, "la identificación de los procesos, resultados de aprendizaje o contenidos incluidos en el currículo de cada oferta formativa a abordar en la empresa". De acuerdo con la finalidad de las prácticas no laborales, es decir, permitir a quienes las realizan aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, los contenidos de las prácticas se definirán en el plan de formación individual de forma que aseguren la relación directa de las competencias a adquirir mediante las mismas con los estudios y/o programas de formación cursados por quienes las realizan. Una vez identificado el

---

<sup>56</sup> Vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: "El nuevo contrato formativo..." cit. pág. 77.

<sup>57</sup> Recuérdese en este punto el principio introducido por la Resolución del Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria, el día 14 de junio de 2023, consistente en el "cumplimiento de los criterios de calidad cuando se realice una parte de un período de prácticas a distancia".

contenido formativo por el plan de formación individual, las tareas asignadas en el periodo de formación práctica deben ajustarse al mismo en los términos previstos en dicho plan, debiendo realizarse, en todo caso, bajo la dirección y supervisión de una persona tutora designada por la empresa y en coordinación con la persona tutora designada por el centro de formación.

Más allá de los contenidos más estrictamente formativos que se contienen en el acuerdo o convenio de cooperación, cabe destacar que el mismo también tiene un alto contenido “laboral”, puesto que en el mismo se fija el lugar -centro o centros- en los que se desarrollará la actividad formativa práctica, que podrá ser modificado durante el desarrollo de la formación práctica en la empresa, siempre que concurren razones justificadas y objetivas de carácter formativo y siempre que no supongan una variación sustancial del convenio o acuerdo<sup>58</sup>; la duración de la formación, el tiempo diario y horarios para su realización, así como el régimen de ausencias y suspensión de la actividad formativa; la cuantía de la compensación de gastos de carácter mínimo; la asignación económica vinculada, en su caso, de la formación y la cuantía mínima de esta; las causas de rescisión del acuerdo o convenio, etcétera. Encontrándose la práctica totalidad de estos aspectos desarrollados en el art. 4 del Borrador de Estatuto, bajo de rúbrica de “Derechos y obligaciones de las personas durante el desarrollo de la actividad formativa de carácter práctico, los mismos serán objeto de análisis detenido en el próximo apartado de este trabajo.

En cualquier caso, este es el contenido “mínimo” del acuerdo o convenio de cooperación y, por tanto, nada impide, más bien al contrario, que en el acuerdo o convenio suscrito se incluyan otros elementos adicionales, también importantes para el correcto desarrollo de las prácticas no laborales. A tal efecto, entre los elementos que sería conveniente que se incorporaran en el referido acuerdo o convenio de cooperación cabe destacar el establecimiento de los mecanismos de control y seguimiento de las prácticas no laborales por parte de los centros educativos y/o formativos, no en vano, a pesar de la previsión de un plan de formación individual en el que consten los objetivos educativos y las actividades a desarrollar, la misma puede acabar siendo una mera declaración programática si no existe un mecanismo de control que garantice que efectivamente el desarrollo de las prácticas se corresponde con el programa de prácticas previsto y, en particular, si se está desarrollando correctamente el contenido de las prácticas y si se están logrando los objetivos formativos fijados. Para prevenir y evitar esta posibilidad sería conveniente que como contenido mínimo del acuerdo o convenio de cooperación educativa se estableciera la necesidad de fijar las acciones de control y

---

<sup>58</sup> REQUENA MONTES, O.: “Estatuto de las personas en formación...” cit. pág. 8, llama la atención sobre lo novedoso de esta previsión.

seguimiento de las prácticas a realizar por las entidades educativas y/o formativas, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos y de los objetivos de las prácticas, especialmente, la mejora de la formación y de la empleabilidad de quien las realiza. No debe olvidarse, al respecto, que cuando se incumple de forma clara y patente el plan formativo individual, en el que se fijan los objetivos educativos y las actividades a desarrollar por quienes desarrollan las prácticas, se corre el riesgo de que la actividad desarrollada sea declarada como una prestación de servicios laboral<sup>59</sup>.

#### **4. El "estatuto jurídico-laboral" de quienes desarrollan prácticas no laborales: derechos y deberes**

Como se acaba de indicar, uno de los contenidos mínimos del acuerdo o convenio de cooperación era la previsión de los "derechos y obligaciones de las personas en formación práctica que, en todo caso, deberá respetar los mínimos previstos en esta norma" (art. 3.1.d) Borrador de Estatuto). Estos mínimos quedan recogidos, a su vez, en el art. 4 de dicha norma, bajo la rúbrica de "derechos y obligaciones de las personas durante el desarrollo de la actividad formativa de carácter práctico". Se trata, por tanto, de un catálogo de derechos y obligaciones mínimos, que podrán ser ampliados, pero no reducidos, en el acuerdo o convenio de cooperación. A tal efecto, la letra j) del apartado primero, del art. 4 del Borrador de Estatuto cierra su enumeración de derechos con una cláusula abierta, en virtud de la cual, a los derechos y obligaciones que enumera la norma cabe añadir "cualquier otro derecho previsto en la normativa vigente o en el acuerdo o convenio de cooperación" e, igualmente, la letra h) del apartado segundo del artículo 4 del Borrador de Estatuto cierra su enumeración de obligaciones refiriéndose a "cualquier otro deber previsto en la normativa vigente o en el correspondiente acuerdo o convenio de cooperación".

Aunque nos encontramos ante prácticas no laborales, puede afirmarse sin ambages que nos encontramos ante un auténtico "estatuto jurídico-laboral" de las personas que desarrollan dichas prácticas, que se aproxima en muchos aspectos al previsto en relación con los trabajadores por cuenta ajena<sup>60</sup>, sin olvidar, claro está, que no nos encontramos ante auténticos trabajadores, sino ante personas que desarrollan prácticas

---

<sup>59</sup> Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "La "re-inclusión" en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas", *Temas Laborales*, núm. 122, 2013, pág. 220.

<sup>60</sup> Esta opción se valora positivamente por parte de ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: "El becario-trabajador..." cit. pág. 18, que afirma, al respecto, que "no se nos ocurre otra salida que ampare los derechos de las personas que prestan servicios (con independencia de cómo se califique jurídicamente el vínculo) y, particularmente de los becarios, que asegurarles determinados mínimos, derechos en igualdad de condiciones que un trabajador por cuenta ajena".

no laborales, motivo por el cual, siempre nos referiremos a este “estatuto jurídico-laboral” de forma entrecomillada.

Siguiendo el orden establecido por el propio art. 4 del Borrador de Estatuto podemos identificar los diferentes contenidos de este “estatuto jurídico-laboral” de las personas que desarrollan prácticas no laborales en el ámbito de la empresa, que pasan a analizarse detalladamente en los apartados siguientes.

#### *4.1. Derechos de las personas que desarrollan prácticas no laborales*

##### A) Derechos de información de quien desarrolla las prácticas no laborales y de la representación legal de las personas trabajadoras

El artículo 4 del Borrador de Estatuto inicia la relación de derechos y obligaciones de las personas durante el desarrollo de la actividad formativa de carácter práctico estableciendo que las mismas tendrán derecho “a la información completa sobre el contenido y las condiciones de desarrollo de la formación, antes del inicio del periodo formativo en la empresa”.

No cabe duda que esta previsión evoca claramente la recogida en el apartado 5 del art. 8 ET, según la cual “Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito”.

En uno y otro caso, este derecho de información constituye una garantía de los términos en que deberán desarrollarse las prácticas no laborales y, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, su prestación laboral, evitándose de este modo futuras arbitrariedades y/o abusos por parte de la empresa.

Además de los derechos de información que corresponden a las personas que desarrollan las prácticas no laborales, el Borrador de Estatuto también contempla derechos de información de la representación legal de las personas trabajadoras. A tal efecto, el art. 5 del mismo prevé que “la empresa informará por escrito a la representación legal de las personas trabajadoras sobre el contenido de los acuerdos o convenios suscritos con los centros formativos o instituciones académicas para el desarrollo de programas de formación práctica en la empresa, así como de los datos relativos al número de personas que estén desarrollando dicha formación práctica y sus condiciones concretas de duración, horario, de cuantía de la compensación de gastos y,



en su caso, la remuneración económica prevista, y la identidad de las personas tutoras designadas”.

En este punto, el control de las prácticas no laborales por parte de la representación legal de las personas trabajadoras debe configurarse como un instrumento decisivo para garantizar un uso adecuado de las mismas por parte de las empresas.

Desde esta perspectiva, ya en la actualidad, diferentes convenios colectivos contemplan la obligación de que el empresario facilite a la representación legal de las personas trabajadoras determinadas informaciones relacionadas con las prácticas no laborales que se realizan en la empresa<sup>61</sup>. Cabe presuponer que estas y otras buenas prácticas negociales se extenderían tras la aprobación del Borrador de Estatuto.

#### B) Derecho a la compensación de gastos

Entre las garantías de la formación práctica en el ámbito de la empresa que se recogen en el art. 2 del Borrador de Estatuto se encuentra la de que “el acceso a la formación práctica en el ámbito de la empresa no podrá suponer el abono de cuantía o contraprestación alguna por parte de las personas estudiantes”. Con esta previsión, se intenta poner fin a la práctica deleznable de que las personas en prácticas tengan que financiar un parte de los costes derivados de su formación, lo cual ha dado lugar a no pocos abusos e, incluso verdaderas estafas, de personas que, tras sufragar los costes de una formación previa, con posterioridad no tenían acceso a las prácticas no laborales prometidas.

Ahora bien, el Borrador de Estatuto todavía va más allá e intenta evitar que la propia realización de las prácticas no laborales pueda comportar costes adicionales de desplazamiento, alojamiento o manutención para quienes las desarrollan, lo cual, podría privar de acceso a las mismas a aquellas personas que por diferentes motivos no pudieran sufragar estos costes adicionales. Con esta finalidad, como ya se ha indicado, uno de los contenidos mínimos del acuerdo o convenio de cooperación consiste en la previsión de la “cuantía de la compensación de gastos de carácter mínimo, según lo recogido en el artículo 4.b)” (art. 3 h) Borrador de Estatuto). Esta previsión, a su vez, se incardina plenamente con la Resolución del Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria, el día 14 de junio de 2023, que entre sus principios incorpora “el acceso a una compensación adecuada para los trabajadores en prácticas en función del coste de la vida”.

---

<sup>61</sup> Vid. sobre estas experiencias, MUÑOZ, A.B.: “Buenas prácticas relativas a la formación profesional dual en la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014. Vid. también, ESTEVE SEGARRA, A.: “Claves para un estatuto de los becarios y la mejora de los periodos de prácticas académicas a partir del análisis de los “stages” franceses”, *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017, pág. 33.

Pues bien, en desarrollo de esta previsión, la letra b) del apartado primero del art. 4 del Borrador de Estatuto recoge entre los derechos de las personas durante el desarrollo de la actividad formativa de carácter práctico, el derecho “a la compensación de gastos, por parte de la empresa o entidad en la que se desarrollen las actividades formativas, en los términos previstos en el correspondiente convenio o acuerdo de cooperación, por una cuantía mínima suficiente para compensar todos aquellos en los que la persona en formación práctica en la empresa incurra como consecuencia de esta, tales como gastos de desplazamiento, alojamiento o mantención”. Veamos muy brevemente, el alcance de esta previsión.

La primera cuestión que cabe destacar es el reconocimiento del derecho de la persona en prácticas y, por tanto, la correlativa obligación de la empresa o entidad en la que las mismas se realizan, de recibir una compensación por determinados gastos relacionados con el desarrollo de dichas prácticas. No se trata, por tanto, de una opción o posibilidad, como veremos que sucede con la remuneración económica que pueda llegar a preverse, sino que, en todo caso, deberá contemplarse la compensación de estos gastos, claro está, si los mismos realmente existen.

Correspondiendo el derecho a percibir dicha compensación a la persona que desarrolla las prácticas, el sujeto obligado a su abono será la empresa o entidad en la que las mismas se desarrollan. No cabe duda que este es uno de los principales resquemores que ha suscitado el Borrador de Estatuto, dado que se temía que un incremento de los costes de las prácticas no laborales para las empresas se tradujera de forma ineludible en una reducción automática de la oferta de las mismas.

Ahora bien, en este punto, el propio Borrador de Estatuto contempla diversas alternativas que pueden eximir o, en todo caso, mitigar, el coste que la compensación de gastos comporta para las empresas. En primer lugar, se prevé que la empresa no estará obligada a abonar dichos gastos si existen otras becas o ayudas que los cubran. En segundo lugar, esta compensación de gastos se entenderá resarcida por la puesta a disposición de la persona en formación práctica de todos los servicios necesarios y, finalmente, también se entenderá resarcida esta compensación cuando la formación práctica lleve aparejada una asignación económica, siempre que ésta, por si misma, o unida en su caso a otras becas o ayudas, sea suficiente para la cobertura total de los referidos gastos.

Se trata, en cualquier caso, de tres posibilidades con un cierto predicamento en el devenir cotidiano, puesto que existen gran cantidad de ayudas y becas, mayoritariamente de carácter público, dirigidas a compensar los gastos que se derivan de la realización de las prácticas no laborales; en ocasiones, las empresas ponen a disposición de quienes realizan las prácticas el transporte, la manutención e, incluso el

alojamiento; y, también, resulta bastante habitual que en las prácticas no laborales se prevea alguna compensación y/o "remuneración" por el desarrollo de las mismas.

Finalmente, por lo que respecta al alcance cualitativo y cuantitativo de esta compensación de gastos, se prevé que la misma se fije en el convenio o acuerdo de cooperación, pero, en todo caso, la misma deberá ser suficiente para compensar todos los gastos en los que la persona en formación práctica en la empresa incurra como consecuencia de la misma, específicamente en materia de gastos de desplazamiento, alojamiento o manutención. A tal efecto, ya se había planteado la contraprestación de las prácticas no laborales mediante cheques formativos, con los que satisfacer los propios gastos que acarrea la formación -matrículas, transportes, alojamientos, etcétera-<sup>62</sup>.

No cabe duda que la cuantificación de estos costes puede ser uno de los aspectos más peliagudos a la hora de suscribir el convenio o acuerdo de cooperación y que puede dar lugar a cierta litigiosidad.

Como se acaba de indicar, no cabe duda que la previsión de este derecho a la compensación de gastos es uno de los aspectos del Borrador de Estatuto que ha generado mayor controversia, por el temor que ello se pueda traducir en una disminución de la ya escasa oferta de prácticas no laborales existentes en la actualidad. En esta dirección, se ha pronunciado la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (en adelante, CRUE) que "se opone radicalmente al establecimiento de una compensación obligatoria por los gastos en que puede incurrir el estudiante en prácticas". A tal efecto, mantiene que "se trata de una previsión inédita en nuestro Derecho y cuya consecuencia inmediata será la disminución dramática del número de empresas y, sobre todo, de entidades públicas dispuestas a acoger estudiantes en prácticas" y que "además de todo ello, la valoración de tal compensación generará con toda seguridad una gran complejidad y dificultades añadidas a la gestión ordinaria de las prácticas"<sup>63</sup>.

Pese a estos temores, en la actualidad, algunos convenios colectivos, sabedores de la importante tarea que desarrollan las personas en prácticas en la empresa, ya

---

<sup>62</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: "La compleja e insatisfactoria regulación..." cit. pág. 75. En la misma dirección, NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (I)legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado", *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, pág. 53, indica que "los jóvenes cuyos padres no pueden permitirse costear sus períodos de prácticas se enfrentan con la exclusión de muchas carreras profesionales".

<sup>63</sup> Vid. CONFERENCIA DE RECTORES DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS: "Crue Universidades Españolas rechaza el proyecto de Estatuto del Becario", 10 de junio de 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.crue.org/2023/06/crue-rechaza-proyecto-estatuto-becario/>

contemplan de forma expresa el derecho de las mismas a recibir alguna compensación económica por los gastos ocasionados por la realización de las mismas<sup>64</sup>.

### C) El derecho, en su caso, a una remuneración económica

A diferencia de la compensación de gastos a la que nos acabamos de referir, que se configura como un auténtico derecho de las personas en prácticas y, por extensión, como una obligación para la empresa o entidad en la que las mismas se desarrollan, el percibo de una remuneración económica por parte de las personas en prácticas no se configura como un auténtico derecho, sino más bien, como una mera posibilidad. A tal efecto, al analizar el contenido del acuerdo o convenio de cooperación ya se indicaba como parte del mismo la “asignación económica vinculada, en su caso, de la formación, y cuantía mínima de esta” [art. 3.i) Borrador Estatuto]. A *sensu contrario*, otros preceptos del Borrador de Estatuto contemplan de forma expresa el carácter potestativo de esta remuneración económica, como, por ejemplo, cuando se indica “(...) en el supuesto de una formación práctica que lleve aparejada una asignación económica” (art. 4.1.b), o bien, “(...) la cuantía de la compensación de gastos y, en su caso, la remuneración económica prevista”.

El hecho de que habitualmente la remuneración económica que puede recibir el participante en las prácticas no laborales reciba la denominación de beca, ha comportado que, tradicionalmente, a este colectivo se le haya identificado con el nombre de becarios, si bien, esta denominación no engloba necesariamente a todas las personas en prácticas no laborales, puesto que muchas no reciben a cambio remuneración económica alguna por su realización<sup>65</sup>.

Es cierto que existen posiciones a favor y en contrato de la previsión de una remuneración económica de las prácticas no laborales. A nuestro parecer resulta del todo necesario que la participación en las prácticas no laborales conlleve el derecho a percibir algún tipo de contraprestación, lo que, como acabamos de indicar, coloquialmente se conocen como becas, siendo criticable que el Borrador de Estatuto no haya previsto este derecho de forma expresa, remitiendo un aspecto tan esencial de las prácticas no laborales a lo que “en su caso” se acuerde. A tal efecto, pueden invocarse diferentes argumentos a favor del carácter retribuido de las prácticas no laborales.

---

<sup>64</sup> Vid. sobre estas experiencias, MUÑOZ, A.B.: “Buenas prácticas relativas a la formación profesional dual en la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014.

<sup>65</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las relaciones colectivas en las actividades fronterizas”, Ponencia Presentada al Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, 2016, pone de manifiesto que ni tan siquiera es necesario que se concedan becas o ayudas en este tipo de prácticas, por lo que es mejor hablar de estudiantes que de becarios.

En primer lugar, con ello se evita la existencia de prácticas de baja calidad, evitándose de este modo la explotación de quienes las desarrollan. A tal efecto, se ha indicado que “aquellos empresarios que ofrecen prácticas con objeto de obtener mano de obra gratuita no tendrán ninguna intención de contratar al trabajador ni de ofrecerle ninguna formación. Es decir, el bajo coste que tiene para la empresa obtener este trabajo es la razón por la que no existe ningún interés por parte de la empresa de entrenar y mejorar las capacidades del trabajador, sino sólo de obtener durante un período corto de tiempo el resultado de su trabajo y posteriormente intercambiarlo por un nuevo becario”. Por el contrario, cuando las prácticas son remuneradas “el empresario al sufrir un coste con la contratación de este trabajador se asegurará de que le sea productivo, que aprenda lo necesario para que sea útil a la empresa y, además, una vez el empresario haya realizado este gasto en formación, las posibilidades de que sea posteriormente contratado aumentarán”<sup>66</sup>. Estos argumentos justifican, a su vez, que la remuneración debe ser asumida por la empresa o entidad en la que se desarrollan las prácticas no laborales, sin que sea conveniente que sean cubiertas con ayudas o subvenciones públicas, excepto si supone la única vía posible para garantizar la igualdad de acceso a las prácticas académicas de todas las personas al margen de sus recursos económicos.

En segundo lugar, relacionado con lo que se acaba de exponer, cabe afirmar con total rotundidad que la contraprestación o compensación de las prácticas no laborales es el único mecanismo que permite que las personas más desfavorecidas puedan acudir a las mismas. A tal efecto, se ha puesto de manifiesto que las prácticas no remuneradas, además de poder implicar una posible explotación de los estudiantes, aumentan las desigualdades sociales<sup>67</sup>. Es cierto que parte de esta problemática puede mitigarse mediante la previsión de una compensación de los gastos que se derivan de la ejecución de las prácticas no laborales que ya contempla el Borrador de Estatuto, pero incluso en este caso, existen colectivos que no se pueden permitir realizar prácticas no remuneradas o, en todo caso, muy mal remuneradas, porque necesitan una fuente de ingresos para sufragar todos sus gastos, incluidos los derivados de su formación.

Finalmente, la proliferación de prácticas no retribuidas provoca un efecto adverso en el mercado laboral, puesto que, de este modo, se provee a los empresarios de un flujo

---

<sup>66</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: “La compleja e insatisfactoria regulación...” cit. pág. 75. En esta dirección, el Considerando F de la Resolución del Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria, el día 14 de junio de 2023, indica que “los estudios han establecido vínculos entre la calidad de los períodos de prácticas y los resultados en lo que respecta al empleo, siendo la remuneración uno de los criterios clave de calidad de los que constituye un periodo de prácticas de alta calidad”.

<sup>67</sup> Vid. TODOLÍ SIGNES, A.: “La compleja e insatisfactoria regulación...” cit. pág. 75. En la misma dirección, NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Las prácticas no laborales...” cit. pág. 53, indica que “los jóvenes cuyos padres no pueden permitirse costear sus períodos de prácticas se enfrentan con la exclusión de muchas carreras profesionales”.

constante de trabajo gratuito que puede llegar a desplazar la contratación de trabajadores ordinarios<sup>68</sup>.

Ahora bien, también se ha considerado que la previsión de una compensación económica “puede ser un arma de doble filo, sobre todo en tiempos de crisis, animando a actuaciones fraudulentas en las que determinados empresarios exijan a los jóvenes becarios una verdadera prestación laboral bajo el paradigma de una regulación muy laxa”<sup>69</sup>.

Pese a estas discrepancias, consideramos que pesan más los argumentos en favor del carácter remunerado de todas las prácticas no laborales y que, por tanto, éste debería haberse configurado como un auténtico derecho de las personas en prácticas y, en consecuencia, una obligación de las empresas y entidades en las que las mismas se desarrollan<sup>70</sup>.

A partir de esta premisa, además, la cuantía de dicha remuneración debería ser suficiente, sin perjuicio de las dificultades que entraña la identificación de este concepto jurídico indeterminado. A tal efecto, se ha indicado que “la determinación de lo que debe entenderse por una cuantía suficiente es, *a priori*, incierto. Parece claro que sí puede considerarse una cantidad suficiente si se percibe el Salario Mínimo Interprofesional proporcionalmente a las horas que se realiza la actividad; pero también si la contraprestación económica alcanza proporcionalmente a las horas realizadas el 80% del IPREM, que es el límite de referencia que utilizan otras regulaciones cercanas, como, por ejemplo, el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas”<sup>71</sup>.

#### D) Los tiempos de desarrollo de las prácticas no laborales

Un aspecto muy importante del desarrollo de las prácticas no laborales es la delimitación de los tiempos en los que las mismas deben desarrollarse. Por este motivo,

---

<sup>68</sup> Vid. también, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Novedades sobre las prácticas no retribuidas en los Estados Unidos: ¿Un cambio de rumbo en el caso del “Cisne Negro” contra la FOX?, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 397, 2016, pág. 41.

<sup>69</sup> Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Las especialidades de seguridad social de las actividades fronterizas”, ponencia presentada al *XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las fronteras del derecho del trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Córdoba, 2 y 3 de junio de 2016.

<sup>70</sup> En esta dirección, el Considerando C de la Resolución del Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria, el día 14 de junio de 2023, recuerda que “el Parlamento ha condenado en reiteradas ocasiones los períodos de prácticas no remuneradas como una forma de explotación de los trabajadores jóvenes y una vulneración de sus derechos, y ha solicitado un marco jurídico común para garantizar una remuneración justa de los períodos de prácticas a fin de evitar las prácticas de explotación”.

<sup>71</sup> Vid. GARCÍA TORRES, A.: “El nuevo contrato formativo...” cit. pág. 61.

son numerosas las referencias a esta materia que se encuentran en el Borrador de Estatuto. A tal efecto, dentro del contenido del acuerdo o convenio de cooperación, se indica que en el mismo se deberá incorporar "la coordinación, las secuencias y la duración de los períodos de formación en la empresa, si estuvieran distribuidos en distintos momentos de la oferta formativa" (art. 3 f) Borrador de Estatuto, y "el régimen de ausencias y suspensión de la actividad formativa" (art. 3 g) Borrador de Estatuto. Igualmente, al regularse el plan de formación individual se indica que el mismo deberá prever "la duración de la formación, así como el tiempo diario y horarios para su realización, que deberá respetar los límites fijados en materia de jornada y descanso en la normativa laboral" (art. 3.2. Borrador de Estatuto).

Una primera cuestión que parece indiscutible es que la duración temporal de las prácticas no laborales debe ser limitada en el tiempo, puesto que las mismas únicamente deben extenderse por el tiempo indispensable para la consecución de los objetivos formativos<sup>72</sup>. A tal efecto, aunque es muy difícil prever una duración mínima y máxima para todos los tipos de estancias prácticas no laborales, lo que sí es indiscutible es que las mismas deben tener una duración adecuada en todo caso a la finalidad formativa que se pretende alcanzar. Por esta misma finalidad, debe limitarse el encadenamiento de estancias prácticas de un mismo estudiante o persona en formación en la misma o diferente empresa en base a la misma formación, puesto que cabe suponer que ya se ha obtenido por quien las realiza la correspondiente formación práctica.

Más allá de la duración limitada en el tiempo de las prácticas no laborales, la letra c) del apartado primero del art. 4 del Borrador de Estatuto incluye entre los derechos de las personas durante el desarrollo de la actividad formativa de carácter práctico, el derecho "a que el tiempo de desarrollo de la formación práctica en el ámbito de la empresa respete los límites y descansos, incluidos días festivos y vacaciones, fijados en las normas legales y convenios colectivos que resulten aplicables a las personas trabajadoras que presten servicios en la empresa".

En consecuencia, a pesar de no tratarse de auténticos trabajadores, sino de personas que desarrollan prácticas no laborales, a las mismas les resultan de aplicación los límites de jornada y descansos, incluidos festivos y vacaciones, que las normas legales y los convenios colectivos prevean para las personas trabajadoras que prestan sus servicios en la misma empresa. El reconocimiento de estos derechos encuentra su fundamento último en la Recomendación del Consejo, de 10 de marzo de 2014, sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas, que dentro del apartado de "Condiciones laborales aplicables a las personas en prácticas", establece la necesidad de "Garantizar

---

<sup>72</sup> Vid. ESTEVE SEGARRA, A.: "Claves para un estatuto de los becarios..." cit. pág. 33.

que se respeten los derechos y las condiciones laborales de los trabajadores en prácticas recogidos en la legislación nacional y europea aplicable, incluidos los límites aplicables al tiempo máximo de trabajo semanal, al tiempo mínimo de descanso diario y semanal y, cuando proceda, a la duración mínima de las vacaciones”.

El Borrador de Estatuto contempla dos previsiones adicionales sobre jornada y horario de trabajo, a saber: a) las actividades formativas no podrán desarrollarse en horario nocturno ni a turnos, salvo que excepcionalmente los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros periodos, debido a la naturaleza de la actividad; y b) no podrá realizarse la actividad formativa una vez alcanzado el tiempo de formación práctica previsto para el día, semana o mes correspondiente en el plan de formación.

Como puede observarse, se trata de la prohibición de realizar un “horario nocturno ni a turnos”, así como también de la prohibición de realizar “actividad formativa una vez alcanzado el tiempo de formación práctica previsto para el día, semana o mes correspondiente en el plan de formación”, lo que podría equipararse a la prohibición de realizar horas extraordinarias o complementarias.

No cabe duda que se trata de dos prohibiciones similares a las ya previstas respecto al contrato de formación en alternancia. A tal efecto, con la voluntad de evitar que el tiempo dedicado al trabajo efectivo por la persona trabajadora contratada en formación en alternancia pueda eclipsar su formación se han incorporado diferentes limitaciones al tiempo de trabajo de dichas personas trabajadoras, al establecerse en el art. 11.2. k) ET que las mismas no podrán realizar horas complementarias, ni horas extraordinarias, salvo que se trate de horas extraordinarias por fuerza mayor. También en esta dinámica de garantizar el objetivo de cualificación profesional de las personas trabajadoras contratadas en formación en alternancia cabe ubicar la prohibición de que las mismas realicen trabajos nocturnos y trabajo a turnos [art. 11.2.k) ET]<sup>73</sup>.

Tanto en el contrato para la formación en alternancia como en el desarrollo de prácticas no laborales, con estas previsiones se pretende evitar la realización de horas complementarias, extraordinarias, trabajos nocturnos o trabajo a turno, en la medida en que ello podría perturbar el correcto desarrollo de sus actividades formativas.

Ahora bien, ya en relación a la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje se había propuesto establecer únicamente la exigencia de que, en caso de realizarse la prestación laboral de estas formas - trabajos nocturnos o trabajo a turno-, ello no supusiera un obstáculo para el desarrollo del proceso de cualificación de la persona trabajadora. Atendiendo a estas demandas, el actual art. 11.2 k) ET ha venido a

---

<sup>73</sup> MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: “El nuevo contrato formativo...” cit. págs. 79 y ss.



flexibilizar esta previsión al establecer la posibilidad de que excepcionalmente se puedan realizar actividades laborales en dichos períodos cuando las actividades formativas para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros períodos debido a la propia naturaleza de la actividad. Pues bien, idéntica previsión se recoge ahora respecto a las prácticas no laborales, que no podrán desarrollarse en horario nocturno ni a turnos, "salvo que excepcionalmente los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros periodos, debido a la naturaleza de la actividad".

La fijación de los horarios de las prácticas no laborales suele ser uno de los aspectos que plantean mayores dificultades de conciliación entre las necesidades e intereses de la persona que las realiza y las posibilidades de la empresa o entidad en la que las mismas se desarrollan. Aunque *a priori* quien realiza las prácticas no debe adaptarse a una determinada organización de trabajo que le es ajena y, por tanto, al horario de trabajo de la entidad colaboradora, la propia naturaleza de las prácticas no laborales impone en muchas ocasiones que las mismas se realicen precisamente en el horario laboral de la empresa. A partir de esta premisa, no siempre el horario laboral de la empresa o entidad en la que van a desarrollarse las prácticas resulta todo lo adecuado que sería deseable para la conciliación de las prácticas no laborales y la formación académica de quien las realiza.

Pues bien, la letra d) del apartado primero del art. 4 del Borrador de Estatuto aborda esta cuestión al establecer que "el desarrollo de la formación práctica en la empresa deberá garantizar su compatibilidad con el resto de la actividad formativa en el centro de formación, así como, en su caso, siempre que la disponibilidad de la empresa lo permita, con la actividad laboral, sin perjuicio, en este último caso, de las previsiones del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores".

La primera previsión tiene por finalidad garantizar una distribución de los tiempos dedicados a la formación y al empleo que garantice no sólo el cumplimiento de los descansos mínimos previstos en la normativa laboral, sino también una distribución que permita la recuperación física y mental de la persona trabajadora tras los períodos dedicados a la formación o al empleo. En este punto, cabe recordar que para que se trate de unas verdaderas prácticas no laborales, las mismas deben quedar supeditadas o subordinadas a la formación académica de la persona en prácticas y no a la inversa.

Con la segunda previsión, a su vez, se pretende posibilitar que la persona que desarrolla las prácticas no laborales, pueda compatibilizarlas con una actividad laboral. Ello es importante, especialmente, en aquellos supuestos en que las prácticas no laborales no son remuneradas económicamente, puesto que, como ya se ha indicado, en ocasiones, las personas en prácticas precisan de los ingresos salariales obtenidos por su

trabajo para poder financiarse su formación. En este punto, el Borrador de Estatuto recuerda, además, los deberes empresariales dirigidos a facilitar la formación de sus trabajadores, recogidos en el art. 23 ET.

Finalmente, el apartado d) del art. 4 del Borrador de Estatuto contempla determinados supuestos de ausencia y/o interrupción de las prácticas no laborales, que recuerdan a los permisos y licencias propios de los trabajadores por cuenta ajena, a saber: a) derecho a ausentarse para la asistencia a personal facultativo o diplomado sanitario; b) derecho a la interrupción temporal del periodo de prácticas por enfermedad o accidente que imposibiliten el desarrollo de la formación práctica; c) derecho a la interrupción temporal del periodo de prácticas por atención a responsabilidades de cuidado de la persona en prácticas; y, d) derecho a la interrupción temporal del periodo de prácticas por las causas consignadas en el convenio de colaboración y por acuerdo entre la persona en formación práctica, la empresa y el centro formativo.

En este punto y como garantía adicional de carácter académico, se establece de forma expresa que el ejercicio de estos derechos “no podrá perjudicar, por sí mismo, la evaluación correspondiente, que deberá ceñirse a los criterios académicos”, lo que viene a configurar una especie de garantía de indemnidad formativa<sup>74</sup>.

#### E) El derecho al acceso a las instalaciones y servicios de la empresa

Una de las reclamaciones tradicionales de aquellas personas que se encuentran desarrollando sus prácticas no laborales en las empresas es la posibilidad de acceder a todas las instalaciones y a los diferentes servicios que las empresas ponen a disposición de las personas trabajadoras. Pues bien, esta solicitud se ha incorporado en el Borrador de Estatuto en la letra e) del apartado primero del art. 4, que prevé que durante el desarrollo de la actividad formativa de carácter práctico se tendrá derecho “a todos los servicios con los que cuenten las personas trabajadoras en el centro de trabajo, tales como restauración, zona de descanso, aparcamiento u otros, en las mismas condiciones que aquellas, en la medida en que la organización e infraestructura de la empresa lo permitan”. Entre estos otros servicios cabría incluir, por ejemplo, el acceso a la guardería que la empresa pueda poner a disposición de sus trabajadores.

A pesar de que, a priori, este derecho se diseña de un modo muy amplio, puesto que alcanza “a todos los servicios con los que cuentan las personas trabajadoras en el centro de trabajo” y “en las mismas condiciones que aquellas”, sin embargo, se trata de un derecho muy laxo, puesto que en última instancia queda condicionado o supeditado a que “la organización e infraestructura de la empresa lo permiten”, lo cual, con toda

---

<sup>74</sup> Vid. REQUENA MONTES, O.: “Estatuto de las personas en formación práctica...” cit.

seguridad, comportará que la materialización de este derecho en la práctica sea de gran complejidad.

#### F) El derecho a una tutorización adecuada

Como ya se ha indicado en apartados anteriores, uno de los elementos definidores de las prácticas no laborales y fundamental a la hora de diferenciarlas de una relación laboral, consiste en que la actividad desarrollada por el estudiante en prácticas debe estar sometida a tutela, de modo que durante toda la duración de las prácticas debe existir un seguimiento y control sobre el aprovechamiento de las mismas por parte del tutor que, a tal efecto, deberá dar a la persona en prácticas todas las indicaciones e instrucciones necesarias para el correcto desarrollo de la actividad efectuada y, por tanto, de su formación<sup>75</sup>.

La importancia del papel del tutor para garantizar el carácter formativo de las prácticas no laborales y, en consecuencia, para diferenciar estas prácticas de las prestaciones de servicios laborales, ha llevado a afirmar que "una ineficiente tutorización académica (y un silencio del alumno, deseoso de poder engancharse al mercado de trabajo en esa empresa a través de dicha práctica) permitirá que se desfigure bajo la apariencia de una "beca", "bolsa o ayuda a estudios", un contrato de trabajo y, en consecuencia con ello, dará lugar a un "resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él"<sup>76</sup>.

Por lo demás, la previsión de la figura del tutor se recoge en la Recomendación del Consejo, de 10 de marzo de 2014, sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas que recomienda "Estimular a las organizaciones que ofrecen prácticas a que asignen a los trabajadores en prácticas un supervisor que los asesore en la realización de sus tareas y supervise y evalúe sus progresos". Profundizando en esta materia, la Resolución del Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria, el día 14 de junio de 2023, incorpora entre sus principios el "acceso a una tutoría adecuada y a la orientación por parte de tutores formados para garantizar la transferencia de capacidades intergeneracional".

Pues bien, en cumplimiento de estas previsiones, la letra f) del art. 4 del Borrador de Estatuto prevé que la persona en prácticas no laborales tenga derecho "a una adecuada tutorización en el desarrollo de su actividad formativa práctica en la empresa. A tal fin, las

---

<sup>75</sup> Sobre la importancia de las tutorías vid. MORENO GENÉ, J.: "Prácticas no laborales de los estudiantes universitarios y titulados recientes *versus* relación laboral: la adecuada tutorización como factor clave", *IUSlabor*, núm. 1, 2020.

<sup>76</sup> Vid. GOÑI SEIN, J.L.: "La inserción profesional..." cit. págs. 408 y ss. Vid. también, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "La "re-inclusión" en la Seguridad Social..." cit. pág. 218.

personas que sean designadas por la empresa para el desarrollo de las tareas de tutorización se harán cargo de la coordinación con la persona tutora del centro formativo, del seguimiento del itinerario formativo y de la emisión de un informe final de evaluación, y deberán disponer del tiempo necesario para desarrollar las labores de tutoría dentro de su jornada de trabajo habitual”.

Como puede observarse, a pesar de lo trascendental de la adecuada tutorización en las prácticas no laborales, el Borrador de Estatuto contiene una regulación muy parca de esta materia, limitándose a indicar que habrá dos tutores, es decir, la persona designada por la empresa y la persona tutora del centro formativo, y que ambas deberán coordinarse para realizar el seguimiento del itinerario formativo y la emisión del informe final de evaluación, para lo cual, se prevé que la persona tutora designada por la empresa deberá disponer “del tiempo necesario para desarrollar las labores de tutoría dentro de su jornada de trabajo habitual”.

Por el contrario, se echa de menos una regulación más extensa de otras cuestiones que permitirían garantizar de manera más satisfactoria el derecho a una adecuada tutorización. En primer lugar, la fijación de los requisitos que deben satisfacer tanto el tutor de la empresa como el tutor del centro formativo. A tal efecto, centrándonos en el tutor designado por la empresa, lo esencial es que siendo una persona vinculada a la misma, reúna la experiencia y los conocimientos profesionales necesarios para desarrollar de un modo satisfactorio su función, es decir, realizar el seguimiento y control sobre el aprovechamiento de las prácticas, efectuando a quien las realiza todas las indicaciones e instrucciones necesarias para el correcto desarrollo de las mismas y, por extensión, para que se satisfaga el objetivo de su formación.

En segundo lugar, también sería conveniente que se enumeraran los derechos y deberes que corresponden a las personas tutoras, puesto que los mismos se configuran como los instrumentos de los que éstos disponen para poder desarrollar de un modo adecuado su actividad y la garantía de que se cumpla la finalidad de la tutoría, que no es otra que garantizar que durante toda la duración de las prácticas el tutor lleve a cabo un adecuado seguimiento y control sobre el aprovechamiento de las mismas por parte de la persona que las lleva a cabo, realizándose, al respecto, todas las indicaciones e instrucciones necesarias para el correcto desarrollo de la actividad efectuada y, por tanto, de la formación de quien la ejecuta.

Por lo demás, si realmente quieren valorizarse las prácticas no laborales, la función del tutor no puede dejarse en manos del voluntarismo de los mismos, sino que debe reconocerse de un modo significativo esta actividad. A tal efecto, sería conveniente que se contemplara una especie de “crédito horario” o el carácter retribuido de las tareas de tutorización para compensar el tiempo que el tutor de la empresa tenga que dedicar al

correcto desempeño de su labor, puesto que actualmente las tareas que le corresponden como tutor se solapan a sus específicas tareas laborales.

En este punto, tal vez podrían extenderse a los tutores de prácticas no laborales las previsiones contenidas en algún convenio colectivo en relación con los tutores previstos en el contrato de formación en alternancia. A tal efecto, se pueden identificar algunas prácticas negociadoras que se dirigen a compensar en estos supuestos las tareas formativas del tutor mediante la creación de complementos salariales específicos<sup>77</sup>.

En esta dirección, también se ha reclamado que a los tutores de las prácticas no laborales les fuera de aplicación lo ya previsto respecto a la figura del tutor del contrato para la formación en alternancia, que permite que las empresas puedan aplicarse determinadas bonificaciones a fin de financiar los costes derivados de la obligada tutorización en la empresa de cada trabajador. En esta dirección parece encontrarse la disposición adicional segunda del Borrador de Estatuto, que bajo la rúbrica de "compensación a las empresas que participen en programas y actividades formativas de carácter práctico", prevé que "las empresas que participen en programas y actividades formativas previstas en esta norma se podrán beneficiar de los estímulos, así como de las ayudas para atender los costes derivados de la realización de las actividades de tutorización obligatorias previstas en esta norma, en la cuantía y condiciones que se establezcan legalmente". Esta previsión, por lo demás, se encuentra en la línea de lo previsto por la ya citada Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2023.

El Borrador de Estatuto sí contempla otra garantía importante a la hora de garantizar "una adecuada tutorización", consistente en que cada persona tutora podrá tener como máximo, de modo simultáneo, a cinco personas en formación práctica, que serán tres, en el caso de centro de trabajo de menos de treinta personas de plantilla. No cabe duda que esta limitación del número de personas en prácticas que se pueden asignar a cada tutor, de tres, en las empresas de menos de treinta trabajadores y de cinco, en las de treinta o más, va a contribuir a garantizar una mínima y necesaria proporción entre el número de personas en prácticas y las posibilidades de formación de la empresa que permita asegurar la eficacia y calidad de la formación dispensada.

Por lo demás, se trata de una previsión compartida en parte con el contrato de formación en alternancia, si bien, en este último caso, esta previsión aún se encuentra a la espera del necesario desarrollo reglamentario. A tal efecto, el art. 11.4 i) ET prevé que reglamentariamente se establecerán, previa consulta con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos "las personas en formación por tutor o tutora".

---

<sup>77</sup> Vid. MUÑOZ, A.B.: "Buenas prácticas..." cit.

A esta garantía consistente en limitar el número de personas en prácticas tutorizadas por cada tutor, cabe añadir, además, la previsión de que “el número de personas en formación práctica no podrá superar el veinte por ciento de la plantilla total del centro de trabajo”<sup>78</sup>. Con ello se evitan situaciones realmente abusivas en las que en la empresa hay más personas en prácticas no laborales que trabajadores de plantilla<sup>79</sup>. A tal efecto, al hacerse depender el éxito de la finalidad formativa de las prácticas no laborales de que a las personas en prácticas se les preste una adecuada atención individualizada, fundamentalmente, por lo que respecta a la formación de carácter más práctico, resulta más que razonable que se establezca un límite máximo del número de personas en prácticas en atención a la plantilla de la empresa, evitándose el fenómeno de empresas compuestas fundamentalmente por este tipo de personal o, en todo caso, con una plantilla descompensada entre trabajadores y personas en prácticas<sup>80</sup>.

En todo caso, acto seguido, se matiza el rigor de esta previsión al establecerse que, “no obstante, cualquier empresa podrá concertar formación práctica con dos personas, con independencia del número de personas de plantilla”. Con esta matización se toma en consideración la diversidad y dimensión de las empresas españolas, evitándose posibles injusticias que se pudieran derivar de la aplicación estricta de esta regla<sup>81</sup>.

#### G) Derecho a la salud

En el grupo de los derechos de “carácter laboral” también resulta del todo imprescindible el deber de proteger la salud de quienes realizan las prácticas académicas externas. En este punto, periódicamente, aparecen en los medios de

---

<sup>78</sup> Como indica MORENO SOLANA, A.: “El Estatuto del Becario: una aproximación al Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y la representación sindical (CCOO y UGT)”. En el Bloc El Foro de Labos, de 29 de junio de 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.elforodelabos.es/2023/06/el-estatuto-del-becario-una-aproximacion-al-acuerdo-entre-el-ministerio-de-trabajo-y-economia-social-y-la-representacion-sindical-ccoo-y-ugt/>, cabe entender esta regla como la limitación del número de personas en formación que podrá tener una empresa “de manera simultánea”.

<sup>79</sup> En esta dirección, MOLINA NAVARRETE, C.: “Nuevos escenarios en el régimen del personal del sistema universitario español: situaciones administrativas, contratación y jubilación”, en CARO MUÑOZ, A.I (Dir.): *El futuro del sistema universitario español y su nuevo marco jurídico*, La Ley, Madrid, 2023, pág. 199, constata que “no son pocos los casos en los que una empresa acumula más becas que personas con contrato de trabajo (ej. STSJ Región de Murcia 234/2023, 14 de marzo -31 personas becarias y 27 personas empleadas-”.

<sup>80</sup> Esta limitación se había previsto también en relación a anteriores versiones del contrato de formación en alternancia, pero actualmente ya no se contempla. Vid. sobre esta cuestión, MORENO GENÉ, J.: “La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.

<sup>81</sup> Vid. REQUENA MONTES, O.: “Estatuto de las personas en formación práctica...” cit.

comunicación graves accidentes de trabajo en los que se ven implicadas personas que se encontraban desarrollando sus prácticas no laborales en las empresas<sup>82</sup>.

A pesar de la importancia de esta materia, las escasas previsiones existentes al respecto acostumbran a limitarse a reconocer el derecho de la persona en prácticas a recibir información sobre la materia. A tal efecto, llama muy especialmente la atención el hecho de que con carácter general, únicamente se establezca un derecho de información y no un derecho a que se garantice la seguridad de la persona en prácticas mediante todos los medios técnicamente posibles<sup>83</sup>. Frente a ello, se ha reclamado que deben incorporarse a la normativa reguladora de las prácticas no laborales las garantías necesarias en materia de seguridad y salud en la ejecución de la actividad formativa, siendo aconsejable que estas garantías sean las mismas que se prevén para los trabajadores de la empresa<sup>84</sup>.

Pues bien, en este punto, el Borrador de Estatuto supone un salto cualitativo en el tratamiento de la salud laboral de las personas en prácticas, al establecer en la letra g) del apartado primero del art. 4, el derecho de las mismas "a una protección adecuada a su salud, a través de la adopción de todas las medidas necesarias para la prevención de los riesgos a los que puedan estar expuestas por la actividad formativa desarrollada, que incluirán, como mínimo, una información y formación previa y suficiente acerca de dichos riesgos y las medidas preventivas a adoptar, la dotación de los correspondientes equipos de protección individual, así como aquellas necesarias para garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras cuya actividad laboral pudiera resultar concurrente a la actividad formativa".

Como puede apreciarse, frente a la indiferencia con que tradicionalmente ha sido abordada esta materia, en el Borrador de Estatuto se incorporan las garantías necesarias en materia de seguridad y salud en la ejecución de la actividad formativa, en una clara equiparación con lo previsto para los trabajadores por cuenta ajena.

Asimismo, se prevén limitaciones a las actividades que pueden ejecutar las personas en prácticas por razones de salud laboral, previéndose al respecto que "las personas en formación no podrán desarrollar las actividades incluidas en el anexo I del Real Decreto

---

<sup>82</sup> Por citar solo un ejemplo, nos encontramos con la muerte de dos geólogos, estudiantes en prácticas, en un accidente acaecido en una mina ubicada en la localidad de Suria. Vid. El Independiente, de 9 de marzo de 2023. Esta noticia puede consultarse en: <https://www.elindependiente.com/espana/cataluna/2023/03/09/tragedia-en-la-mina-los-fallecidos-en-suria-eran-universitarios-estudiantes-de-un-master/>

<sup>83</sup> En relación con idéntica previsión contenida en el anulado Real Decreto 1707/2011, DUQUE GONZÁLEZ, M.: *Becas y becarios...* cit. pág. 232, llamaba la atención sobre el hecho de que únicamente se estableciera un derecho de información y no un derecho a que se garantice la seguridad del estudiante mediante todos los medios técnicamente posibles.

<sup>84</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Empleo..." cit. pág. 606.

39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, o aquellas otras calificadas como peligrosas por la ley o los convenios colectivos”.

Esta previsión, sin embargo, se exceptúa cuando resulte imprescindible para el desarrollo suficiente de la formación práctica, de conformidad con lo previsto en el itinerario formativo contenido en el plan formativo individual. Para estos supuestos, se prevé que “además de las medidas previstas en el párrafo anterior, la empresa garantizará que se extiendan a las personas en formación práctica la presencia y funciones de los recursos preventivos, así como la vigilancia de la salud en los términos recogidos en el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales”<sup>85</sup>.

#### H) Protección ante la violencia y el acoso

Ya con menor extensión, pero con un alto valor pedagógico, el Borrador de Estatuto también aborda una problemática que lamentablemente no es ajena a las prácticas no laborales, como es la violencia y el acoso. A tal efecto, la letra h) del apartado primero del art. 4 de la referida norma prevé el derecho “a la protección frente a la violencia y acoso, incluida la violencia y el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, identidad y expresión de género, así como orientación sexual. En este ámbito, en todo caso resultará de aplicación íntegra las medidas previstas en el ámbito de la empresa en cumplimiento del artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

El tratamiento de esta cuestión no podía ser otro si se toma en consideración lo dispuesto por el Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo de 2019, que establece, en su art. 2.1, que “El presente Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador”<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> A tal efecto, REQUENA MONTES, O.: “Estatuto de las personas en formación...” cit. pág. 6, subraya que el “Estatuto del Becario” profundiza en la posibilidad de que estas personas desarrollen actividades peligrosas, dejando una puerta abierta cuando, bajo la presencia de los recursos preventivos y con la debida vigilancia de la salud, la actividad sea imprescindible para el desarrollo suficiente de la formación práctica”.

<sup>86</sup> Vid. MORENO SOLANA, A.: “El Estatuto del Becario...” cit.



Nuevamente, de un modo acertado, se aborda una materia, en este caso, la protección ante la violencia y el acoso, desde la equiparación de los derechos y garantías de las personas en prácticas a lo previsto para el conjunto de personas trabajadoras de la empresa.

#### I) Protección de las personas informantes

Finalmente, el Borrador de Estatuto también incorpora entre los derechos de las personas que desarrollan sus prácticas no laborales el derecho a la protección de las personas informantes recientemente instaurado por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. A tal efecto, se extiende también a las personas en prácticas no laborales la protección que con carácter general dispensa esta norma y que se configura como una manifestación más de la garantía de indemnidad<sup>87</sup>.

#### J) Igualdad entre mujeres y hombres

El art. 3.2 del Borrador de Estatuto prevé que "las empresas procurarán una presencia equilibrada entre hombres y mujeres cuando incorporen a personas que desarrollen formación práctica, especialmente en aquellos departamentos que presenten una menor representación de alguno de los sexos entre las personas trabajadoras".

Aunque esta previsión no se encuentra recogida dentro de los derechos reconocidos a las personas durante el desarrollo de la actividad formativa de carácter práctico por el art. 4 del Borrador de Estatuto, sino en el marco de las "garantías de la formación práctica en el ámbito de la empresa", en concreto, en el art. 2.3 de dicha norma, no cabe duda que la misma constituye una garantía de la igualdad entre mujeres y hombres, al menos, en el acceso a las prácticas no laborales. Esta previsión no es baladí, puesto que tradicionalmente se ha constatado una menor participación de las mujeres en dichas prácticas no laborales.

En todo caso, compartimos el criterio que con esta previsión "no se pretende garantizar -necesariamente- un equilibrio por razón de sexo en el número de personas vinculadas concretamente por periodos de prácticas, sino la de priorizar la incorporación como estudiante en prácticas o la conversión como trabajador/a por cuenta ajena de aquella persona del sexo menos representado en el "departamento" donde vaya a recalar o se esté formando"<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Vid. REQUENA MONTES, O.: "Estatuto de las personas en formación práctica..." cit.

<sup>88</sup> Vid. REQUENA MONTES, O.: "Estatuto de las personas en formación práctica..." cit.

En todo caso, más allá de la igualdad entre mujeres y hombres, el Borrador de Estatuto debería llevar a cabo un esfuerzo más decidido por garantizar con carácter general la transparencia de los procesos de selección de las personas que vayan a desarrollar las prácticas, respetándose en todo caso los principios de igualdad y no discriminación. Dichos procesos, por lo demás, deben atenerse a la naturaleza formativa y no productiva de las prácticas no laborales y, en consecuencia, no pueden consistir en un proceso de selección idéntico o sustancialmente similar a lo que sería un proceso de selección de los trabajadores de la empresa. En definitiva, lo esencial debe ser que quienes vayan a desarrollar las prácticas demuestren su capacidad y voluntad de aprender.

#### *4.2. Deberes de las personas que desarrollan prácticas no laborales*

De un modo mucho más parco que ocurre respecto a los derechos, el Borrador de Estatuto también recoge los deberes u obligaciones de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa. A tal efecto, se prevén de forma expresa los siguientes:

- a) Cumplir la normativa vigente relativa a prácticas externas establecida por su centro formativo.
- b) Conocer y cumplir el proyecto formativo de las prácticas, siguiendo las indicaciones de la persona tutora asignada por la empresa bajo la supervisión de la persona tutora académica.
- c) Mantener contacto con la persona tutora académica durante el desarrollo de la práctica y comunicarle cualquier incidencia que pueda surgir durante esta, así como hacer entrega de los documentos e informes de seguimiento que le sean requeridos.
- d) Incorporarse a la empresa de que se trate en la fecha acordada, cumplir el horario previsto en el proyecto educativo y respetar las normas de funcionamiento, seguridad y prevención de riesgos laborales de la misma.
- e) Desarrollar el proyecto formativo y cumplir con diligencia las actividades acordadas con la empresa, conforme a las líneas establecidas en el mismo.
- f) Guardar confidencialidad en relación con la información interna de la empresa y guardar secreto profesional sobre sus actividades, durante el periodo de formación práctica y finalizada ésta.
- g) Mostrar, en todo momento, una actitud respetuosa hacia la política de la

empresa, salvaguardando el buen nombre del centro formativo al que pertenece<sup>89</sup>.

Como puede observarse, más allá de los deberes de carácter más estrictamente académico, como son, "cumplir la normativa vigente relativa a prácticas académicas"; "conocer y cumplir el proyecto formativo"; "mantener el contacto con la persona tutora académica"; "hacer entrega de los documentos e informes de seguimiento que le sean requeridos"; etcétera, al igual que sucedía con los derechos de "carácter laboral", el Borrador de Estatuto también contempla deberes de la persona en prácticas no laborales de marcado acento laboral.

A tal efecto, se contemplan algunos deberes muy similares a los de obediencia, sigilo profesional, diligencia y buena fe propios de los trabajadores por cuenta ajena, en concreto, el deber de "cumplir el proyecto formativo de las prácticas, siguiendo las indicaciones de la persona tutora asignada por la empresa bajo la supervisión de la persona tutora académica"; "incorporarse a la empresa de que se trate en la fecha acordada, cumplir el horario previsto en el proyecto educativo y respetar las normas de funcionamiento, seguridad y prevención de riesgos laborales de la misma"; "cumplir con diligencia las actividades acordadas con la empresa"; "guardar confidencialidad (...) y guardar secreto profesional (...)", "mostrar una actitud respetuosa hacia la política de la empresa", etcétera<sup>90</sup>.

## **5. La seguridad social de las personas en prácticas no laborales**

El Borrador de Estatuto también contempla los derechos de seguridad social de las personas en prácticas no laborales. A tal efecto, el art. 6 de la norma establece que "los periodos de formación práctica no laboral realizados en empresas y organismos equiparados conforme a cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 1.2 determinarán la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que los realicen". Con ello, el Borrador de Estatuto se alinea con lo previsto por la Resolución del Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria, el día 14 de junio de 2023, que incorpora entre sus principios "el acceso de los trabajadores en prácticas a la protección social según los regímenes nacionales".

Cabe destacar, sin embargo, que el art. 6 del Borrador de Estatuto contempla exclusivamente los supuestos generales de prácticas no laborales previstos en el art. 1.2 de dicha norma, sin mencionar los supuestos que la propia norma califica de específicos,

---

<sup>89</sup> ROJO TORRECILLA, E.: "Empleo y jóvenes..." cit. destaca muy especialmente este deber de las personas en prácticas.

<sup>90</sup> Sobre la similitud de estos deberes con los deberes propios del trabajador vid., también, REQUENA MONTES, O.: "Estatuto de las personas en formación práctica..." cit.

que se contienen en su disposición adicional quinta. Parece que, con ello, se quiera dejar la regulación de tan importante cuestión a lo que disponga, en cada caso, la normativa específica que regula estos supuestos específicos de prácticas no laborales y a las que la referida disposición se remite constantemente<sup>91</sup>.

Ahora bien, esta inclusión en la Seguridad Social de las personas en prácticas no laborales, no se regula en el Borrador de Estatuto, sino que el mismo se remite a lo previsto en la disposición adicional quincuagésima segunda del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), que resulta íntegramente de aplicación a las personas en formación práctica no laboral, empresas y organismos equiparados.

A tal efecto, cabe recordar que el RDL 2/2023, mediante el apartado treinta y cuatro de su artículo único, procede a añadir una disposición adicional quincuagésima segunda al TRLGSS, en la que se procede a introducir una nueva regulación de la “inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación”<sup>92</sup>, si bien, la entrada en vigor de la misma se pospuso inicialmente hasta el 1 de octubre de 2023 y, con posterioridad, hasta el 1 de enero de 2024<sup>93</sup>.

De las distintas posibilidades existentes en nuestro ordenamiento jurídico para dotar de protección social a las personas que desarrollan prácticas no laborales, se ha optado por su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS), excluidos los sistemas especiales del mismo, y no por la creación de un Régimen Especial de Seguridad Social específico para este colectivo (apartado 2 disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS). En todo caso, se exceptúa de esta regla el supuesto en que la práctica o formación se realice a bordo de embarcaciones, en cuyo caso la inclusión se producirá en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Asimismo, de las dos vías existentes para llevar a cabo la referida inclusión en el RGSS previstas en los arts. 7 y 136 del TRLGSS, a saber: la inclusión entre los trabajadores por cuenta ajena o la consideración como asimilados a los mismos, se opta por esta segunda opción, no en vano, estas personas en prácticas no son consideradas en ningún caso como trabajadores por cuenta ajena en los términos previstos en el art. 1 ET, sino que únicamente se procede a asimilarlos a los mismos.

---

<sup>91</sup> Vid. REQUENA MONTES, O.: “Estatuto de las personas en formación práctica...” cit.

<sup>92</sup> Vid. MORENO GENÉ, J.: “La extensión de la protección social a todos los alumnos en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3, 2023.

<sup>93</sup> Este aplazamiento había sido solicitado en su momento por la CRUE, que pedía “dejar tiempo a las universidades para su aplicación”. Vid. CONFERENCIA DE RECTORES DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS: “Crue Universidades Españolas rechaza...” cit.

Por lo que respecta al campo de aplicación y/o ámbito subjetivo de esta inclusión en el RGSS, que se recoge en el apartado primero de la disposición adicional quincuagésima segunda TRLGSS, la norma lleva a cabo una primera delimitación genérica de la misma en virtud de la cual "la realización de prácticas formativas en empresas o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria determinará la inclusión en el sistema de Seguridad Social de las personas que las realicen". Tras lo cual, se lleva a cabo una delimitación más específica, en virtud de la cual, dichas prácticas pueden ser de dos tipos: a) las realizadas por los alumnos universitarios de grado, máster, doctorado, así como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto; y b) las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en régimen de formación profesional intensiva.

No cabe duda que se ha ampliado notablemente el ámbito de aplicación de esta inclusión en el RGSS respecto a lo previsto en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (en adelante, RD 1493/2011)<sup>94</sup>, puesto que la misma alcanzará a todas las personas que desarrollan prácticas no laborales con independencia de que las mismas sean remuneradas o no.

Por lo demás, como puede observarse, existe una importante coincidencia de los ámbitos subjetivos de aplicación de esta inclusión en el RGSS y en el Borrador de Estatuto.

El RDL 2/2023 no se ha limitado a prever la incorporación en el RGSS de los alumnos en prácticas, sino que, además, fija el íntegro régimen jurídico con el que debe tener lugar esta inclusión, tanto por lo que respecta a las obligaciones de afiliación, alta y cotización, como al régimen de prestaciones. Con este fin, el RDL 2/2023 ha procedido a regular todos estos aspectos, distinguiendo para ello entre el carácter remunerado o no de las prácticas formativas.

A tal efecto, el apartado 4 de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS regula los actos de encuadramiento (afiliación, altas y bajas), correspondiendo el cumplimiento de estas obligaciones de Seguridad Social, o bien, a la entidad u

---

<sup>94</sup> Vid. MORENO GENÉ, J.: "La Seguridad Social de los participantes en programas de formación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 345, 2011.

organismo que financie el programa, en el supuesto de las prácticas formativas remuneradas, o a la empresa, institución o entidad en la que se desarrollen, en el caso de las prácticas formativas no remuneradas, salvo que, en este último supuesto, en el convenio o acuerdo de cooperación se disponga que dichas obligaciones corresponden al centro de formación.

Los apartados 5, 6 y 7 de la DA 52<sup>a</sup>, TRLGSS regulan la materia de la cotización, identificándose los sujetos, el objeto y la dinámica de la obligación de cotizar, para lo que se establecen unas normas comunes para todas las prácticas formativas previstas en la norma y otras específicas en función del carácter remunerado o no remunerado de las mismas.

Entre las primeras, más allá de la identificación del sujeto obligado y responsable del ingreso de las cuotas y de la exclusión de la cotización del Mecanismo de Equidad Intergeneracional, cabe destacar la previsión de una importantísima reducción de las cuotas por contingencias comunes del 95 por ciento, lo cual debería contribuir a mitigar el temor que provoca el hecho de que a partir de ahora todas las prácticas vayan a generar un coste para las empresas, instituciones o entidades en que las mismas se desarrollan y que ello pueda retraerlas de seguir ofertando dichas prácticas.

Por lo que respecta a las normas específicas de cotización de las prácticas formativas remuneradas, se efectúa una remisión a la cotización correspondiente a los contratos formativos en alternancia, a excepción de lo previsto para aquellos supuestos en que la base de cotización mensual por contingencias comunes, determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, supere la base mínima mensual de cotización de dicho Régimen. A su vez, en relación con la cotización de las prácticas formativas no remuneradas se prevé una cuota empresarial por cada día de prácticas formativas por contingencias comunes y por contingencias profesionales, en los términos previstos anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El RDL 2/2023 también define la acción protectora dispensada a las personas en prácticas, es decir, el conjunto de prestaciones que el Sistema de Seguridad Social les otorga. A tal efecto, el apartado 3 de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, establece que la acción protectora será la correspondiente al régimen de Seguridad Social aplicable, con la exclusión de la protección por desempleo, la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional. En el supuesto de las prácticas no remuneradas se excluirá también la protección por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Cabe destacar que, a pesar de lo que se indicaba en anteriores borradores del “Estatuto del Becario”, se sigue manteniendo la tradicional exclusión de este colectivo del acceso a la protección por

desempleo, a lo que se añade ahora también, para las prácticas no remuneradas, la exclusión de la protección por incapacidad temporal.

Esta limitación de la acción protectora que corresponde a los alumnos en prácticas es posible en la medida en que a pesar que el art. 155 TRLGSS prevé con carácter general el alcance de la acción protectora del RGSS, se admite que, en relación con las inclusiones en dicho régimen por asimilación a los trabajadores por cuenta ajena, sea la propia norma en la que se disponga tal asimilación la que determine el alcance de la protección otorgada. Pues bien, en uso de esta facultad, el RDL 2/2023 ha limitado la protección social de los estudiantes en prácticas en los términos ya expuestos. A *sensu contrario*, la acción protectora sí comprende el resto de prestaciones dispensadas por el Sistema de Seguridad Social.

A diferencia de lo que sucede con el RD 1493/2011 que, apenas, contiene previsiones específicas en relación con las prestaciones que reconoce a los participantes en programas de formación, es decir, requisitos, contenido, cuantía, dinámica de la prestación, régimen de incompatibilidades, etcétera, el RDL 2/2023 sí ha introducido numerosas e importantes previsiones que por su amplitud no pueden ser abordadas en este momento. Vale la pena destacar, en todo caso, las dirigidas a la identificación de la base de cotización mensual a efectos de prestaciones, que será la base mínima de cotización del grupo de cotización 7, para el supuesto de las prácticas formativas remuneradas, y el resultado de multiplicar la base mínima de cotización del grupo de cotización 8, por el número de días en prácticas formativas en el mes natural, para el supuesto de las prácticas no formativas no remuneradas.

En materia de Seguridad Social de las personas en prácticas, el Borrador de Estatuto únicamente incorpora una previsión sobre su régimen de protección social, consistente en introducir un nuevo apartado 5 en el artículo 282 TRLGSS, en virtud del cual, "la prestación y el subsidio por desempleo serán compatibles con la inclusión en el sistema de seguridad social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, regulada en la disposición adicional quincuagésima segunda".

Esta modificación posibilitaría que aquellas personas que se encuentran percibiendo una prestación o subsidio por desempleo pudieran desarrollar las prácticas no laborales previstas en el Borrador del Estatuto, sin perder dicha prestación, pese a que las referidas prácticas comporten su inclusión en el Sistema de Seguridad Social. Y ello, con independencia del carácter curricular o extracurricular de dichas prácticas no laborales.

Recuérdese al respecto que la entidad gestora ha venido interpretando que si se trata de prácticas extracurriculares no podía aplicarse lo previsto en el art. 15.1 a, cuarto del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de

agosto, de Protección por Desempleo (en adelante, RD 625/1985), que establece la compatibilidad de las prestaciones por desempleo con becas y ayudas que se obtengan por asistencia a acciones de formación ocupacional o para realizar prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios y que se produzcan en el marco de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trata. A tal efecto, considera que, si se trata de prácticas extracurriculares, no quedarían incluidas en el plan de estudios y, por tanto, operaría la incompatibilidad prevista en el art. 15.1 b), primero del referido RD 625/1985, al tratarse de un trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo completo, en régimen laboral o administrativo, o con situaciones asimiladas, que suponga la inclusión de cualquier régimen del sistema de la seguridad social aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo, salvo cuando esté establecida la compatibilidad en algún programa de fomento del empleo.

Esta postura, sin embargo, ya está siendo rebatida por los tribunales laborales, que consideran artificioso distinguir entre prácticas curriculares y extracurriculares a los efectos de establecer su compatibilidad con las prestaciones por desempleo. A tal efecto, se considera que las prácticas que forman parte del plan de estudios son todas aquellas que se realizan al amparo de una actividad educativa o formativa regladas, cualquiera que fuera su naturaleza, curricular o extracurricular, “que en nada inciden en la naturaleza de la actividad desarrollada, que es lo único que en realidad define su compatibilidad con la prestación por desempleo” (STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de marzo de 2023 (núm. rec. 954/2022).

## **6. El fomento de la contratación de las personas que desarrollan las prácticas no laborales**

Pese a que siempre se alberga la esperanza de que las personas que realizan las prácticas no laborales sean contratadas a su finalización por la empresa en la que las mismas se han desarrollado, hay que ser conscientes de las dificultades que en la práctica va a encontrar dicha posibilidad. Por este motivo y para intentar favorecer la contratación por parte de las empresas en prácticas, el Borrador de Estatuto incorpora una previsión dirigida específicamente al cumplimiento de este objetivo.

A tal efecto, la disposición adicional primera del Borrador de Estatuto recoge la siguiente previsión: “la contratación de personas en formación práctica dará derecho a las bonificaciones previstas en el artículo 25 del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas”. Recuérdese que dicho precepto prevé que “La contratación indefinida o la incorporación como persona socia en la cooperativa o sociedad laboral de las personas que desarrollen formación práctica en las empresas por



parte de la empresa donde las realice, ya sea a la finalización o durante el desarrollo de la misma, dará derecho a una bonificación en la cotización, en los términos establecidos en el artículo 10, de 138 euros/mes durante un período máximo de tres años, salvo que la persona trabajadora contratada sea persona con discapacidad, en cuyo caso la bonificación podrá aplicarse durante toda la vigencia del contrato”.

## **7. El régimen sancionador previsto en el Borrador de Estatuto**

El Borrador de Estatuto es consciente de que el estricto régimen jurídico de las prácticas no laborales que introduce puede comportar que, en ocasiones, las empresas y las diferentes entidades de acogida de quienes las realizan tengan la tentación de incumplir alguna de sus previsiones. Por este motivo, se introduce un más que completo régimen sancionador. Asimismo, ello enlaza plenamente con lo dispuesto por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre períodos de prácticas de calidad”, que prevé, en su art. 8, que “Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la presente Directiva (...). Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

A tal efecto, la disposición final segunda del Borrador de Estatuto introduce una nueva disposición adicional cuarta en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, bajo la rúbrica de incumplimientos en el ámbito del Estatuto de personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa.

En primer lugar, con un alto valor pedagógico, se recuerda que la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social tendrá encomendada la vigilancia y exigencia de cumplimiento de los derechos y obligaciones contenidos en el Estatuto de personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa<sup>95</sup>.

En segundo lugar, se identifican las acciones u omisiones que pueden ser calificadas como infracciones administrativas en el orden social y, en consecuencia, objeto de sanción. A tal efecto, se identifican entre las mismas las contrarias a lo previsto en los siguientes preceptos del Borrador de Estatuto:

---

<sup>95</sup> Esta previsión debe enmarcarse en las diversas campañas que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social ha realizado en los últimos años para controlar el fraude de los falsos becarios, especialmente, en el marco del Plan Director por un Trabajo Digno (2018-2020). Un balance de estas campañas en ARMERO JIMÉNEZ, C.: “Contratos laborales encubiertos...” cit. págs. 118 a 120. Sobre las dificultades con que se encuentra la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social para controlar y combatir las situaciones ilegales en este ámbito, vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Las prácticas no laborales...” cit. págs. 80 y ss. Vid. también, PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “Actuaciones de la Inspección...” cit., pág. 195 y ss.

- Art. 2.2: No abono por parte de las personas en prácticas no laborales de cuantía o contraprestación alguna por el acceso a la formación práctica en el ámbito de la empresa.

- Art. 3: Acuerdo o convenio de cooperación y plan formativo individual.

- Art. 4.1: Derechos reconocidos a las personas que participan en los programas de formación práctica.

- Art. 5: Derechos de información de la representación legal de las personas trabajadoras.

En tercer lugar, una vez tipificadas las acciones u omisiones que constituyen infracciones administrativas en el orden social en materia laboral y que, consecuentemente, pueden ser objeto de sanción, se prevén las siguientes reglas para ello:

a) Son sujetos responsables de la infracción las empresas en cuyo ámbito se realizan las actividades formativas de carácter práctico, en los términos previstos en el Borrador de Estatuto -empresas y entidades del sector público y entidades sin ánimo de lucro-, que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracciones.

b) Las infracciones previstas en esta norma prescriben a los tres años contados desde la fecha de finalización de la infracción.

c) Las sanciones por las infracciones tipificadas podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.

d) La trasgresión de lo previsto en el art. 3 del Borrador de Estatuto, es decir, respecto al acuerdo o convenio de cooperación y plan formativo individual tendrá la consideración de infracción leve y se sancionará, en su grado mínimo, con multas de 70 a 150 euros; en su grado medio, de 151 a 370 euros y, en su grado máximo, de 371 a 750 euros.

e) La transgresión de lo previsto en los arts. 2.2 -no abono por parte de las personas en prácticas no laborales de cuantía o contraprestación alguna-; 4.1 -derechos reconocidos a las personas que participan en los programas de

formación práctica- y 5 -derechos de información de la representación legal de las personas trabajadoras-, del Borrador de Estatuto, tendrá la consideración de infracción grave y se sancionará, en su grado mínimo, con multas de 751 a 1.500 euros, en su grado medio, de 1.501 a 3.750. y en su grado máximo, de 3.751 a 7.500 euros.

Ahora bien, cuando la transgresión de los derechos reconocidos a las personas que participan en los programas de formación práctica (art. 4.1 Borrador de Estatuto) ocasione discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación, tendrá la consideración de infracción muy grave y se sancionará, en su grado mínimo, con multas de 7.501 a 30.000 euros, en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros y, en su grado máximo, de 120.006 euros a 225.018 euros.

Finalmente, en materia sancionadora, también se prevé que las infracciones del Capítulo III del Real Decreto Legislativo 5/2000 también resultarán aplicables a las acciones y omisiones de las empresas, en cuyo ámbito se realizan las actividades formativas de carácter práctico, contrarias a lo previsto en la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS respecto de las personas en periodos de formación práctica no laboral. Recuérdese que en el referido Capítulo III se regulan las infracciones en materia de Seguridad Social, las cuales, por tanto, también serán aplicables a las infracciones de las obligaciones en materia de Seguridad Social de las personas en prácticas no laborales a las que nos hemos referido anteriormente.

### **III. EL ESTATUTO DE LAS PERSONAS EN FORMACIÓN PRÁCTICA NO LABORAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA: UN BUEN PUNTO DE PARTIDA PARA LA ADECUADA PROTECCIÓN DE LAS PRÁCTICAS NO LABORALES**

Existe un amplio consenso en considerar que resulta del todo imprescindible acotar y regular la inclasificable amalgama de prácticas no laborales en el entorno profesional actualmente existentes, las cuales hasta la actualidad se han movido entre un limbo legal o, en el mejor de los casos, una insuficiente regulación. Por otra parte, esta es una

necesidad que también se contempla a nivel europeo, en el que, recientemente, se ha aprobado la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad. Por todo ello, con independencia de la suerte que haya podido correr el “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa”, tarde o temprano esta materia deberá ser abordada por el Estado español<sup>96</sup>. Recuérdese, además, el mandato legal de aprobar un “Estatuto del Becario” previsto por el RDL 32/2021.

El abordaje de esta materia debe partir de dos ejes vertebradores, a saber, el establecimiento de una más clara delimitación de estas prácticas no laborales de lo que deben ser auténticas relaciones laborales y la necesidad de dotar a este colectivo de una adecuada protección social. Es, precisamente, el claro alcance laboral y de seguridad social de ambos ejes de actuación lo que legitima que el RDL 32/2021 contemplara que la regulación del “Estatuto del Becario” debía ser abordada en el ámbito del diálogo social, frente a las críticas efectuadas al respecto por la CRUE, que considera que “las prácticas de estudiantes universitarios son un asunto estrictamente académico y no se entiende por qué razón sindicatos y patronal tienen que pactar su régimen jurídico”<sup>97</sup>. Frente a ello, cabe mantener que, como ya se ha anticipado a lo largo de este trabajo, únicamente una definición más clara y nítida por parte de la normativa de las características de la actividad formativa de las prácticas no laborales puede permitir su deslinde de las prestaciones laborales.

Desde la premisa del necesario abordaje jurídico-laboral y de seguridad social de esta materia, merece una valoración muy positiva que el Borrador de Estatuto haya intentado afrontar una realidad tan compleja y diversa como son las prácticas no laborales. A tal efecto, por primera vez, se ha procedido a abordar de manera conjunta el íntegro régimen jurídico, “laboral” y de seguridad social, de dichas prácticas. Además, esta nueva regulación ha pivotado sobre los dos ejes básicos que acabamos de exponer: una más clara delimitación entre las estancias prácticas no laborales y el contrato de trabajo y el establecimiento de una adecuada protección social.

---

<sup>96</sup> En esta dirección, REQUENA MONTES, O.: “Estatuto de las personas en formación práctica...” cit. afirma que “(...) la pregunta no es -o no debería ser-, por consiguiente, si se procederá a regular la figura del “becario”, sino cuándo y cómo se desarrollará jurídicamente y se implementará en nuestro sistema educativo y empresarial”.

<sup>97</sup> A tal efecto, CRUE no cuestiona la capacidad de los sindicatos y patronal e, incluso, del Ministerio, para fijar la frontera entre lo que son prácticas académicas y lo que no lo son por configurar un verdadero y propio contrato de trabajo, pero, una vez establecida esa frontera, “nada tienen que disponer sindicatos y patronal respecto del régimen jurídico de las prácticas académicas. Eso es un asunto exclusivamente académico cuya competencia reguladora recae en el Ministerio de Universidades y en las propias universidades”. Vid. CONFERENCIA DE RECTORES DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS: “Cruce Universidades Españolas rechaza...” cit.

Partiendo de la base de que el Borrador de Estatuto sigue insistiendo en el carácter no laboral de las actividades desarrolladas por las personas en prácticas, al menos ha intentado acotarlas, clarificarlas y regularlas de algún modo, diferenciándolas de la prestación de servicios de carácter laboral, especialmente, de la de carácter formativo. En este punto, resulta indiscutible que el Borrador de Estatuto contribuye de un modo decisivo al afianzamiento de la finalidad formativa de las prácticas no laborales, no en vano, en diferentes pasajes de esta norma puede vislumbrarse un ingente esfuerzo por garantizar la finalidad formativa de la actividad desarrollada durante las prácticas frente al carácter más productivo del trabajo realizado por quien las desarrolla, justificándose de este modo la naturaleza extralaboral de las mismas. Para ello, el Borrador de Estatuto hace suyos una gran parte de los elementos que tradicionalmente se han considerado por parte de doctrina y jurisprudencia como distintivos de las prácticas no laborales frente a la relación laboral y viceversa.

El primer elemento que incorpora el Borrador de Estatuto que permite delimitar con absoluta claridad las prácticas no laborales de una relación laboral consiste en la previsión de que la formación dispensada a través de las prácticas no laborales debe responder a un plan de formación previamente preestablecido que contenga tanto los objetivos formativos -procesos, resultados de aprendizaje o contenidos incluidos en el currículo- que se pretenden satisfacer con las mismas, como las diversas actividades que como consecuencia de dichos objetivos deberá realizar la persona en prácticas. A tal efecto, ya se ha indicado que el correspondiente acuerdo o convenio de cooperación debe incorporar el plan formativo individual en el que deben quedar fijados los objetivos educativos y/o formativos y las prácticas a desarrollar.

El segundo elemento que contempla el Borrador de Estatuto que debe ayudarnos a diferenciar las prácticas no laborales del contrato de trabajo, consiste en que la actividad desarrollada por la persona en prácticas debe estar sometida a tutela. A tal efecto, se prevé que la persona en prácticas cuente con un tutor de la empresa y un tutor del centro formativo y que las tareas asignadas en el período de formación práctica se desarrollen bajo la dirección de la persona designada por la empresa y en coordinación con la persona tutora designada por el centro de formación.

El tercer elemento recogido en el Borrador de Estatuto, característico de las prácticas no laborales frente a una relación laboral, se refiere a la necesidad de que exista un seguimiento y control sobre el aprovechamiento de dichas prácticas, de modo que durante toda la vigencia de las mismas deben darse por parte del tutor las indicaciones e instrucciones necesarias para el correcto desarrollo de las prácticas efectuadas y, por tanto, para la mejora de la formación de quien las realiza. En esta dirección, el tutor de la

empresa debe supervisar las actividades, orientar y controlar el desarrollo de las prácticas, etcétera.

Un cuarto elemento que identifica a las prácticas no laborales de cualquier prestación de servicios laboral consiste en que debe existir una adecuación entre las prácticas que se pretenden realizar y las posibilidades de la empresa o entidad receptora de quien las realiza para llevar a cabo esta formación<sup>98</sup>. Con el objetivo de dar cumplimiento a esta exigencia, el Borrador de Estatuto contiene importantes limitaciones en cuanto al número de personas en prácticas por empresa, así como también, en relación con el número de personas en prácticas asignadas a cada tutor.

Un último elemento contemplado en el Borrador de Estatuto que debe ayudarnos a diferenciar las prácticas no laborales de la actividad laboral de los trabajadores por cuenta ajena se encuentra en la necesidad de que la prestación de servicios que realiza la persona en prácticas se encuentre supeditada a la formación que este debe obtener y no a la inversa. A tal efecto, el Borrador de Estatuto prevé de forma expresa que el desarrollo de la formación práctica en la empresa deberá garantizar su compatibilidad con el resto de actividad formativa en el centro de formación.

Por si todo ello no fuera suficiente, el Borrador de Estatuto incorpora de forma expresa dos potentes presunciones de laboralidad de las prácticas, a saber, cuando la actividad desarrollada sustituya las funciones de una persona trabajadora por cuenta ajena o cuando no exista una vinculación directa entre la actividad desarrollada en la empresa y el programa, currículo o competencias incluidas en el itinerario formativo al que está asociada la práctica. Ambas presunciones elevarían a rango legal estos criterios ya elaborados hace largo tiempo por la jurisprudencia para diferenciar las becas y prácticas no laborales de la relación laboral.

En definitiva, el Borrador de Estatuto incorpora suficientes indicadores con el objetivo de garantizar que nos encontramos ante auténticas prácticas no laborales y no ante relaciones laborales encubiertas, dando cumplimiento de este modo al primero de los ejes que hemos indicado que necesariamente debe contener cualquier normativa que aborde la regulación de las prácticas no laborales.

Esta clara apuesta por efectuar una mayor diferenciación entre las prácticas no laborales y la prestación de servicios de carácter laboral no ha impedido, sin embargo, que se haya dotado a las personas en prácticas no laborales de un potente “estatuto laboral”, que en muchos casos mantiene claras concordancias con derechos y deberes de carácter laboral, a saber: el derecho de información de las personas en prácticas y de

---

<sup>98</sup> Vid. DE LA CASA QUESADA, S.: “Inserción de universitarios y prácticas: ¿Un “festín” de “(falsos) becarios” y “(falsos) aprendices”?” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núms. 401-402, 2016, pág. 160.

los representantes legales de los trabajadores de la empresa en que las mismas se prestan, el derecho a la compensación de gastos y, en su caso, a unas remuneración económica, el derecho a descansos e interrupciones de las prácticas, el derecho a acceder a todos los servicios de la empresa, el derecho a la protección de la salud, etcétera. A tal efecto, el carácter no laboral de las prácticas realizadas por las personas en prácticas no puede impedir que, ante la cierta proximidad de las mismas con las prácticas laborales desarrolladas por los trabajadores, puedan extenderse a quienes las realizan derechos propios de la relación laboral, teniendo en cuenta siempre que se trata de estancias prácticas no laborales y que, en consecuencia, esta aproximación de estatutos jurídicos no puede ser plena, sino que tiene ciertas limitaciones.

En este punto, sin embargo, se echa de menos una mayor contundencia en relación con la previsión de algunos derechos de carácter laboral que deben corresponder a las personas en prácticas no laborales, como es el caso, fundamentalmente, del derecho a recibir una remuneración económica, que el Borrador de Estatuto contempla únicamente como una posibilidad y no como un derecho de la persona en prácticas<sup>99</sup>. Asimismo, también se echan de menos otras previsiones que pongan en valor el tiempo que se ha estado en prácticas no laborales, con la finalidad de que se tenga en cuenta este período a efectos de antigüedad, de eliminar los nuevos periodos de prueba, así como para que pueda ser computado a efectos de indemnizaciones por las diferentes fórmulas extintivas puestas en marcha por el empresario<sup>100</sup>.

A su vez, este potente "estatuto laboral" con el que se dota a las prácticas no laborales, también incorpora importantes deberes de las personas que las desarrollan, que también se encuentran orientados a garantizar el adecuado funcionamiento de las prácticas no laborales, que no únicamente deben formar a quien las desarrolla en contenidos y técnicas sobre el trabajo a realizar, sino también en cómo debe integrarse y comportarse el futuro trabajador en una organización empresarial. A tal efecto, el cumplimiento de los deberes de buena fe, diligencia o confidencialidad, también deben integrar los objetivos a alcanzar con las prácticas no laborales. Una vez más, para la

---

<sup>99</sup> Vid. estas y otras propuestas en MORENO GENÉ, J.: "Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional como instrumento de mejora de la empleabilidad de los jóvenes. Algunas propuestas a la espera del anunciado Estatuto del Becario. Comunicación presentada al XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, "Empleo y Protección Social", Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023.

<sup>100</sup> Vid. ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: "El becario..." cit. pág. 18. La autora mantiene que debe tenerse en cuenta este tiempo de prácticas "para generar los derechos que se vinculan a unos lapsos temporales mínimos de concierto -por ahora- laboral". En otras palabras, aboga por que se asegure que se incorporen en el haber del becario los tiempos previos becados a los efectos de consolidar derechos futuros cuando pasen a ser auténticos trabajadores, por cuenta ajena, o incluso, por cuenta propia.

consecución de estos objetivos resulta imprescindible una cierta aproximación entre los estatutos jurídicos de las personas en prácticas y de los trabajadores por cuenta ajena.

Por lo demás, el Borrador de Estatuto consolida el avance ya introducido por el RDL 2/2023 en materia de protección social de las personas en prácticas, habiéndose procedido a asimilar al colectivo de personas que desarrollan prácticas no laborales con el colectivo de trabajadores por cuenta ajena, a los efectos de su inclusión en el RGSS. A tal efecto, pese a que se sigue manteniendo que la actividad que desarrollan las personas en prácticas no constituye en ningún caso una actividad laboral, sí que se considera que las prácticas desarrolladas son muy importantes para la formación del futuro trabajador y su posterior incorporación en el mercado laboral, así como también, que las mismas son extensas y relativamente productivas desde el punto de vista económico y, por tanto, son merecedoras de una adecuada protección social. Tal vez, el Borrador de Estatuto ha desaprovechado esta oportunidad para avanzar en la protección social del colectivo de personas en prácticas, ampliando su acción protectora y, muy especialmente, dotándolos de algún tipo de protección por desempleo a la finalización de las mismas.

En definitiva, dotar a las personas en prácticas de un potente “estatuto laboral” y de una adecuada protección social, constituyen los dos principales hitos perseguidos y, en gran medida, conseguidos por el Borrador de Estatuto.

Es cierto que ante la posible aprobación del Borrador de Estatuto, algunos gestores del sector de la formación y de la educación, especialmente, de la universitaria, como siempre que hay cualquier avance en esta materia, han mostrado un cierto temor a que un marco tan “riguroso y garantista” de las prácticas no laborales pudiera comportar la disminución del número de prácticas ofertadas por empresas y otras entidades. Pero frente a estos temores, debe afirmarse con rotundidad que, tras la aprobación del Borrador de Estatuto, únicamente cabría esperar la desaparición de aquellas prácticas de nula o escasa calidad, que en ningún caso favorecen ni la formación de calidad ni la posterior inserción laboral de quienes las realizan, sino exclusivamente la voluntad de obtener mano de obra barata por parte de quienes las ofertan; por ello, únicamente cabe aplaudir con entusiasmo su desaparición.

A este respecto, el Considerando quinto de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre períodos de prácticas de calidad, indica que “los períodos de prácticas de poca calidad, en especial aquellos con poco contenido de aprendizaje, no conducen a la empleabilidad del trabajador y no benefician a nadie”. Por el contrario, en el Considerando sexto de dicha Propuesta de Directiva se indica que “está comprobado que la calidad de los períodos de prácticas y las perspectivas laborales están relacionadas. La capacidad de los períodos de prácticas para facilitar la entrada en



el mundo laboral depende de la calidad del contenido didáctico y de las condiciones laborales que ofrecen. Los periodos de prácticas de calidad motivan a los jóvenes a entrar en el mercado laboral, mejoran las perspectivas futuras y la estabilidad mental, mejoran la tasa de adaptación entre la oferta y la demanda del mercado de trabajo, aumentan la productividad y fomentan la movilidad, en particular al disminuir los costes de búsqueda y adaptación tanto para las empresas como para los trabajadores en prácticas”.

En todo caso, la regulación de las prácticas no laborales pretendida por el Borrador de Estatuto no se encuentra exenta de peligros, puesto que, la mejora del tratamiento dispensado a quienes realizan estas prácticas, tanto a nivel “laboral”, como de protección social, puede suponer el efecto no deseado de legitimar y dar carta de validez a muchas situaciones en que bajo la apariencia de prácticas no laborales se encubren lo que son auténticas relaciones laborales. En este punto, podría pensarse, incluso de buena fe, que en la medida en que estas actividades ya reciben una mínima protección “laboral” y de seguridad social por parte del ordenamiento jurídico, deberían ser más fácilmente toleradas. Por ello, una vez más, se debe ser especialmente cuidadoso a la hora de velar para que las prácticas no laborales respondan de un modo inequívoco a una finalidad formativa frente al carácter más productivo propio de toda relación laboral, si bien, somos conocedores de la dificultad que en no pocas ocasiones ello puede conllevar.

Por ello, debe valorarse muy positivamente que, junto con la regulación de esta materia que pretendía introducir el Borrador de Estatuto, se incorporaran también dos previsiones dirigidas a valorar y a controlar los resultados derivados de la aplicación de esta norma.

En primer lugar, la DA 3ª del Borrador de Estatuto recoge la previsión de crear una Comisión de seguimiento de la formación práctica en el ámbito de la empresa, con el fin de estudio y diagnóstico de la formación práctica en las empresas, con el fin de la mejora continua de estas y el refuerzo en la conexión necesaria entre el ámbito educativo y el laboral.

En segundo lugar, la DA 4ª del Borrador de Estatuto contempla de forma específica las actuaciones correspondientes a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en esta materia, previéndose al respecto que los acuerdos o convenios para la formación práctica de la empresa y los planes formativos de cada persona en formación práctica permanecerán a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero muy especialmente, que la planificación anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá la realización de actuaciones relativas al ámbito de esta norma, dentro de sus correspondientes competencias.

Para concluir este comentario cabe constatar que la frustrada aprobación del Borrador de Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa ha supuesto que de los dos pilares en los que necesariamente se debe apoyar la adecuada tipificación y normalización jurídica de las prácticas no laborales, a saber, la regulación de su estatuto “laboral” y de su protección social, únicamente ha prosperado el segundo, alcanzado mediante el RDL 2/2023 y que, como se acaba de indicar, consiste en la inclusión de las personas en prácticas no laborales en el Sistema de Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena. Frente a ello, no cabe duda que únicamente con una adecuada coordinación entre ambos pilares puede alcanzarse el objetivo último de dotar a todas aquellas personas que realizan prácticas no laborales de una imprescindible protección “laboral” y social. Esperemos que no haya que esperar mucho más para poder alcanzar este noble objetivo.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *El sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

AHUMADA VILLALBA, B.: “La beca de formación práctica con prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, 1999-I.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “La “re-inclusión” en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas”, *Temas Laborales*, núm. 122, 2013.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Las nuevas becas (prácticas) no laborales para los jóvenes: ¿obstáculo o trampolín?”, *Empleo Juvenil: un reto para Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ARMERO JIMÉNEZ, C.: “Contratos laborales encubiertos en las prácticas universitarias”, *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 2, 2023.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Las últimas reformas en materia de becas de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2013.

ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La formación dual universitaria: impresiones iniciales”, *Temas Laborales*, núm. 156, 2021.

– “El becario-trabajador”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 49, 2023.

BAVIERA PUIG, I.: “Las prácticas formativas para universitarios en el EEES”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011.

BORRAJO DACRUZ, E.: “Becario y contrato de trabajo”, *Actualidad Laboral*, 2004-II.

CAMAS RODA, F.: “La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 94, 2022.

COLLADO ROSIQUE, C. "Usos y abusos de las prácticas curriculares y extracurriculares. Los retos de las universidades y otros centros de educación", en ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.

CONFERENCIA DE RECTORES DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS: "Crue Universidades Españolas rechaza el proyecto de Estatuto del Becario", 10 de junio de 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.crue.org/2023/06/crue-rechaza-proyecto-estatuto-becario/>

COMISIONES OBRERAS: *Aprendices becarios/as y trabajo precario*, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2019.

CRISTÓBAL RONCERO, R.: "Becas y estudiantes en prácticas", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 113, 2014.

CRUZ VILLALÓN, J.: "Empleo y crisis económica", en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dir.): *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo-Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014.

DE LA CASA QUESADA, S.: "Inserción de universitarios y prácticas: ¿Un "festín" de "(falsos) becarios" y "(falsos) aprendices"?" *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núms. 401-402, 2016.

DE SOTO RIOJA, J.M.: "Becas formativas: ¿Formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?", STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de octubre de 1999 (AS 3724/1999)", *Temas Laborales*, núm. 54, 2002.

DE VAL TENA, A.L.: "Trabajo en prácticas y prácticas no laborales", *Documentación Laboral*, núm. 104, 2015.

DUQUE GONZÁLEZ, M.: *Becas y becarios*, Lex Nova Thomson-Reuters, Valladolid, 2012.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: "Las prácticas no laborales y las becas como mecanismos para favorecer la transición de la formación al empleo de los jóvenes: entre la preparación para la inserción laboral y el abuso", en VVAA: *Jóvenes y empleo. Una mirada desde el derecho, la sociología y la economía*, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud. Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD), Madrid, 2016.

ESTEVE SEGARRA, A.: "Claves para un estatuto de los becarios y la mejora de los periodos de prácticas académicas a partir del análisis de los "stages" franceses", *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017.

FABREGAT MONFORT, G.: “Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios”, *Aranzadi Social*, 2001-V.

FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Los contratos de trabajo formativos en prácticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el “trabajo formativo”, *Temas Laborales*, núm. 74, 2004.

– “La relación laboral como ámbito del trabajo formativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, 2004.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012.

GARCÍA TORRES, A.: “Un nuevo estatuto del becario”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, KRK, Oviedo, 2022.

– “El nuevo contrato formativo y el Estatuto del Becario: retos y propuestas de una regulación inacabada”, en MARTÍNEZ MORENO, C. (Dir.): *El Derecho del Trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, A Coruña, 2023.

GARCÍA VALVERDE, M.: “Naturaleza de la relación que une al “supuesto becario” con la universidad”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2005.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las becas: ¿Formación, Inserción, Prácticas Profesionales, Trabajo Asalariado?”, en CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.): *Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

GOÑI SEIN, J.L.: “Las becas y el encubrimiento de contratos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14, 1983.

– “La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas”, *Relaciones Laborales*, 1986-II.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Las relaciones colectivas en las actividades fronterizas”, Ponencia Presentada al Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, 2016.

HERNÁNDEZ DE LUZ, J.L.: “Becarios y prácticas no laborales en empresas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 128, 2017.

HIERRO HIERRO, J.: “Comentario a la S.T.S.J. Comunidad Valenciana. Sala de lo Social de 3 de febrero de 2000”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 19-20, 2001-2002.

LÓPEZ GANDÍA, J.: “Jurisprudencia sobre becas y prácticas ante el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Derecho Privado*, 1981.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Beca de estudios técnico-prácticos con opción de reingreso en una entidad bancaria", *Revista de Política Social*, núm. 99, 1973.

– "Fronteras y "zonas grises" del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2003.

MELLA MÉNDEZ, L.: "Las prácticas no laborales en empresas para jóvenes titulados: un estudio de su régimen jurídico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022.

MOLINA GARCÍA, M.: "Régimen jurídico de las prácticas no laborales en las empresas", en RAMOS, M. y ROJAS, G. (Coords.): *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2014.

MOLINA HERMOSILLA, O.: "Becas de formación convocadas por las universidades: ¿una contribución efectiva a la formación práctica de sus estudiantes? Análisis y propuestas para su adecuada regulación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Nuevos escenarios en el régimen del personal del sistema universitario español: situaciones administrativas, contratación y jubilación", en CARO MUÑOZ, A.I (Dir.): *El futuro del sistema universitario español y su nuevo marco jurídico*, La Ley, Madrid, 2023

MONTES ADALID, G.M.: "La relación del becario frente a la nueva regulación del contrato formativo. Zonas de concurrencia y elementos de distinción", *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2022.

MORENO GENÉ, J.: "La Seguridad Social de los participantes en programas de formación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 345, 2011.

– "La regulación de las prácticas no laborales en empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿un sucedáneo de contrato en prácticas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 347, 2012.

– "La nueva regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: la potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 349, 2012.

– "El impulso de la formación profesional dual en el contrato para la formación y en la formación profesional del sistema educativo. A propósito del Real Decreto 1529/2012", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 358, 2013.

- *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines: el impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, Atelier, Barcelona, 2014.
- “La inclusión “definitiva” en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 379, 2014.
- “Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los jóvenes y su protección social”, en MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. (Coords.): *Empleo Juvenil: entre el desempleo y la precariedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- “Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional como mecanismo de transición de los jóvenes de la formación al trabajo”, en MORENO GENÉ, J. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. (Coords.): *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- “El recurso fraudulento a las prácticas no laborales en empresas previstas en el Real Decreto 1543/2011 y sus efectos. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de septiembre de 2016”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017.
- “La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.
- “Prácticas no laborales de los estudiantes universitarios y titulados recientes versus relación laboral: la adecuada tutorización como factor clave”, *IUSlabor*, núm. 1, 2020.
- “El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021.
- “Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional como instrumento de mejora de la empleabilidad de los jóvenes. Algunas propuestas a la espera del anunciado Estatuto del Becario”, Comunicación presentada al *XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, “Empleo y Protección Social”, Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023.
- “La extensión de la protección social a todos los alumnos en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3, 2023.
- y ROMERO BURILLO, A.M.: “El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 152, 2022.

– y ROMERO BURILLO, A.M. y PARDELL VEÀ, A.: “Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado”, *Revista de Derecho Social*, núm. 9, 2000.

MORENO SOLANA, A.: “El Estatuto del Becario: una aproximación al Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y la representación sindical (CCOO y UGT)”. En el Bloc El Foro de Labos, de 29 de junio de 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.elforodelabos.es/2023/06/el-estatuto-del-becario-una-aproximacion-al-acuerdo-entre-el-ministerio-de-trabajo-y-economia-social-y-la-representacion-sindical-ccoo-y-ugt/>

MUÑOZ, A.B.: “Buenas prácticas relativas a la formación profesional dual en la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014.

NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (I)legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado”, *Temas Laborales*, núm. 128, 2015.

– “Novedades sobre las prácticas no retribuidas en los Estados Unidos: ¿Un cambio de rumbo en el caso del “Cisne Negro” contra la FOX?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 397, 2016.

ORTEGA LOZANO, P.G.: “La delgada línea divisoria entre una relación laboral asalariada y la remuneración o contraprestación económica del becario como zona gris del Derecho del Trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019.

PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios”, en ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.

POQUET CATALÁ, R.: “Zona gris entre la relación de becario y la relación laboral común y protección social”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016.

RAMÍREZ BANDERA, C.: “Cuando los abusos empresariales se convierten en costumbre: la insuficiente protección normativa dispensada a becarios y estudiantes universitarios en prácticas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 473, 2023.

REQUENA MONTES, O.: “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: Análisis del nonato “Estatuto del Becario”. En NET21, julio de 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.net21.org/estatuto-de-las-personas-en-formacion-practica-no-laboral-en-el-ambito-de-la-empresa-analisis-del-nonato-estatuto-del-becario/>

ROALES PANIAGUA, E.: “Prácticas no laborales: entre la formación y la empleabilidad”, en MORALES ORTEGA, J.M. (Dir.): *Jóvenes y políticas de empleo*, Bomarzo, Albacete, 2015.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Criterios de deslinde entre beca y relación laboral: a propósito de la última doctrina judicial”, *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2006.

– “La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en empresas: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Las especialidades de seguridad social de las actividades fronterizas”, ponencia presentada al *XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las fronteras del derecho del trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Córdoba, 2 y 3 de junio de 2016.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: G.: “Indicios sobre las prácticas de los becarios. Criterios judiciales sobre las mismas”, VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, en ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: “Contrato de trabajo: período de prácticas como becario en una empresa (comentario jurisprudencial)”, *Revista de Política Social*, núm. 96, 1972.

ROMERO PARDO, M.P.: “Becas, prácticas y otras formas de trabajo “pre-laborales”, en *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Junta de Andalucía. Consejo de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016.

ROJO TORRECILLA, E.: “Empleo y jóvenes. En el Bloc *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 19 de marzo de 2023. Este documento puede consultarse en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2023-06-21T08:59:00%2B02:00&max-results=5&reverse-paginate=true>

SÁNCHEZ IGLESIAS, A.L. (Coord.): *Situaciones jurídicas fronterizas con la relación laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Prácticas no laborales: avances y retrocesos en el derecho del trabajo” en MONEREO PÉREZ, J.L. (Coord.): *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

– “Cuatro razones para declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de la regulación reglamentaria de las prácticas no laborales (RD 1543/2011)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014.



SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Coord.): *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

SELMA PENALVA, A.: "Los becarios aparentes. Comentario a la STSJ del País Vasco, de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 2567)", *Aranzadi Social*, núm. 14, 2003.

– *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant Monografías, Valencia, 2007.

SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005.

SIERRA BENÍTEZ, E.M.: "Las fronteras del empleo juvenil: entre la contratación laboral y la iniciativa emprendedora", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 1, 2014.

TODOLÍ SIGNES, A.: "La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2015.

VILLALBA SALVADOR, B.: "Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1998.

# FIRMA INVITADA

Esta nueva Sección de la Revista pretende contar con las opiniones de los prestigiosos profesores que integran su Consejo Asesor y dar presencia en sus páginas a las personalidades que, desde su quehacer en la Política, el Derecho, la Economía o la Cultura, acepten la invitación de exponer sus ideas sobre el amplísimo campo de las relaciones laborales y de la protección social.

El profesor Wolfgang Däubler, que inaugura este proyecto, es un berlinés de 84 años reputado como uno de los grandes laboristas europeos de prestigio internacional. En el año 1994, el entonces Ministerio español de Trabajo y Seguridad Social tradujo su libro *Das Arbeitsrecht*, de 1990, con el título de *Derecho del Trabajo*, un voluminoso texto de 1021 páginas tan solvente como heterodoxo y polémico. En su Prólogo, el profesor Antonio Ojeda Avilés destacaba la gallardía del profesor de la Universidad de Bremen para agarrar todos los toros que nuestra disciplina ofrece por sus cuernos más afilados, habiéndose prestado durante años al asesoramiento de los Socialdemócratas y de los Verdes alemanes y, sobre todo, a las preguntas de los oyentes en un espacio radiofónico plagado de sorpresas (*Comité Ejecutivo*).

## ¿TIENE FUTURO EL DERECHO DEL TRABAJO ALEMÁN?<sup>1</sup>

Por

WOLFGANG DÄUBLER  
Catedrático (j) de Derecho del Trabajo de la Universidad de Bremen  
República Federal Alemana

[daeubler@uni-bremen.de](mailto:daeubler@uni-bremen.de)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

RESUMEN: En primer lugar, se resumen las características de la protección que aporta el Derecho del Trabajo alemán sobre el papel, lo que se denomina el *statu quo* jurídico. Seguidamente se procede a contrastar esa protección teórica con la realidad, para criticar sus numerosas deficiencias subjetivas y objetivas. Se analizan seguidamente las vinculaciones del Derecho del Trabajo con los grandes problemas de la actualidad, la globalización, la digitalización y la economía de las plataformas, el medio ambiente y el clima. Para finalizar con la exposición de posibles propuestas sobre cómo mejorar el Derecho del Trabajo, valoradas por el autor con pesimismo, habida cuenta de la formación insuficiente de los políticos, el cúmulo de intereses de

---

<sup>1</sup> Traducción española a cargo del Consejo de Redacción de la Revista, supervisada por el Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés. Catedrático (j) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Sevilla y miembro del Comité Ejecutivo de la Revista.

las grandes empresas y de los partidos políticos, la limitación de la fuerza sindical y la debilidad de los medios disponibles por los profesionales predispuestos a que las cosas pudieran cambiar.

**PALABRAS CLAVE:** El Derecho del Trabajo, en el papel y en la práctica; las deficiencias del Derecho del Trabajo alemán; la globalización; la digitalización; el medio ambiente; el clima; propuestas para mejorar el Derecho del Trabajo.

**SUMARIO:** I. Introducción: el statu quo jurídico.- II. La realidad.- III. El desafío de la globalización.- IV. El desafío de la digitalización.- V. La protección del medio ambiente y del clima: ¿es cuestión del Derecho del Trabajo?.- VI. ¿Cómo se podría mejorar el Derecho del Trabajo?

## **DOES THE GERMAN LABOR LAW HAVE A FUTURE?**

**ABSTRACT:** First, the characteristics of the protection provided by German Labor Law on paper, the so-called legal status quo, are summarized. This theoretical protection is then contrasted with reality in order to criticize its numerous subjective and objective shortcomings. The links between labor law and today's major problems, globalization, digitalization and the gig economy, the environment and the climate, are then analyzed. It ends with a presentation of possible proposals on how to improve labor law, which the author assesses with pessimism, given the inadequate training of politicians, the accumulation of interests of large companies and political parties, the limitation of trade union strength and the weakness of the means available to professionals predisposed to change things.

**KEY WORDS:** German Labor Law: theory and reality; the deficiency of the German Labor Law; the Globalization; the digitalization; the environment; the climate; proposals on how to improve Labor Law.

**SUMMARY:** I. Introduction: The legal statu quo.- II. The Reality.- III. The Challenge of the Globalization.- IV. The Challenge of the Digitalization.- V. The Protection of the Environment and the Climate ¿a question of the Labor Law?.- VI. On how to improve Labor Law.

### **I. INTRODUCCIÓN: EL STATU QUO JURÍDICO**

Para hablar del futuro ha de tenerse antes una idea realista del presente. A su vez, éste solo es comprensible visto como el resultado de un proceso histórico más dilatado en el tiempo.

#### **1. Derecho del Contrato de trabajo**

A diferencia de Francia, por ejemplo, el Derecho alemán sobre el contrato de trabajo, al igual que cualquier otra parte del mismo, no ha sido codificado. Las normas más importantes se encuentran en los §§ 611 y ss. del Código Civil Alemán (BGB) y en los §§ 105 y siguientes de la Ley Reguladora del Comercio y de la Industria (GO). Fuera de estas normativas existen numerosas leyes reguladoras de cuestiones específicas del contrato de trabajo, tales como las vacaciones, el mantenimiento del pago del salario en caso de enfermedad, el salario mínimo y la protección contra el despido.

Por otro lado, la determinación de numerosos derechos y obligaciones de los empresarios y de los trabajadores queda confiada a los Tribunales laborales, cuyas resoluciones forman una tupida red de criterios judiciales. Apenas existe una cuestión relacionada con el desarrollo de la vida laboral que no cuente con una solución en alguna de estas fuentes. Tres disposiciones legales, y la protección de los derechos de la personalidad a cargo de la jurisprudencia, han aportado en las dos últimas décadas reformas favorables para los trabajadores.

### *1.1. El control de las condiciones generales de contratación*

A partir del 1 de enero de 2002, la reforma del BGB extendió al Derecho del trabajo los principios referidos al control de las condiciones generales de la contratación<sup>2</sup>. Y no solo a las condiciones generales de la contratación, sino también a la celebración y al contenido de los contratos individuales de trabajo: La jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo (BAG) considera al trabajador como un “consumidor” en el sentido del artículo 13 BGB<sup>3</sup>, de manera que, bajo la aplicación del art. 310.3 BGB, prácticamente todos los contratos de trabajo están sometidos a un control más riguroso. Sólo en el caso de que el trabajador haya aceptado una cláusula contractual por propia decisión, existe plena libertad contractual sin traspasar el límite de la celebración de pactos inmorales o ilícitos. Pero no ha quedado definitivamente resuelto hasta qué punto se aplican a la relación laboral otros preceptos del derecho de los consumidores, en particular los deberes de información<sup>4</sup>.

Los cambios legislativos han provocado una amplia casuística<sup>5</sup> y así, por ejemplo, las cláusulas que imponen la compensación de todas las horas extraordinarias mediante una cantidad a tanto alzado suelen ser inaplicadas por falta de transparencia<sup>6</sup>. Si una prestación adicional del empresario puede ser revocada, debe éste aportar los motivos que puedan justificarla<sup>7</sup>. Y un pacto en el momento de la ruptura de la relación laboral, por el cual ambas partes renuncian a reclamaciones ulteriores, quedará tachado de

---

<sup>2</sup> Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 Noviembre 2001, BGBl I S. 3138: § 310, apartado 4, párrafo 2, BGB.

<sup>3</sup> BAG 25.5.2005 - 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111, 1115.

<sup>4</sup> Däubler, en Däubler/Deinert/Walser, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 - 310 BGB*, 5. ed., München 2021, Einl. marg. 72a.

<sup>5</sup> Perspectiva general en Clemenz/Kreft/Krause, *AGB-Arbeitsrecht. Kommentar*, 2. ed., Köln 2019; Däubler/Deinert/Walser, op.cit., y en Lakies, *Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen*, Frankfurt/Main 2014.

<sup>6</sup> BAG 22.2.2012 - 5 AZR 7665/10, NZA 2012, 861, 862

<sup>7</sup> BAG 24.1.2017 - 1 AZR 774/14, AP Nr. 10 zu § 308 BGB; BAG 20.4.2011 - 5 AZR 191/10, NZA 2011, 796.

nulidad si el trabajador no puede interponer una demanda de protección contra el despido, y el empresario no le paga ninguna indemnización por ese despido, o le paga únicamente una indemnización de muy pequeña cuantía<sup>8</sup>. El trasfondo de estos cambios ha sido la reordenación del Derecho civil en los años del primer gobierno federal conocido como 'rojiverde'. El BGB ya no adopta exclusivamente el modelo de la persona con autonomía para relacionarse con su entorno por medio de contratos libremente negociados. Antes bien, el actual BGB establece un modelo distinto, que busca la protección de las personas dependientes y subordinadas. De manera que la reforma 'socio-liberal' del BGB es hoy el signo distintivo del derecho contractual laboral<sup>9</sup>.

## 1.2. Derecho antidiscriminatorio

La Ley general de igualdad de trato" (AGG), de 14 de agosto de 2006<sup>10</sup>, transcribe las Directivas antidiscriminatorias de la UE, en particular la Directiva de no discriminación por causas de raza o etnia<sup>11</sup> y la Directiva que fija un marco general para la no discriminación en el empleo<sup>12</sup>, una transcripción que se retrasó excesivamente. Y solo cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvió en dos casos que la República Federal Alemana (RFA) había incumplido sus obligaciones, el legislador se vio obligado a reaccionar y aprobó la AGG<sup>13</sup>, una disposición legal que introduce cambios significativos en el ordenamiento jurídico laboral alemán<sup>14</sup>. Así, se amplían los motivos de discriminación, adquiriendo la que tenga a la edad como protagonista una gran relevancia.

También ha pasado a cobrar importancia la prohibición de la discriminación indirecta, para la protección destinada especialmente a los trabajadores a tiempo parcial. Asimismo, las sanciones han conocido una profunda reorganización, puesto que, además de la indemnización por los daños materiales, se añade otra indemnización por

---

<sup>8</sup> BAG 6.9.2007 - 2 AZR 722/06, NZA 2008, 219; BAG 25.9.2014 - 2 AZR 788/13, NZA 2015, 350. La legislación alemana no reconoce ningún derecho laboral a recibir una indemnización por cese, cuando el empleador extingue la relación laboral.

<sup>9</sup> Vid. Däubler, „Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts“, in: Oetker/Preis/Rieble (dirs.), *50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, München 2004, p. 3 ss.

<sup>10</sup> BGBI I S. 1897.

<sup>11</sup> Directiva 2000/43/EG del Consejo de 29.6.2000 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato sin discriminaciones por razón de raza o de origen étnico, ABI EG nº. L 180/22

<sup>12</sup> Directiva 2000/78/EG del Consejo de 27.11.2000 sobre establecimiento de un marco general para la aplicación de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ABI EG nº L 303/16.

<sup>13</sup> EuGH 28.4.2005 - C-329/04, AuR 2005, 236 y EuGH 23.2.2006 - C-43/05, NZA 2006, 553.

<sup>14</sup> Sobre la relación de la AGG con el ordenamiento anterior, vid. Däubler, en: Däubler/Beck (dirs.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar*, 5. ed., Baden-Baden 2022, Einl. marg. 32 ss.

los daños inmateriales o morales, particularmente importante para aquellos solicitantes que, anteriormente a la reforma, no habrían sido indemnizados pese a la apariencia de empleo no discriminatorio. Por su parte, los Tribunales aplican en sus propios términos la nueva legislación y la exclusión del despido, en el art. 2.4 AGG, manifiestamente contraria a la legislación de la UE, ha pasado a ser irrelevante, habida cuenta que cualquier despido discriminatorio infringe la Ley de protección contra el despido<sup>15</sup>, aparte de ser indemnizable por daños y perjuicios bajo la aplicación del art. 15 AGG<sup>16</sup>.

### *1.3. Pretensión al salario mínimo*

La Ley del Salario Mínimo, de 11 de agosto de 2014<sup>17</sup>, introdujo por primera vez en la RFA el derecho a un salario mínimo, que inicialmente ascendía a 8,50 euros/hora, incrementado sucesivamente por recomendación de una Comisión Mixta, siendo voluntad del Gobierno federal que alcanzara los 12 euros/hora en octubre de 2022. Este derecho al salario mínimo cuenta con muchas vías de protección contra las restricciones contractuales. Y la inicial y fuerte resistencia de la patronal, se ha ido haciendo menos patente.

### *1.4. Protección de la personalidad y de los derechos fundamentales en el lugar de trabajo*

En el lugar de trabajo, la dignidad personal también debe ser respetada en cuanto que sigue siendo titular de derechos fundamentales. Esta es una diferencia esencial con el Derecho del trabajo en USA, por ejemplo, en donde la esfera de la personalidad individual roza con la arbitrariedad, al ser cuestión disponible por las dos partes del contrato de trabajo y, por tanto, en la práctica, a disposición del empresario<sup>18</sup>. Pero en la RFA, según jurisprudencia del BAG, el empresario tiene una obligación tácita, nacida del contrato de trabajo, de respetar la personalidad del trabajador<sup>19</sup>. Lo que no equivale, desde luego, a un deber protector ilimitado, sino a la fijación de un equilibrio con los derechos fundamentales del empresario, que incluye sobre todo el derecho a la

---

<sup>15</sup> BAG 6.11.2008 - 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361; BAG 5.11.2009 - 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457

<sup>16</sup> BAG 12.12.2013 - 8 AZR 838/12, NZA 2014, 722; a. A. Bauer/Krieger/Günther, AGG, 5. ed., Munich 2018, § 2 marg. 69 ss.

<sup>17</sup> BGBl I p. 1348.

<sup>18</sup> Finkin, "The Protection of Employee „Personality” in the United States", *ZVglRWiss* 94 (1995) p. 109 ss.

<sup>19</sup> BAG 15.7.1987 - 5 AZR 215/86, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht; Preis, en: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (dirs.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. ed., München 2022, § 611a BGB notas 619 ss.

organización empresarial derivado de la libertad de trabajo reconocida en el art. 12.1 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB, o Constitución de la RFA). Así, aunque todo trabajador tiene el derecho fundamental de disponer de su propia imagen, como la vestimenta, el peinado, los adornos, etc., encuentra límites si el empresario, por razones comprensibles, desea imponer una presencia uniforme ante los clientes o ante el público en general<sup>20</sup>.

Pero no solo la personalidad, sino el ejercicio de los derechos fundamentales queda también protegido en el lugar de trabajo, lo que alcanza básicamente a la actividad sindical reconocida por el art. 9.3 de la Ley Fundamental, y a la libertad de opinión. Se ha resuelto que el uso de un pañuelo en la cabeza, por una mujer musulmana, constituye una expresión de la libertad religiosa<sup>21</sup> y, por tanto, sólo puede prohibirse en determinadas condiciones<sup>22</sup>. Paralelamente, una pausa de unos pocos minutos para rezar, tampoco puede prohibirse si no produce perturbaciones operativas en el proceso productivo<sup>23</sup>. Incluso si la interrupción del trabajo entraña por tal motivo una perturbación, no prevalece en todo caso el interés empresarial, sino que debe intentarse una solución de compromiso, sea un aplazamiento de la oración o un aplazamiento del trabajo<sup>24</sup>.

La decidida protección de la persona del trabajador se refuerza en la Ley de protección de datos. El legislador ha hecho uso de la autorización del art. 88 DSGVO y ha creado una norma especial para la protección de datos de los empleados en el art. 26 BDSG. En principio, todo trabajador dispone libremente del uso de sus datos (el llamado 'derecho de autodeterminación informativa'); y según el art. 26.1 BDSG, este derecho sólo puede limitarse si ello resulta imprescindible para la constitución o la ejecución de la relación laboral. Tal derecho ha originado ya una abundante jurisprudencia y así, por ejemplo, el control no comunicado sólo se autoriza si existe la sospecha, fácticamente fundada, de que el trabajador ha cometido un delito penal o una infracción grave de sus obligaciones, y siempre que no se disponga de otros medios menos drásticos para comprobarlo<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> BAG 1.12.1992 - 1 AZR 260/92, NZA 1993, 711, 712.

<sup>21</sup> BAG 10.10.2002 - 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483.

<sup>22</sup> Por ejemplo, se acepta la prohibición de utilizar empleados judiciales, habida cuenta de la neutralidad del poder judicial: BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) 14.1.2020 - 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049.

<sup>23</sup> LAG Hamm 18.1.2002 - 5 Sa 1782/01, NZA 2002, 675.

<sup>24</sup> LAG Hamm 26.2.2002 - 5 Sa 1582/01, NZA 2002, 1090.

<sup>25</sup> BAG 29.6.2017 - 2 AZR 597/16, NZA 2017, 1179, 1182; BAG 31.1.2019 - 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893

## 2. Derecho de protección de la salud laboral

De la protección de la salud en el lugar de trabajo se ha ocupado la jurisprudencia menos que del contrato de trabajo, e igualmente ha ocurrido con la doctrina en el debate académico. Además de las disposiciones generales que exigen la minimización de los riesgos para la salud, existen disposiciones sectoriales específicas sobre la prevención de accidentes de trabajo, provenientes de las instituciones aseguradoras de tal riesgo profesional. El enfoque tradicional en Alemania ha consistido en fijar objetivos y prohibiciones específicas, y en las últimas décadas la legislación de la UE se ha ocupado principalmente de los aspectos instrumentales. Por ejemplo, según el art. 5 de la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo, ha de realizarse una evaluación de los posibles riesgos en cada lugar de trabajo, con examen y registro de todos ellos y con las propuestas necesarias en las materias de seguridad y de salud.

La mayor parte de los litigios surgen respecto de la legislación sobre el tiempo de trabajo. Mediante la Ley de Horarios Laborales, de 1994, el legislador alemán suprimió normas específicas de protección para las mujeres trabajadoras, como la tradicional prohibición del trabajo nocturno, procurando limitar los riesgos para la salud de ambos sexos. En la actualidad, la atención mira a la doctrina del TJUE, según la cual, por ejemplo, los servicios de guardia se califiquen como 'de trabajo' alterando de ese modo la interpretación precedente<sup>26</sup>.

## 3. Derecho de negociación colectiva

Según la legislación alemana, los convenios colectivos sólo pueden ser celebrados por los sindicatos, habida cuenta de su capacidad para ejercer presión sobre la contraparte, y de disponer de recursos suficientes para el cumplimiento de los pactos celebrados. En todo caso es difícil crear nuevos sindicatos, y los sindicatos de sector, como los de médicos clínicos, conductores de locomotoras, pilotos, auxiliares de vuelo y controladores aéreos, suelen consolidarse a partir de las asociaciones profesionales preexistentes.

Los convenios colectivos pueden celebrarse indistintamente con una asociación patronal o con un empresario individual y sus efectos solo afectan a los miembros de las organizaciones negociadoras o de la empresa. No obstante, los trabajadores no

---

<sup>26</sup> Fundamentalmente, EuGH 3.10.2000 - C-303/98, AuR 2000, 465 - SIMAP. Sobre estudios posteriores, vid. Buschmann, en Buschmann/Ulber, *Arbeitszeitrecht. Kompaktkommentar*, Frankfurt/Main 2019, Einl. margs. 40 ss.



sindicados suelen ser también beneficiarios de los convenios colectivos porque en los contratos de trabajo se remite al convenio colectivo correspondiente. Sin embargo, este efecto requiere que el empresario pertenezca como miembro a la organización parte del pacto. Por lo demás, la remisión al convenio colectivo impide que los trabajadores se afilien a un determinado sindicato para beneficiarse de los derechos del convenio colectivo. Y, respecto de los empresarios no vinculados por convenios colectivos, lo normal es que apliquen únicamente algunas cláusulas determinadas de los convenios celebrados en el sector, como pauta para determinar la estructura salarial y el tiempo de trabajo independiente.

Dicho cuanto precede, los convenios colectivos pueden declararse de aplicación general en virtud del art. 5 de la Ley de Convenios Colectivos (TVG); y, en tal caso, obligan a todos los empresarios y a todos los trabajadores del sector de que se trate. No obstante, la declaración de aplicabilidad general requiere la concurrencia de numerosos requisitos previos y exige, además, la solicitud conjunta de las partes del convenio colectivo, por lo que se trata de un supuesto muy poco utilizado en la práctica.

Los trabajadores desplazados a la RFA por un empresario extranjero, para trabajar a su cargo y beneficio durante un cierto periodo de tiempo, quedan sujetos a la Ley de Trabajadores Desplazados<sup>27</sup>, que obliga a aplicarles la legislación alemana sobre salario mínimo y otras normas mínimas e incluso, en determinados casos, los convenios colectivos.

#### 4. Derecho de huelga

El derecho de huelga en la RFA sólo puede ejercerse a través de los sindicatos, pero no a través de un colectivo informal de trabajadores. Además, según la jurisprudencia del BAG, el derecho de huelga se limita a los objetivos fijados en los convenios colectivos. En el ámbito así delimitado, se reconoce la libertad de elección de entre los diversos medios de acción sindical, como la declaración de huelgas de solidaridad en apoyo de otro sindicato implicado en un conflicto de negociación colectiva<sup>28</sup>. Y, según la jurisprudencia, también es lícita una 'flash mob', o sea, una reunión espontánea de personas que, por ejemplo, paralicen un supermercado durante dos horas<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Arbeitnehmer-Entsendegesetz de 20 Abril 2009, BGBl I S. 799; la versión original, referida básicamente al sector de la construcción, data del 26.2.1996, BGBl I p. 227.

<sup>28</sup> BAG 19.6.2007 - 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Detalles en Rödl, en: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, 4. ed., Baden-Baden 2018, § 17 margs. 94 ss.

<sup>29</sup> Esa es la situación en BAG 22.9.2009 - 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, confirmado por BVerfG 26.3.2014 - 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493.

## 5. Representación de los trabajadores en la empresa

El comité de empresa, elegido por el conjunto de los trabajadores, ha de ejercer sus derechos durante la jornada laboral. De acuerdo con la Ley de Representación de los Trabajadores en la Empresa (BetrVG) de 1972, le corresponde el derecho de cogestión en determinadas cuestiones, como las horas extraordinarias o las prácticas salariales. El derecho de cogestión implica que cualquier medida adoptada por el empresario sin el consentimiento del comité de empresa carece de validez, hasta el extremo de que el comité puede conseguir una orden judicial del tribunal laboral competente, que prohíba al empresario repetir su conducta. Si no se alcanza un acuerdo voluntario entre el comité de empresa y el empresario, la decisión corresponde a una Junta de Conciliación paritaria, con igual número de representantes de cada parte, y un presidente neutral.

En los cincuenta años transcurridos desde 1972, los cambios introducidos en la BVG han sido muy poco significativos. Sí ha revestido importancia la interpretación jurisprudencial del alcance del derecho de cogestión. Y así, con base en el art. 87.1, nº 6 BetrVG, se considera sujetos al derecho de cogestión la introducción y el uso de equipos técnicos por el empresario, encaminados a controlar la conducta y el rendimiento de los trabajadores. De otro lado, reiterada jurisprudencia considera suficiente que el 'dispositivo técnico' -por ejemplo, un programa informático- sea capaz de realizar el control por sí mismo, sin que además concurra la intención de controlar. Del mismo modo, se entiende suficiente que la información obtenida mediante ese dispositivo no permita una declaración sobre la conducta y el rendimiento, sin que sea exigible otro proceso o dispositivo informativo<sup>30</sup>. Así, por ejemplo, la instalación de una cámara de vídeo sólo es lícita con el consentimiento del comité de empresa; e igualmente la decisión de ubicar los vehículos con ayuda del GPS.

## 6. Reclamaciones laborales

Si no se satisfacen las reclamaciones derivadas del contrato de trabajo o de lo dispuesto en las leyes, puede el trabajador interponer una demanda ante el Juzgado de lo Social. El cumplimiento de la Ley de protección laboral, incluida la Ley del tiempo de trabajo, debe ser garantizado por la Inspección de Trabajo. Y la autoridad supervisora de

---

<sup>30</sup> BAG 6.12.1983 - 1 ABR 43/81, AP Nr. 7 sobre § 87 BetrVG 1972 Supervisión; BAG 23.4.1985 - 1 ABR 38/81, AP Nr. 11 sobre § 87 BetrVG 1972; BAG 13.12.2016 - 1 ABR 7/15, ZD 2017, 437.

la protección de datos, es responsable de la protección de los datos de los trabajadores y el denominado control financiero del trabajo ilícito ha de garantizar el pago efectivo del salario mínimo.

## II. LA REALIDAD

Si nos fijamos únicamente en la legislación y en la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia, la impresión es muy positiva: el Derecho del trabajo alemán cuenta con una amplia protección y libertades. Podría decirse que este ámbito del ordenamiento jurídico es un candidato ejemplar para el pabellón alemán en la próxima Exposición Universal. Pero tal primera impresión es engañosa.

### 1. Trabajo dependiente sin (total) protección

La práctica laboral alemana muestra que a numerosos trabajadores no se les aplica el régimen jurídico anteriormente expuesto, o solo se les aplica en casos excepcionales. Cabe distinguir al respecto cinco grupos:

Los trabajadores temporales se encuentran en situación de mayor dependencia: Si pretenden continuar duraderamente en la empresa -como es lo normal- deben comportarse de forma prudente para resultar de especial conveniencia a ojos del empresario. No exigirán el pago de las horas extraordinarias y no protestarán si se supera el límite máximo de las horas de trabajo realizadas, hasta diez horas al día. Tampoco se afiliarán a un sindicato ni se presentarán como candidatos al comité de empresa, porque eso podría significar su definitiva salida de la empresa.

Los trabajadores a tiempo parcial, con salarios mensuales de 520 euros o incluso inferiores, perciben en efecto un salario indigno. Además, están excluidos de la seguridad social, por lo que tienen que asegurarse ellos mismos en garantía de cuidados médicos y, en su momento, del acceso a una pensión. Si no disponen de otra fuente de ingresos, se ven obligados a solicitar la asistencia social mínima del Estado ('Hartz IV'), para cuya obtención se requiere que su patrimonio sea reducido.

En la RFA, los trabajadores temporales perciben, como media, un 30% menos que los trabajadores fijos equiparables, lo que se debe a los convenios colectivos celebrados por los sindicatos de la DGB. De modo que estos trabajadores temporales son tratados desigualmente por sus empresarios, que incluso pueden proceder a su despido en cualquier momento, sin necesidad de concurrencia de causa justa. Si el empresario no tiene otra posibilidad de mantenerlos en la empresa pueden ser despedidos. Y cuando se produce un descenso del volumen de negocio en la empresa a la que pertenecen, se

les despide antes de despedir a un trabajador fijo. De tal manera que operan como una especie de 'dispositivo regulador' de la política de empleo.

Una función similar a la de los trabajadores cedidos desempeñan las personas incorporadas a la empresa por su empleador en virtud de contratos civiles de obra o de servicios. Su nivel de integración en la empresa es menor que la de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. Y, aún más grave, es que ni siquiera se atreven a ejercitar los derechos recortados que se les reconocen, constituyendo una verdadera 'reserva de flexibilidad'.

Los trabajadores autónomos sin asalariados propios (*Solosebständige*) suelen depender económicamente de su empresario principal y no tienen acceso al mercado de trabajo. Su relación laboral carece de permanencia, con remociones de un día para otro. Tampoco suelen estar incluidos en el sistema de seguridad social ni en el seguro de desempleo.

Estos cinco grupos de trabajadores constituyen aproximadamente, en la RFA, un tercio de todos los trabajadores por cuenta ajena<sup>31</sup>. Suelen denominarse 'empleados o trabajadores precarios', a los que no se les aplica el salario mínimo, en tanto que el control de observancia respecto de las condiciones generales, protección discriminatoria y derechos fundamentales en el lugar de trabajo son simplemente teóricos a causa de su debilidad contractual y a falta de información de sus derechos para reclamarlos adecuadamente, por lo que no se cuenta con jurisprudencia respecto de ellos. Se piensa que la afiliación sindical o la iniciativa de integrar un comité de empresa pondría en peligro la propia viabilidad de la misma. En cuanto a los convenios colectivos, sólo se aplican a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, cumpliendo sin embargo más que una función protectora, una función 'marginal'.

## 2. Deficiencias prácticas

¿Pueden al menos los dos tercios restantes de trabajadores demandar el nivel de protección jurídico-laboral vista en el apartado anterior? Pues ni siquiera ese nivel está generalmente garantizado. Sólo un porcentaje aproximado del 51% de los trabajadores alemanes están incluidos en convenios colectivos<sup>32</sup>. En tal porcentaje entran los

---

<sup>31</sup> No se incluyen las personas que trabajan ilegalmente en Alemania y que no quedan recogidas en las estadísticas. Si bien el art. 98a de la Ley de residencia les reconoce derecho a reclamar por los salarios correspondientes al trabajo ya realizado, se trata de un derecho ineficaz en la práctica. Su nivel salarial es menor al de los grupos mencionados. En igual sentido, Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (dirs.), *Arbeit in der Illegalität. Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, Frankfurt/New York 2012.

<sup>32</sup> "Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung - Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel", 19. Mai 2021 (IAB = Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der

trabajadores no sindicados, cuyo contrato de trabajo remite a un convenio colectivo. La situación respecto de los comités de empresa es todavía menos satisfactoria, porque sólo se eligen estos comités en el 9% de todas las empresas afectadas por la BetrVG. Como tal situación influye más en las grandes que en las pequeñas empresas, solo cerca del 40% de los trabajadores incluidos en la ley quedan representados por un comité de empresa<sup>33</sup>. De manera que la constitución y funcionamiento de los comités de empresa se ha convertido en un fenómeno minoritario, hasta el extremo de que, en el año 1996, únicamente quedaban cubiertos por ese derecho legal una mitad aproximada de los trabajadores<sup>34</sup>. Esa falta de convenios colectivos y de comités de empresa ha privado a los trabajadores de protección colectiva. E incluso los derechos individuales que tanto desarrollo han tenido en los últimos veinte años, no son de fácil ejercicio.

Fuera del sector público, normalmente se acude a los tribunales laborales solo cuando la relación laboral ha terminado. Muchos empresarios consideran que una reclamación, estando vigente la relación laboral, constituye una deslealtad, lo que dificulta la progresión profesional en la empresa y llega incluso a poner en peligro el puesto de trabajo. Por tal razón, los empleados suelen abstenerse de ejercer sus derechos ante los tribunales. Las excepciones - el empleado próximo a la jubilación, mirado con recelo por el empresario, acepta las represalias porque desea abandonar la empresa de todos modos - carecen de importancia en el conjunto de los casos.

Existe, además, una segunda deficiencia en la actuación de los tribunales, puesto que con frecuencia pasarán dos años antes de contar con una resolución jurídicamente vinculante. Durante ese periodo, el empresario tiene manos libres para crear nuevas situaciones, como por ejemplo la de cubrir el puesto de trabajo o proceder a una reorganización que desmerezca la reclamación. Y las posibilidades de cambiar este panorama son difíciles, porque en la práctica prevalecen los pactos por los cuales el empleado acepta su salida de la empresa a cambio de una indemnización más o menos elevada.

De manera que, para garantizar la aplicación efectiva de la legislación laboral, sería imprescindible incrementar la intervención de las entidades estatales, dotándolas además de medios y recursos suficientes. Solo así estarían en condiciones de imponer el cumplimiento de la normativa laboral por medio de decisiones administrativas

---

Bundesagentur für Arbeit). El porcentaje en Alemania occidental alcanza el 53% y en Alemania oriental el 43%. Cfr. <https://www.betriebsratspraxis24.de/gewerkschaften-tarifwesen/iab-betriebspanel-anhaltender-abwaertstrend-bei-tarifbindung-und-betrieblicher-mitbestimmung-9152/> (7.2.2022).

<sup>33</sup> Tales resultados de 2020 se derivan del panel de establecimiento, cfr. <https://www.betriebsratspraxis24.de/gewerkschaften-tarifwesen/iab-betriebspanel-anhaltender-abwaertstrend-bei-tarifbindung-und-betrieblicher-mitbestimmung-9152/> (7.2.2022).

<sup>34</sup> <https://www.mitbestimmung.de/html/mitbestimmung-in-zahlen-14186.html> (8.3.2022).

inmediatamente ejecutivas, imponiendo, si necesario fuera, multas económicas. Cuantías económicas que no siempre beneficiarían al Estado sino que, en ocasiones, podrían destinarse a mejorar la situación del empleado que hubiera sufrido perjuicios por el incumplimiento de la ley, por ejemplo, cuando haya recibido su salario con retraso o cuando haya sido injustamente despedido<sup>35</sup>.

### 3. ¿Cabe encontrar alguna solución?

El trabajo y las relaciones laborales precarias difícilmente pueden convertirse, de la noche a la mañana, en relaciones laborales estables, con salarios que permitan un nivel de vida adecuado. En el mejor de los casos, pueden conseguirse resultados individualizados. En este orden de cosas, la legislación laboral del mar merece tenerse en cuenta. La Ley del Trabajo Marítimo, que toma como referencia el Convenio sobre el Trabajo en el Mar<sup>36</sup>, trata unitariamente a todos cuantos trabajan en un buque de navegación marítima, bajo la aplicación del art. 4, apartado 2, regulador de determinados principios sustantivos<sup>37</sup>. Esa regulación afecta igualmente a los trabajadores temporales y a todos los contratados, sin perjuicio de que su empleador sea “externo”. De todas las reclamaciones que se realicen contra el empleador, se genera una responsabilidad directamente exigible frente al armador del buque<sup>38</sup>. Esta regulación legal ofrece la ventaja de quedar vinculada a una cierta forma de cooperación efectiva, que suele determinar los mismos problemas para todos. Porque desde esa perspectiva resulta asequible prescindir de la variedad de formas de empleo, incluyendo incluso a los trabajadores autónomos. La pregunta que surge es ¿por qué una solución similar no puede ser aplicable a otras empresas?

Cuestión diferente es la inaplicación de las normas laborales. Si se obliga a respetar la legislación en un 99% de los casos, se establece la igualdad de condiciones entre las empresas: el rigor vinculado al cumplimiento de la ley y las (en ocasiones) cargas económicas subsiguientes, no solo afectan a los que actúan correctamente, sino a (casi) todos. De manera que la resistencia habría de ser menor en este caso, que en el caso de equiparar los trabajadores precarios al resto de la plantilla.

---

<sup>35</sup> En la legislación china existen soluciones parecidas. Vid. art. 82 ss. de su Ley de Contrato de Trabajo, en *RdA* 2008, 143 s. Ejemplo: si el empleado carece de contrato de trabajo por escrito, pasado un mes desde la contratación, el derecho al salario se duplica.

<sup>36</sup> De 20.4.2013, BGBl I S. 868, modificada finalmente por la ley de 20.3.2019 (BGBl I S. 346).

<sup>37</sup> Sobre el tema Noltin, en: Bubbenzer/Noltin/Peetz/Mallach, *Seearbeitsgesetz. Kommentar*, München 2015, § 4 marg. 9 ss.

<sup>38</sup> Otros detalles en Maul-Sartori, “Das neue Seearbeitsrecht”, *NZA* 2013, 821; Zimmer, *Umsetzung des Seearbeitsübereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation*, *EuZA* 2015, 297.

### III. EL DESAFÍO DE LA GLOBALIZACIÓN

Las posibilidades de actuación de muchas empresas se han visto muy favorecidas desde que se suprimieron en gran parte los derechos de aduana, de modo que todas ellas disponen de libertad para invertir en otros países y crear filiales en los mismos, un cambio que también repercute en el Derecho del trabajo.

#### 1. La compulsión de la competencia

Los mercados mundiales dan lugar a que, en países distintos, se produzcan bienes de la misma calidad a precios mucho más baratos. Esa situación fuerza a las empresas nacionales a reducir los costes unitarios, lo que se realiza con frecuencia a expensas de los trabajadores. Así, el trabajo se alarga en el tiempo y/o en el aumento de su intensidad, lo que resulta más sencillo, puesto que la intensidad en la labor es de medición complicada y no aparece suficientemente regulada por la ley. Otras veces ocurre que la producción se paraliza en el país y se traslada a países extranjeros con costes más bajos, con el fin de compensar la desventaja competitiva existente, lo que a su vez determina la pérdida nacional de puestos de trabajo.

#### 2. ¿Huelga contra la deslocalización?

Esa deslocalización de la producción también puede deberse a otras causas. Y no está claro si existen medios legales de defensa a favor de los trabajadores afectados. El BAG ha dejado abierto el tema relativo a si la decisión empresarial de deslocalización puede ser objeto de un convenio colectivo y de una huelga<sup>39</sup>. Sin embargo, no se discute en absoluto el planteamiento de un conflicto sobre la “gestión de las consecuencias”, traducido por ejemplo en una prórroga de los plazos de preaviso, en la elevación de las indemnizaciones por despido y en la asunción de los costes de reciclaje, en la medida en que éstos no corran a cargo del sector público<sup>40</sup>. El BAG se ha opuesto de modo expreso a revisar las exigencias de la negociación colectiva bajo la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>41</sup>. Un criterio extensivo al supuesto de que el importe de las reclamaciones sea tan alto, que el posible traslado deje de ser económicamente conveniente<sup>42</sup>. En un caso tal, se reclamó ampliar los períodos de preaviso a un año y

---

<sup>39</sup> BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Tz. 111.

<sup>40</sup> LAG Niedersachsen 2.6.2004 - 7 Sa 819/04, NZA-RR 2005, 200; LAG Schleswig-Holstein 27.3.2003 - 5 Sa 137/03, NZA-RR 2003, 592 = AuR 2004, 152.

<sup>41</sup> BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987.

<sup>42</sup> BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Tz. 112.

continuar pagando los salarios durante tres años, incluyendo los costes de formación adicional<sup>43</sup>. Por otro lado, la decisión de deslocalización puede dar lugar a la declaración de una huelga.

### **3. ¿Transferencia de los contratos de trabajo a un adquirente extranjero?**

Por el contrario, el art. 613a BGB, que transpone al derecho alemán la Directiva UE sobre la transmisión de empresas, ofrece escasa protección. Aunque es aplicable si una empresa se traslada a un tercer país (en este caso concreto a Suiza), la ley aplicable a la relación laboral cambiará normalmente a tenor del art. 8, apartado 2 Roma I-VO, porque el lugar de trabajo permanente estará en el futuro en otro país distinto<sup>44</sup>. Por otra parte, no existe especial propensión de los trabajadores a trasladar su núcleo vital a país distinto del suyo. Y, en algunas ocasiones, ni siquiera concurren los requisitos exigidos para una transferencia de las actividades negociales, en cuanto que no se cambian a otro país ni los medios de producción ni la organización empresarial.

### **4. ¿Debilidad de la cogestión en la empresa?**

Cuando una empresa alemana dispone de filiales en el extranjero, los comités de empresa allí establecidos no se integran en el modelo alemán, lo que implica que no pueden enviar delegados al comité de empresa del Grupo empresarial. Ello es una consecuencia del llamado principio de territorialidad, conforme al cual la BetrVG no tiene efectos jurídicos fuera del territorio alemán<sup>45</sup>. Lo cual supone que los órganos alemanes de representación de intereses tienen derecho a la cogestión, si bien afecta predominantemente a los trabajadores extranjeros de la misma empresa o del Grupo empresarial. Una modificación de este régimen, en el marco de la UE, no ha sido acogida de momento por el TJCE<sup>46</sup>.

Se cuestiona más aún cuanto se refiere a los altos directivos de una empresa alemana en el extranjero. Al existir una representación estatutaria de los intereses a nivel del grupo, los trabajadores alemanes y sus representantes quedan excluidos de toda influencia. Y, conforme al principio de territorialidad, existen comités de empresa o comités generales de empresa en las filiales alemanas, pero sus derechos de cogestión se encuentran muy depreciados en la práctica, puesto que no pueden negociar con los auténticos responsables de la toma de decisiones. Pueden recurrir a la Junta de

---

<sup>43</sup> Vid. los casos de LAG Niedersachsen y LAG Schleswig-Holstein.

<sup>44</sup> BAG 26.5.2011 - 8 AZR 37/10, NZA 2011, 1143.

<sup>45</sup> BAG 1.10.1974 - 1 ABR 77/73, AP Nr. 1 sobre § 106 BetrVG 1972, jurisprudencia consolidada.

<sup>46</sup> EuGH 18. 7. 2017 - C-566/15, NZA 2017, 1000 - Erzberger.



conciliación en caso de desacuerdo, pero este procedimiento sólo es viable en casos excepcionales. De manera que los comités de empresa afrontan graves dificultades para acudir con normalidad a esta vía, lo que conduce a que su actividad se desempeñe en situación de permanente conflicto. Además, en el supuesto de que no proceda, existe el peligro de que la empresa central minusvalore a su filial, no asignándole por ejemplo nuevas tareas o incluso amenazándole con su clausura. Si la cúspide extranjera de un grupo controla varias empresas alemanas, el BAG interpreta que sólo puede constituirse un comité de empresa de grupo si existe una "central alemana"<sup>47</sup>. En los demás casos, la cogestión a nivel de grupo o consorcio queda sin contenido<sup>48</sup>.

## 5. La defensa del Derecho del trabajo en un mundo globalizado

La globalización de los mercados no debe conducir al 'dumping social', o sea a un escenario en el que los productos fabricados con los costes laborales más bajos desborden a todos los competidores. En principio, los sindicatos se enfrentan aquí a los mismos problemas que en las épocas remotas: ¿Cómo impedir la competencia entre trabajadores mediante la acción colectiva? La legislación actual ofrece pocos puntos de apoyo para ello.

En la UE puede constituirse un comité de empresa europeo para las empresas que empleen al menos a 1.000 trabajadores, 150 de los cuales trabajen en dos Estados miembros. Se le reconocen los derechos de información y de consulta cuando una decisión de la empresa afecta a establecimientos situados de más de un Estado miembro. Esto permite dificultar la aplicación de ciertas medidas en determinadas circunstancias, pero no impedirla porque la libertad decisional de la dirección permanece sin merma. Y solo muy raramente se suscita la cuestión acerca de si un comité de empresa europeo puede organizar una huelga. Tampoco han sido muchos los casos en los que se han realizado actuaciones transfronterizas, y cuando han ocurrido la participación significativa ha sido sindical, en tanto que el comité de empresa europeo ha desempeñado el papel de sede en la que establecer los contactos<sup>49</sup>.

Los derechos de información de un comité de empresa alemán frente al empresario se extienden también a las relaciones con las sucursales extranjeras del grupo, pudiéndose obtener las informaciones a través de los contactos directos con ellas. De

---

<sup>47</sup> BAG 14.2.2007 - 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 sobre § 54 BetrVG 1972; BAG 23.5.2018 - 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 sobre § 54 BetrVG 1972.

<sup>48</sup> Críticamente Deinert, *Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung*, Frankfurt/Main 2021, p. 41 ss. mwN.

<sup>49</sup> Descripción general por Däubler, en: Däubler/Klebe/Wedde (dirs.), *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 18. ed., Frankfurt/Main 2022, Vorbem. EBRG marg. 28 ss.

modo que forma parte de sus competencias reunirse presencial o telefónicamente con los representantes de intereses de esas sucursales para plantear similares reivindicaciones. Según el art. 40 BetrVG, el empresario debe poner a su disposición los medios necesarios incluidos los intérpretes<sup>50</sup>. De este modo, podría crearse poco a poco una red de relaciones basada en la confianza mutua. En la práctica, sin embargo, los contactos transfronterizos de este tipo han sido hasta ahora una rara excepción.

Las correcciones sociales del mercado mundial podrían esperarse de los convenios de la OIT y de las cláusulas sociales de los acuerdos comerciales. A pesar de varios intentos, ninguno de estos instrumentos se ha convertido todavía en una pauta de actuación en Alemania<sup>51</sup>.

#### IV. EL DESAFÍO DE LA DIGITALIZACIÓN

##### 1. Derecho del trabajo y cambio tecnológico

“Tecnología diferente es igual a Derecho diferente”. Algunas aportaciones sobre la digitalización de los procesos de trabajo se conciben como si esta perspectiva pseudo-materialista se tratara de algo normal, de una cuestión de rutina. Se habla de ‘trabajo digital’ o, más modernamente, de “Trabajo 4.0”. La relación hombre-máquina será absolutamente diferente de la actual, porque la persona se convertirá en un apéndice de los grandes sistemas autocontrolados<sup>52</sup>. La evolución que se avista es disruptiva, porque las novedades surgirán explosivamente y no mediante un proceso gradual.

Los empresarios aparecerán y desaparecerán con mayor rapidez en este nuevo mundo que en el mundo analógico<sup>53</sup>. La comunicación personal se realizará fundamentalmente con las máquinas y no con los trabajadores y los frecuentes cambios de lugar y modos de actuación dificultarán cualquier manifestación solidaria, muy en particular la constitución de sindicatos y de comités de empresa<sup>54</sup>. Difícil es eliminar la

---

<sup>50</sup> Bobke-von Camen, “Kommunikation zwischen betrieblichen Interessenvertretungen, AiB 1989, 231 s.; Wedde”, en: Däubler/Klebe/Wedde, *ibidem.*, § 40 Rn. 24; Fitting, *Kommentar zum BetrVG*, 30. ed., München 2020, § 40 marg. 49. En la jurisprudencia: ArbG München 29.8.1991 - 12 BV 53/91, *AiB* 1991, 429 (Vuelo de München a Wien para tratar de la estrategia con la dirección de USA); LAG Niedersachsen 10.6.1992 - 5 TaBV 3/92, *DB* 1993, 1043 (Viaje a Bruselas porque allí se negociaban los planes de fusión de la patronal).

<sup>51</sup> Para más detalles, ver las contribuciones en: Schlachter/Heuschmid/Ulber (dirs.), *Arbeitsvölkerrecht*, Tübingen 2019.

<sup>52</sup> Sobre ello y lo siguiente Giesen/Kersten, *Arbeit 4.0. Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt*, München 2017.

<sup>53</sup> Giesen/Kersten, *op.cit.*, p. 39.

<sup>54</sup> Giesen/Kersten, *op.cit.*, pp. 40, 43.

sospecha de que apenas se mantendrá en pie la actual protección del Derecho del Trabajo.

Una contemplación de la historia suscita dudas previas sobre semejantes suposiciones, porque el Derecho del Trabajo alemán de 2020 es muy parecido en sus estructuras básicas al Derecho del Trabajo alemán de 1920: los contratos de trabajo eran y siguen siendo una modalidad especial de contrato. La protección de la salud en el lugar de trabajo está asimismo garantizada por la ley, había y continúa habiendo comités de empresa, negociación colectiva y, de vez en cuando, conflictos laborales. Y ello a pesar de que las 'máquinas', o soporte operativo de las empresas, han adoptado formas diferentes de organización, de que la dirección actúa conforme a criterios y 'teorías' distintas, de que el nivel de desarrollo económico es incomparablemente superior y de que la competencia nacional e internacional no tiene nada que ver con la de cien años atrás.

Una atenta mirada a la situación, muestra que el Derecho del Trabajo tiene características que le atribuyen un alto grado de adaptabilidad. El Derecho del Trabajo dispone de numerosas cláusulas generales que los tribunales concretan a la vista de cada caso. Las obligaciones accesorias de las relaciones laborales y la 'causa justificada' para la resolución del contrato sin guardar el preaviso, son ejemplos que se repiten en casi todos los ordenamientos jurídicos. En ocasiones la jurisprudencia crea sus propias cláusulas generales, y así los tribunales alemanes exigen la ponderación circunstanciada de los intereses en juego, en los supuestos de despido debidos a comportamiento personales, algo que no está siquiera insinuado en la literalidad de la ley<sup>55</sup>.

Además, el Derecho del Trabajo cuenta con procedimientos propios que, más allá de los procesos judiciales, son aptos de valorar las circunstancias específicas de cada caso. La autonomía de los convenios colectivos, además de constituir una forma de cogestión democrática de los trabajadores, respecto de sus condiciones de trabajo, es a la vez un medio que diferencia las singularidades de cada sector y de cada empresa, siendo así que la limitación de su vigencia añade un elemento complementario de flexibilidad. En lo referente a la legislación sobre la salud y la seguridad, frente a situaciones específicas de peligro variables, el procedimiento de evaluación de los riesgos, por ejemplo, garantiza la adopción de las medidas de protección adecuadas.

Por otra parte, el Derecho del Trabajo ha desarrollado un amplio conjunto de instituciones jurídicas que exceden los acontecimientos para los que fueron creadas,

---

<sup>55</sup> Pruebas en Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (dirs.), *Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis*, 11. ed., Frankfurt/Main 2020, § 1 KSchG marg. 109 ss., 134 ss., 149 (despidos vinculados con la persona del trabajador), 707 ss. (despidos vinculados con el comportamiento del trabajador - Däubler).

como la que podría denominarse 'relación laboral indirecta', con diversos ejemplos clásicos muy conocidos, como elevar a la condición de trabajadora a la asistente o a la misma esposa del empleador, frente al cual puede plantear reclamaciones porque su trabajo, y el de aquellas otras personas, acaba por beneficiar a aquel en el que recaen los frutos o utilidades del trabajo.<sup>56</sup> Un modelo jurídico que puede trasladarse a diversas modalidades actuales de contratación de personal<sup>57</sup>.

Así pues, el problema no se encuentra en la pregonada 'rigidez' del Derecho del Trabajo como mantienen los críticos neoliberales. Muy al contrario, sus normas abren un amplio espacio a todo tipo de trabajos, como el que se realiza en cadenas de montaje, o los servicios de enfermeras o las tareas de los aplicadores de software. Y también permite procesar los nuevos progresos técnicos, de manera que el uso masivo de ordenadores en el lugar de trabajo -la más relevante manifestación de la digitalización- no ha alterado los principios jurídicos practicados anteriormente, con excepción de la legislación relativa a la protección de datos, regulada legalmente por vez primera en 1977.

## 2. ¿Está creando la digitalización nuevas situaciones?

Sin especular sobre el trabajo digital del futuro, hoy ya se identifican tres fenómenos que ponen a prueba la adaptabilidad del Derecho del trabajo. Muchos trabajadores reciben ordenadores portátiles, tabletas o teléfonos inteligentes, para su utilización fuera de su jornada de trabajo en la empresa. De tal manera que quedarán accesibles permanentemente. Pero ese no es el aspecto crucial: con el uso de estos dispositivos se puede trabajar en cualquier momento, siempre que haya acceso a los sistemas informáticos de la empresa o a Internet. De modo que, actualmente, es posible trabajar en cualquier circunstancia y en cualquier lugar, lo que plantea dificultades de registro del tiempo de trabajo efectivo, con riesgo de medición incorrecta del mismo, pese a la última jurisprudencia del TJUE<sup>58</sup>. Esas prolongadas jornadas de trabajo, unido a la abundante información a procesar, y al 'no desconectarse nunca de la empresa', dan como resultado situaciones de estrés mental que todos los trabajadores no son capaces de soportar. De tal manera que no solamente la normativa sobre tiempo de trabajo, sino también la relativa a la protección de la salud se enfrentan a complejos desafíos.

---

<sup>56</sup> BAG 20.7.1982 - 3 AZR 446/80, AP nº 5 sobre § 611 BGB, Relación laboral indirecta.

<sup>57</sup> Vide las reflexiones de Waas, "Das sogenannte, mittelbare Arbeitsverhältnis", *RdA* 1993, 153 ss.

<sup>58</sup> EuGH 14.5.2019 - C-55/18, NZA 2019, 683 - CCOO.

De otro lado, cuanto más digitalizado se halle el trabajo, más datos de los trabajadores se generan, lo que constituye asimismo un segundo problema. Porque todo empleado que lleve o esté obligado a llevar ‘gafas de datos’ de las que derive cierta información, deberá saber que todas sus acciones en el trabajo serán objeto de control. Tanto los robots cuanto otros medios de formación tienen usos diversos ... vigilan y construyen casas, siegan el césped, aspiran y friegan los suelos, desactivan explosivos, ordeñan vacas, recogen productos, manejan cerebros, asesoran jurídicamente y conducen coches”, según se lee en la bibliografía alemana<sup>59</sup>. Casi todas esas actuaciones se clasifican recientemente bajo el rótulo de ‘inteligencia artificial’<sup>60</sup>. Desde luego reina una considerable incertidumbre sobre el futuro, pero la vinculación entre los humanos y los robots desemboca automáticamente en la recopilación de innumerables datos. Lo que aún resulta más claro cuando el sistema emite ‘instrucciones’, ordenando, por ejemplo, a un equipo de reparación que se haga cargo de las labores más urgentes. Porque las decisiones del departamento de recursos humanos pueden desde luego automatizarse<sup>61</sup> y, en todo caso, los trabajadores amplían progresivamente sus contactos con Internet, dejando así huellas que difícilmente se eliminarán del todo.

En muchos países, estos nuevos y futuros procesos ‘normales’ de trabajo son menos problemáticos que el ámbito denominado ‘economía de plataforma’, presentada en dos manifestaciones. O bien se trata de servicios en el ‘mundo real’ con intervención de una plataforma, como es el conocido ejemplo de los taxis Uber o el servicio de comida a domicilio, de progresiva creciente importancia. O bien se trata del denominado ‘crowdwork’, consistente en una plataforma anunciadora por Internet de puestos de trabajo a los que puede optar cualquier internauta, o sea, cualquier miembro de la ‘masa popular’ presentando su candidatura. La mayor parte de las veces se trata de acometer trabajos sencillos, como los de corregir errores en una traducción sin pulir o meter en un ordenador determinados datos que han sido ya manualmente registrados por algún sistema. Fuera de esos ejemplos se sitúan los conocidos como ‘concursos creativos’, en los cuales la empresa busca un nuevo logotipo o una denominación atractiva para algún producto. Por fin, existen tareas complejas que sólo pueden realizar expertos o trabajadores cualificados. La pregunta que se formula, respecto de los casos de trabajos

---

<sup>59</sup> Günther/Böglmüller, “Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt”, *BB* 2017, 53.

<sup>60</sup> Vide en especial Klebe, “Künstliche Intelligenz - eine Herausforderung für die Mitbestimmung”, *Soziales Recht* (SR) 2019, 128 ss.

<sup>61</sup> El hecho de que el sistema determine el orden de las tareas a realizar ya es una idea realista hoy en día. Sin embargo, las “instrucciones” sólo tienen el carácter de recomendaciones no vinculantes - al respecto Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 7. ed., Frankfurt/M. 2020, § 10, marg. 12.

elementales, es decidir si el trabajador individual sigue siendo un empleado protegido por el Derecho del Trabajo.

### 3. Nuevas formas de concretar las normas laborales

#### a) *La cuestión del tiempo y del lugar de trabajo*

Los nuevos avances técnicos pueden ampliar considerablemente el tiempo de trabajo legalmente establecido. Por lo demás, con frecuencia no se respetan los periodos de descanso de once horas entre dos jornadas laborales, cuando se recibe una orden por la tarde y la ‘tarea urgente’ encomendada se prolonga hasta las veintitrés horas. En tal caso, ¿qué trabajador no se presentará en la empresa hasta las diez horas del día siguiente, invocando el amparo que les presta la norma laboral? En la literatura se denomina esa práctica ‘des-limitación’ del trabajo.

La reciente jurisprudencia del TJCE<sup>62</sup> pretende solucionar esa situación, exigiendo el establecimiento de un “sistema objetivo, fiable y accesible” de registro del tiempo de trabajo.

La posibilidad de probar las horas trabajadas, en caso de litigio, bajo el testimonio de los compañeros de trabajo no ha resultado eficaz “ya que los trabajadores pueden ser reacios a testificar contra sus empleadores por temor a que éstos adopten medidas peyorativas para su relación laboral”<sup>63</sup>. Se trata de una observación indudablemente realista, y hasta el presente inusual en las actuaciones del TJUE. Pero si de verdad tomamos en serio la doctrina del el Alto Tribunal de la UE, los empleadores deberán pagar a sus trabajadores numerosas horas que hasta ahora se han prestado de modo incontrolado, lo que alcanzaría aproximadamente el doble de las horas extraordinarias realizadas ‘oficialmente’<sup>64</sup>. Y también habría que excluir aquellos trabajos que desbordan los límites permisibles. Teniendo en cuenta la correlación de fuerzas en las empresas alemanas, no resulta realista esperar una rápida aplicación de esa jurisprudencia comunitaria, porque un cambio tan drástico en el intercambio de trabajo por salario se hace difícil de imaginar.

---

<sup>62</sup> EuGH 14.5.2019 - C-55/18, NZA 2019, 683 - CCOO.

<sup>63</sup> EuGH, ibidem Tz. 55.

<sup>64</sup> Según la Oficina Federal de Estadística, las horas extraordinarias impagadas en la RFA alcanzaron los 947 millones en 2019, pagándose solo 915 millones. Pero en otros años anteriores la diferencia fue todavía más acusada, y así, en el año 2007, las horas extraordinarias impagadas ascendieron a 1.231 millones, siendo entonces abonadas por un importe de 838 millones. Datos tomados de <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/76945/umfrage/ueberstunden-der-arbeitnehmer-in-deutschland-seit-2000/> (10.3.2022).

¿Dónde puede encontrarse la solución? El verdadero problema es el excesivo trabajo de los empleados, lo que debería afrontarse reconociendo al comité de empresa el derecho de cogestión sobre la cantidad de trabajo que aquéllos han de realizar. De tal modo que la decisión que ahora adopta el responsable de recursos humanos o un superior jerárquico de los trabajadores, debería compartirse por unos y otros. Y, además, ese derecho significaría que el comité debería actuar no solo al comenzar el trabajo, sino que habría de intervenir siempre que se produjeran cambios, o en los casos en que la carga de trabajo resultase demasiado gravosa por diversas razones.

Supuesto que el legislador no pueda imponer un nuevo derecho de cogestión similar, se podría utilizar un cauce legal revisor bajo la aplicación de los arts. 84 y 85 BetrVG. Si el comité de empresa asume la reclamación de un trabajador y su planteamiento ante el empresario no conduce a un resultado positivo, habrá de resolver la junta de conciliación. Para casos de excepcional gravedad cabría recurrir a la ley de salud y seguridad en el trabajo. Y si la evaluación de los riesgos acreditara que la carga de trabajo implica un riesgo para la salud, el empresario vendría obligado a poner remedio a la situación, bien mediante una adecuada redistribución del trabajo, bien mediante la contratación de otros trabajadores.

La digitalización permite realizar numerosos trabajos en el domicilio del trabajador. Esa 'oficina casera' ha pasado a ser en los últimos años una reivindicación frecuente de los trabajadores, no fácilmente aceptada por los empresarios. La pandemia de la Covid-19 propició cambios inmediatos, de modo que alrededor de un tercio de los trabajadores pasaron a trabajar 'a distancia', amparados por el mandato de las disposiciones del gobierno, salvados los casos en que concurrieran razones permisivas de la continuidad del trabajo en el centro empresarial. Pero una vez pasada la pandemia, la que podría denominarse 'cultura de presencia', generalizada en Alemania, recuperó la prioridad. No obstante, se abrieron paso las excepciones cuando los empresarios vieron en esa experiencia una buena ocasión de reducir los locales de trabajo con el consiguiente ahorro de los costes, excepciones que no alteraron la creencia de que los trabajadores más productivos son los que trabajan presencialmente bajo un control inmediato y continuo de sus empresas.

#### *b) La protección de los datos*

La digitalización ha propiciado numerosas medidas de control, autorizadas en los términos de la ley de protección de datos. Así, se procede a la instalación de cámaras de vídeo en las empresas para localizar los robos de clientes, bien que, a la vez, se utilizan para vigilar a los propios trabajadores. El GPS graba y evalúa el comportamiento de los conductores en sus trayectos; los chips RFID permiten seguir el movimiento de las

mercancías en la empresa; los correos electrónicos se leen por el supervisor sin que el trabajador pueda saberlo; y, particularmente, en los centros con comunicaciones telefónicas, las conversaciones se graban y evalúan a tenor de la utilización de ciertas expresiones respecto de los interlocutores. Sobre estas y otras diversas cuestiones se ha abierto debate para delimitar los espacios de legalidad e ilegalidad. Debates que son pioneros en el mundo académico, en el que se prevén problemas futuros en relación con los dispositivos de uso personal (gafas de datos, relojes inteligentes y sus avances esperables)<sup>65</sup> y de robots y otros sistemas de aprendizaje<sup>66</sup>. La evaluación contrastada con la ley de protección de datos limita los abusos, impidiendo una invasión excesiva de la intimidad personal. Además, el comité de empresa dispone del derecho de cogestión conforme al art. 87.1.6 BetrVG. No obstante, existen espacios en los que todavía no se aplican adecuadamente los límites de referencia. Así, los datos de los trabajadores se encuentran frecuentemente en Internet, bien por intervenciones de los empleadores para la promoción de sus empresas, o por la propia actividad de los trabajadores en las redes sociales. Los portales de evaluación están muy extendidos, sobre todo en relación con profesiones como las de médicos, maestros y profesores. En otra dimensión, los derechos personales de los trabajadores pueden verse infringidos por críticas insultantes o carentes de objetividad. Si un tribunal llega a la conclusión de que una anotación debe ser retirada de Internet, surge el problema de cómo se va a evitar la difusión en las aplicaciones extranjeras. Por otro lado, Internet ‘no olvida’. Y aunque se puede obligar al operador relacionado con una determinada referencia, a que la borre o la inutilice por incorrecta o desfasada<sup>67</sup>, aquella podrá seguir siendo accesible, por ejemplo, en los archivos de los medios de prensa. La propuesta de introducir fechas de caducidad, transcurridas las cuales actúe la supresión automática<sup>68</sup>, no es aún una realidad efectiva.

Un segundo problema suscita la expresión ‘big data’. Por medio de la recopilación de una gran cantidad de datos se configura un algoritmo que sirve de termómetro para medir a los candidatos y a los trabajadores, por ejemplo, la situación de quienes no hayan visto incrementado su salario durante el amplio periodo de cinco años, indicativo de carecer de ‘perspectivas de desarrollo’ y, por tanto, haciendo recomendable su salida

---

<sup>65</sup> Al respecto Weichert, “Die Verarbeitung von Wearable-Sensordaten bei Beschäftigten”, *NZA* 2017, 565 ss.

<sup>66</sup> Möslein/Lordt, “Rechtsfragen des Robo-Advice”, *ZIP* 2017, 793 ss.; Kohte, “Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt”, *NZA* 2015, 1417 ss.; Günther/Böglmüller (supra, nota 57); Klebe (supra, nota 58).

<sup>67</sup> EuGH 13.5.2014 - C-131/12, *NJW* 2014, 2257- Google Spain.

<sup>68</sup> Es el llamado ‘borrador digital’. Vid. Kalabis/Selzer, “Das Recht auf Vergessenwerden nach der geplanten EU-Verordnung”, *DuD* 2012, 670 ss.



de la empresa<sup>69</sup>. Pero este programa, aplicado en los Estados Unidos, es de difícil homologación en Europa por falta de transparencia, debido a las leyes sobre protección de datos, sin contar que la legislación antidiscriminatoria favorece otras opciones apenas ensayadas todavía. La obligación empresarial de respetar la prohibición de discriminación, conforme al art. 1 AGG, requiere que las circunstancias y los datos que nutren el sistema puedan establecerse con facilidad, a riesgo de que, en otro caso, se incurra en conducta discriminatoria directa o indirecta. En la hipótesis de que el algoritmo parta de la base de que los trabajadores vinculados por largo tiempo con su anterior empleador sean potencialmente los trabajadores más leales, ocurrirá que aquellas personas con períodos de empleo más cortos, tales las mujeres y los inmigrantes, sufrirán inevitablemente un perjuicio cierto<sup>70</sup>. Este hecho referido a la toma en consideración, en el algoritmo, de las normas discriminatorias, actuando decisivamente en el 'material procesado', no es normalmente conocido por el candidato al empleo o por el trabajador individual. De manera que, en la práctica, decaen las posibilidades de que esas personas estén en disposición de defenderse frente a un trato discriminatorio. En ausencia de la transparencia denunciada, que se impone asimismo por el art. 26.5 BDSG, existe un indicio de discriminación en los términos del art. 22 AGG. El TJUE actúa de igual modo ante un sistema salarial plenamente opaco<sup>71</sup>. En uno y en otro caso, es carga del empleador acreditar que el material utilizado para elaborar y aplicar el algoritmo no ha incurrido en ninguna discriminación, pues, caso contrario, habría de responder de los daños y perjuicios causados a los candidatos no empleados.

### c) La economía de las plataformas

El dato sobre cuántas personas prestan sus servicios con intermediación de alguna plataforma y cuántas otras trabajan como *crowdworkers*, en Alemania, no puede conocerse fiablemente con ayuda de los estudios existentes<sup>72</sup>. En todo caso puede aceptarse que el número de los que obtienen de esa manera sus ingresos principales está por debajo del 1% de la población activa. Sin embargo, se acepta a la vez que esas modalidades de trabajo crecen progresivamente y que tal crecimiento será aún mayor en el futuro.

---

<sup>69</sup> Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 7. ed., Frankfurt/Main 2020, § 9 marg. 22 f.

<sup>70</sup> Otro ejemplo ofrece el llamado 'teorema de la experiencia', conforme al que los agentes de policía de mayor edad actúan mejor que los más jóvenes; discriminando a los candidatos (ejemplos en Zweig, *Ein Algorithmus hat kein Taktgefühl*, 4. ed., Munich 2019, p. 211).

<sup>71</sup> EuGH 17.10. 1989 - C-109/88, NZA 1990, 772 - Danfoss; EuGH 31.5.1995 - C-400/93, DB 1995, 1615, 1616 - Royal Copenhagen.

<sup>72</sup> Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, "Eckpunkte: Faire Arbeit in der Plattformökonomie", enero 2022.

De mayor relevancia es el tema relativo a las condiciones en que tales personas pueden considerarse trabajadores sujetos, por consiguiente, al Derecho del Trabajo. El BAG admitió la existencia de relación laboral en un supuesto determinado<sup>73</sup>, en el cual el trabajador había de comprobar si los carteles publicitarios quedaban adecuadamente expuestos en las gasolineras y en otros comercios minoristas. El trabajador tenía la facultad de rechazar esa encomienda y en el caso de que la aceptara contaba con un cierto margen temporal. Cuantas más encomiendas llevara a cabo, mejores eran las condiciones ofrecidas. A su albedrío quedaba trazar los recorridos que le supusieran ahorro de tiempo y que le generasen mayor retribución. El BAG interpretó que esas ventajas debían prevalecer sobre el derecho de rechazar la encomienda y también sobre la libertad del tiempo de realización de la misma, concluyendo que sí existía una relación laboral conforme a lo previsto en el art. 611a BGB<sup>74</sup>. No cabe calcular con certeza cuántos trabajadores de plataformas caen así dentro del Derecho del Trabajo, pero si cabe pensar que el número es considerable.

En los casos en los que no se reconoce la existencia de relación laboral, los prestadores de esos servicios suelen denominarse 'personas asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena', lo que, a tenor de la legislación alemana, supone presumir que se trata de trabajadores independientes que pueden organizar su actividad de manera autónoma, aunque económicamente dependan básicamente de un solo cliente. Por ello mismo se les aplican numerosos derechos laborales, sobre la salud y la seguridad en el trabajo, sobre vacaciones y sobre la protección de datos, con posibilidad de celebrar convenios colectivos. Contrariamente, quedan excluidos de las garantías sobre el salario mínimo, sobre la protección contra el despido y sobre los derechos derivados de la BetrVG, lo que supone la exclusión de tres derechos de importancia capital en la vida de un trabajador. Y en los casos en los que no concurre la dependencia económica, prácticamente se inaplican los derechos laborales.

No se ha prestado excesiva atención a qué tribunales son competentes y qué legislación ha de aplicarse en el caso de que la plataforma o el cliente se localice fuera de Alemania, lo que queda sujeto a la naturaleza jurídica de éstos. Así, en el caso de que el cliente tenga la condición de trabajador por cuenta ajena, se aplicará el art. 21.2 del Reglamento (UE) 1215/2012, y podrá demandar sus derechos ante el tribunal en cuya circunscripción ejercite habitualmente su jurisdicción, sin ignorar que según el art. 8.2 del Reglamento Roma I, el lugar habitual en que se preste el trabajo es determinante de la ley aplicable. Derechos que asimismo habrían de aplicarse a las personas

---

<sup>73</sup> 1.12.2020 - 9 AZR 102/20, NZA 2021, pp. 552 y ss.

<sup>74</sup> Igualmente Schneider-Dörr, *Crowd Work und Plattformökonomie*, Baden-Baden 2020.

asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena<sup>75</sup>, pese a la ausencia de jurisprudencia al respecto. En el caso de los trabajadores autónomos, cabría establecer un fuero singular y un régimen propio de extranjería, lo que debilitaría sustancialmente la protección jurídica efectiva.

## V. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL CLIMA: ¿PROBLEMA DEL DERECHO DEL TRABAJO?

### 1. La inacción sindical

La implicación de los sindicatos y de los comités de empresa respecto de la protección climática no ha sido relevante. Pero observando la situación con mayor cuidado se localizan sosas sorprendentes, pudiéndose leer en un libro de 1972 lo que sigue:

*“La destrucción del equilibrio ecológico está promovida por la búsqueda de maximizar los beneficios, lo que hasta el presente apenas ha sido cuestionado. El uso habitual de agentes químicos en la agricultura, por ejemplo, es rentable para el sector privado porque parte de los costes medioambientales anejos se transfieren a terceros o a la sociedad en su conjunto. El deterioro cualitativo de los bienes ambientales no debe expresarse en valores de mercado o en unidades monetarias como ha venido haciéndose hasta el presente”.*

Y en otro pasaje del mismo texto, se lee:

*“La humanidad debe aprender a utilizar prudentemente los limitados recursos de la Nave Espacial Tierra, vista la división económica norte-sur y las necesidades de las generaciones venideras. Lo cual requiere una planificación ambiental a escala mundial”.*

Estas citas han sido tomadas de un libro titulado ‘Medio ambiente’, en el que se reproducen las ponencias expuestas en el Taller Internacional de IG Metall, celebrado entre el 11 y el 14 de abril de 1972, en Oberhausen<sup>76</sup>. El mismo año en el que se dio a

---

<sup>75</sup> Däubler, en: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (dirs.), *Arbeitsrecht. Handkommentar*, 5. ed., Baden-Baden 2022, Rom I-VO/EGBGB nota 15; Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, Tübingen 2013, § 4 nota. 46; Heuschmid, en: Deinert/Heuschmid/Zwanziger (dirs.), *Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis*, 10. ed., Frankfurt/Main 2019, § 9 marg. 4 (para el Derecho material).

<sup>76</sup> Friedrichs (Red.), *Aufgabe Zukunft. Qualität des Lebens*, vol. 4: Medio Ambiente, Frankfurt/Main 1972. La primera referencia se debe al científico suizo Kapp (op. cit., p. 35), y la segunda al alemán Menke-Glückert, quien facilitó información sobre los debates habidos en el grupo de trabajo que dirigió (op. cit., pp. 178 ss.).

conocer la política del Club de Roma sobre los límites del crecimiento, lo que ha tenido una influencia visible en todos los debates habidos sobre la política medioambiental<sup>77</sup>.

Si avanzamos trece años y ojeamos los Boletines de WSI de 1985, encontraremos el número de diciembre titulado “Protección del medio ambiente y sindicatos”. También allí se deslizan consideraciones actuales: ‘Protección del medio ambiente y crecimiento cualitativo’, ‘Protección del medio ambiente y política regional de empleo’ y ‘¿Más mercado en la protección del medio ambiente? o ‘Instrumentos de política ambiental y su eficacia’.

Sin embargo, en ninguna de estas fuentes se plantea la cuestión de cómo el espacio de actuación de los sindicatos y de los comités de empresa podría dedicarse a cumplir objetivos de política medioambiental; en todo caso, la práctica sirve más como referencia para la crítica, que para diseñar planes de acción. Únicamente se examinan las condiciones de trabajo en la industria nuclear, porque en ese ámbito las exigencias impuestas por la seguridad pública prevalecen sobre los derechos de cogestión. Hasta finales de los años ochenta no se consiguió el nivel operativo, que además no llegó a informar el debate científico<sup>78</sup>. En la industria química se suscribieron en esos años más de treinta acuerdos de empresa relacionados con una gestión cuidadosa del medio ambiente<sup>79</sup>. Y en el año 1992 su número superó los cincuenta, realizándose en el 1999 una evaluación que computó sesenta y tres acuerdos empresariales relevantes en los ámbitos general e individual<sup>80</sup>. Los efectos de la catástrofe de Seveso y de la contaminación del Rin fueron probablemente los desencadenantes de ese novedoso interés.

## 2. Inclusión en la Ley de Representación del Personal en la Empresa

La reforma de la BetrVG en 2001 intentó, por vez primera, superar la brecha entre la protección del medio ambiente y la representación tradicional de los intereses de los trabajadores. Las reformas de la ley fueron numerosas, pero no han llenado las expectativas esperadas.

---

<sup>77</sup> Die Grenzen des Wachstums. Informe del Club de Roma sobre la situación de la Humanidad, 1972.

<sup>78</sup> Cfr. la (casi totalmente olvidada) antología de Schwammborn/Tannen (dirs.), *Auf dem Weg in die Welt, in der wir leben möchten. Umwelt- und Technologiepolitik, gesellschaftliche Kontrolle und Recht*, Köln 1989. Sobresale el apartado relativo al “Diseño de las tecnologías sociales mediante la participación de los trabajadores”, con anotaciones de Helga Schwitzer, Manfred H. Bobke, Herbert Kubicek, Gerhard Wohland y Ulrich Mückenberger (pp. 225 ss.).

<sup>79</sup> Roth, *AiB* 1991, 175.

<sup>80</sup> Leittretter, *Betrieblicher Umweltschutz. Analyse und Handlungsempfehlungen*, Düsseldorf 1999, pp. 15 ss.

El comité de empresa dispone de libertad de acción para utilizar sus facultades cogestoras en temas de relevancia medioambiental, pero las mejoras que el comité de empresa puede conseguir por esa vía no han tenido alcance significativo. El art. 87, apartado 1, nº 7 BetrVG, ofrece relativamente mejores perspectivas: las normas protectoras del medio ambiente protegen a la vez salud y la vida de los trabajadores: de manera que aquellas normas y las que protegen la seguridad laboral se pueden describir como dos círculos engarzados, algo que se comprueba con mayor claridad en la legislación de accidentes de trabajo, cuyos márgenes de maniobra abren un amplio campo a la cogestión. Por ejemplo, el art. 10 (3) prevé el establecimiento de planes internos de alarma y prevención de riesgos, los cuales han de adaptarse a las condiciones operativas propias de cada supuesto. Los trabajadores del sector de operaciones que corresponda han de ser oídos previamente, según la disposición expresa del art. 10, apartado 3. Lo que resultaría inútil en el caso de que no se contara con un amplio margen de maniobra. El progreso sobre el conocimiento de los riesgos de los trabajadores complementa eficazmente el derecho de cogestión del comité de empresa en cuanto respecta a la protección de la salud, en los términos del art. 87, apartado 1, nº 7 BetrVG.

La participación de los comités en la administración de algunas instituciones sociales, según el art. 87, apartado 1, nº 8 BetrVG, puede alcanzar importancia práctica, sobre todo respecto del comedor. Los alimentos para vegetarianos y para veganos forma parte de los menús, y la vajilla y los cubiertos de plástico están vetados en cuanto 'artículos desechables'. El 'job ticket' se garantiza por el art. 87, apartado 1, nº 10 BetrVG, y el gasto financiero total lo fija exclusivamente el empleador. Los acuerdos sobre los objetivos que repercuten en el nivel de las remuneraciones, y que consiguientemente caen en la esfera del art. 87, apartado 1, ns. 10-11 BetrVG, pueden asimismo perseguir objetivos ecológicos.

El comité de empresa cumple la misión de promover la protección ambiental operativa; y, a la vez, tiene derecho a recibir toda la información que resulte imprescindible de parte del empleador. La 'política medioambiental' es desde luego un tema propio de debate en las reuniones que se celebren con la empresa. Y el 'comité económico' -elegido por el comité de empresa- debe ser asimismo informado por el empleador en tiempo adecuado y de forma exhaustiva. En lo que atañe al rediseño de los lugares y procesos de trabajo, ha de tenerse asimismo en consideración cuanto afecta a la protección medioambiental operativa.

El 'sistema de recomendaciones de empresas', sometido al derecho de cogestión conforme al art. 87, apartado 1, nº 12 BetrVG, es idóneo para incluir numerosas medidas destinadas a la protección del clima y del medio ambiente; así, por ejemplo, el menor

consumo de recursos, la reducción de los residuos, las menores emisiones mediante el perfeccionamiento de los sistemas de filtrado, por recordar ahora las medidas más importantes. Sin embargo, la cogestión se refiere únicamente al procedimiento y no a la existencia ni al importe de la retribución que los trabajadores individuales o los equipos de trabajo puedan merecer por sus ideas innovadoras. La última palabra sobre lo que deba disponerse sigue quedando en manos del empleador.

### 3. Perspectivas político-jurídicas

¿Se podrían establecer derechos de cogestión, respecto de medidas ambientales relevantes, por medio de acuerdos de empresa o de convenios colectivos? La respuesta a este interrogante no es problemática puesto que, según la jurisprudencia del BAG, cabe que por esas vías se creen derechos de cogestión complementarios<sup>81</sup>. Ocurre, sin embargo, que apenas existen modelos a tener en cuenta, debido a que un convenio colectivo semejante solo podría celebrarse mediante la amenaza de una huelga o mediante una huelga, siendo así que, el grueso de los trabajadores, no están en disposición de emprender acciones tales<sup>82</sup>.

Se podría pensar, ciertamente, en un derecho legal de cogestión que incluyera facultades de propuesta de medidas más cuidadosas con el medio ambiente y el clima, implementándolas, si necesario fuera, con la intervención del tribunal de arbitraje.

Los derechos de cogestión suponen una restricción de la libertad empresarial, justificada según la jurisprudencia del BAG, por aplicación del principio de proporcionalidad. Por ejemplo, la cogestión sobre el comienzo y el final de la jornada diaria de trabajo, conforme al art. 87, apartado 1, nº 2 BetrVG, puede restringir el establecimiento de los horarios de apertura de los comercios, lo que ha sido declarado constitucional por el BAG<sup>83</sup> y por el Tribunal Constitucional Federal<sup>84</sup>.

La prolongación de los derechos de cogestión a la protección operativa del medio ambiente implica actuaciones menores respecto de las admitidas por el Tribunal

---

<sup>81</sup> BAG 18.8.2009 - 1 ABR 49/08, NZA 2010,112; BAG 23.8.2016 - 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194.

<sup>82</sup> Buscando en Google la palabra clave, "huelga climática", se hallará un alto número de entradas. Para el movimiento *Fridays for Future*, el hecho de que los estudiantes 'faltaran' a las clases (y por consiguiente, incurrieran en comportamiento ilegal) no tendría influencia decisiva si participaron el viernes en una manifestación durante el desarrollo de las clases. Casos similares no se han resuelto en el proceso laboral. En el año 2019, más de veinte trabajadores del Jardín Botánico de la Universidad Libre de Berlín participaron en la manifestación convocada por *Fridays for Future*. A los cuales, previamente, les habían habilitado para poder actuar de ese modo en su tiempo libre, incluso para manifestarse con propósitos políticos ([https://bg-bg.facebook.com/pg/SoliGarten/posts/?ref=page\\_internal](https://bg-bg.facebook.com/pg/SoliGarten/posts/?ref=page_internal) - abgerufen am 15.2.2022).

<sup>83</sup> BAG 31.8.1982 - 1 ABR 27/80, AP nº. 8 sobre § 87 BetrVG 1972 Tiempo de trabajo, confirmada por BAG 26.10.2004 - 1 ABR 31/03 (A), NZA 2005, 538 Tz. 41.

<sup>84</sup> BVerfG 18.12.1985 - 1 BvR 143/83, NZA 1986, 199.

Constitucional Federal. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta el marco general, puesto que, lo mismo que ocurre con el horario laboral, no se está en presencia de un derecho de veto, sino de un procedimiento mediante el cual el comité de empresa pase a convertirse en un interlocutor igualitario, que faculte al tribunal de arbitraje para resolver en caso de conflicto. Éste, a su vez, dispone de un mandato condicionado ya que, conforme al art. 76, apartado 5, pasaje 3 BetrVG, debe tomar sus decisiones con 'discreción razonable', teniendo en consideración tanto los intereses de la empresa cuanto los intereses de los trabajadores afectados, lo que supone que no cabe imponer cargas económicamente irrazonables a la empresa. A este marco legal se une además el dato de tratarse de un derecho de cogestión encaminado a un objetivo concreto, de modo que la decisión adoptada por el empresario no puede sustituirse, sin más, por otra decisión del tribunal de arbitraje, incluso bajo la aplicación del art. 76, apartado 5, pasaje 3 BetrVG. Se trata, en resumen, de sustituir una medida menos efectiva por otra de mayor efectividad a efectos de conseguir una mejor protección ambiental y climática. Un objetivo específico que viene expresamente legitimado por el art. 20a de la Ley Fundamental, a cuyo tenor el legislador es competente para adoptar todas las medidas que entienda apropiadas para preservar los fundamentos naturales de la vida y para permitir que las futuras generaciones puedan desarrollarse en libertad y dignidad<sup>85</sup>, lo que también puede incluir un derecho de cogestión.

## **VI. ¿CÓMO PODRÍA MEJORAR EL DERECHO DEL TRABAJO?**

### **1. Planteamiento de la cuestión**

No hay constancia cierta de que todos estos 'derechos discursivos' se hayan utilizado con frecuencia en el pasado próximo. Ni tampoco se ha tenido conocimiento de disposiciones judiciales referidas a la existencia e interpretación de un acuerdo voluntario de empresa sobre la protección del medio ambiente. Resulta improbable que, de haber existido numerosos acuerdos de esa naturaleza, no hubieran surgido también numerosos conflictos. Todo ello es lógico partiendo de la base de que la competencia para adoptar decisiones relativas al clima y al medio ambiente corresponde a los empleadores, sin que los comités de empresa puedan pasar del plano de la argumentación y la reclamación, para llegar a la imposición de un compromiso vinculante. Lo cual produce un efecto desalentador en los miembros de los comités de empresa que hayan decidido tomarse en serio la protección efectiva del medio ambiente

---

<sup>85</sup> BVerfG 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 ff.

¿Por qué implicarse siendo así que las mejores propuestas acabarán escondidas debajo de las alfombras?

En los apartados precedentes se han analizado, uno a uno, cuáles son los puntos polémicos. Las mayores deficiencias se encuentran en la 'externalización' de la fuerza de trabajo periférica y en la ausencia de dispositivos que consigan la vigencia práctica de las normas del Derecho del Trabajo. Reducir o eliminar ambas deficiencias exige un gran esfuerzo, sobre todo la primera de ellas<sup>86</sup>. Los retos examinados en los apartados III, IV y V, referidos a la globalización, la digitalización y la protección del medio ambiente y del clima vienen a añadirse a la ineficacia práctica de las normas y amplían las dificultades desarrolladas en el apartado II. Lo que no es óbice para reconocer que la protección existente ha alcanzado un nivel plausible, especialmente si se compara con la situación de los trabajadores en los Estados Unidos de América del Norte<sup>87</sup>.

¿Cabría imaginar una situación futura que corrigiera los mayores males que merman actualmente la eficacia del Derecho del Trabajo? Desde luego diseñar un cuadro maravilloso no sería la solución. En cambio, resultaría indispensable fijar las condiciones capaces de servir de vía progresista para alcanzar los objetivos deseados. Y a tal efecto parece conveniente ceñirse a la actividad parlamentaria, puesto que las ideas reformistas en Alemania suelen destinarse al poder legislativo. En todo caso, dos cuestiones me parecen de especial relevancia, analizadas en los siguientes apartados 2 y 3.

## **2. La elección de los responsables políticos**

Una cuestión relevante es la elección de las personas que toman las decisiones. En general se elige a personas que tienen facilidad de expresión, lo que desde luego no es una mala cualidad, pero resulta insuficiente a la hora de comprobar si esa brillantez va acompañada de buenas ideas sustantivas, es decir, si se conoce el funcionamiento de la sociedad, y aquello que es dable conseguir o no. Los argumentos expuestos en las entrevistas se pueden conseguir buscando a los buenos (y costosos) consultores de publicidad, y a cualquier candidato se le puede enseñar también, caso de que no disponga de ella por sí mismo, la manera de mantenerse presente ante el electorado. Una vez que los candidatos son elegidos y alcanzan a desempeñar cargos en el gobierno, su actuación dependerá, en no poca medida, de los asesores de que disponga. En muchas ocasiones se trata de un problema personal, porque el triunfo en la vida parece acreditar que la persona es omnisciente y capaz de resolver con acierto

---

<sup>86</sup> Supra, II 3.

<sup>87</sup> Vide el Informe de Cornell.



cualquier situación. O sea, ¿por qué habría de atender al asesoramiento de personas que no han llegado tan lejos como el político? Y además nadie se atreve a poner en entredicho cuestiones fundamentales porque de ese modo se puede tropezar con los obstáculos capaces de poner en riesgo la propia carrera política.

### 3. La legislación condicionada

La segunda cuestión relevante se centra en el espacio de libertad en el que actúan aquellos llamados a adoptar las decisiones de tipo político. Y ese margen no es muy amplio porque los políticos están integrados en sus partidos y en sus programas, resultando muy difícil salirse de ellos, so pena de alcanzar la mala opinión de 'discrepante', distanciándose de sus correligionarios y, a medio plazo, arriesgando su reelección. La pregunta es ¿qué ocurriría si alguna organización se desquiciara y, por ejemplo, algunos de los representantes en los comités de empresa propusieran seriamente abolir el derecho de voto del presidente y la representación de los altos ejecutivos en los Consejos de Administración de las sociedades, para alcanzar una verdadera paridad entre el capital y el trabajo. O, según mi preferencia, ¿qué pasaría si la reforma consistiera en que determinadas decisiones empresariales exigieran para su adopción una mayoría de dos tercios o de las tres cuartas partes del Consejo de Supervisión que las votara?

Si la propuesta partiera de un pequeño partido de la oposición, la gente la ignoraría sencillamente y se recomendaría callar al proponente. Pero si la propuesta partiera de un partido gobernante, las cosas se complicarían enormemente. Lo previsible es que, en ese caso, los representantes de las grandes empresas congregarían a los representantes del partido afín, para comprobar si la propuesta no era más que un entretenimiento. Pero si la respuesta fuera a favor de la necesidad de las reformas, lo probable es que se suspendieran todas las donaciones destinadas al partido. Y, por otra parte, la prensa nacional incluiría en los periódicos numerosos comentarios en contra, bajo el argumento de que, los cambios propuestos, impedirían a las empresas alemanas tomar decisiones idóneas para luchar ventajosamente con la competencia. De un día para otro, la mirada se fijaría en los escándalos ciertos o aparentes del grupo VW, porque en ese ámbito empresarial es donde se practica un derecho de cogestión más progresivo. Por otro lado, las agencias de calificación estadounidenses publicarían en los diarios que la buena calificación de la República Federal Alemana debería ser objeto de revisión de cara al futuro<sup>88</sup>. Y no faltarían periodistas dispuestos a penetrar en los

---

<sup>88</sup> Eso tuvo lugar en una conferencia de prensa de Standard & Poor's en Berlín, a mitades del mes de diciembre del año 2002, cuya conclusión fue que la anterior calificación óptima apenas

detalles de la vida y milagros de los principales representantes del partido proponente de los cambios. Los hallazgos en este orden de cosas serían bienvenidos y se observaría de cerca el cargo de ministro de Finanzas o de Economía en los Estados federados. Se encontrarían, a no dudarlo, 'muertos en el armario', y si, no fuera suficiente, se inventaría lo necesario para mermar el crédito de las personas 'investigadas', con peligro de su propia destrucción social.

¿Cómo reaccionará el partido ante ese panorama? Difícilmente podrá resistir tales ataques en masa. Pero la nueva pregunta es ¿deberíamos dejar de lado todas nuestras buenas propuestas por temor a los riesgos descritos? Se podría adquirir un compromiso informal, ante los portavoces de las grandes empresas, de no insistir en las reformas legales, dejando que se fuera evaporando poco a poco para no defraudar del todo a los ciudadanos ilusionados.

¿Qué ocurriría si, contrariamente a toda la experiencia expuesta, tal 'espectáculo' no tuviera lugar? Si los medios más templados no actuaran, los gobernantes acudirían a los más 'calientes'. En tiempos de Willy Brandt, por ejemplo, hubo amenazas, desde el sector empresarial, de no formar a más aprendices, y de dirigir las inversiones a países extranjeros en los que no habría que soportar el 'galimatías' de la cogestión.

Lo cierto es que no vivimos en una democracia 'liberal' en la que únicamente prevalecen las mejores razones. Contrariamente vivimos en una sociedad presidida por las relaciones de poder. En alguna ocasión, la Canciller Merkel describió este panorama como una democracia 'acomodada al mercado'. Por tanto, en la actualidad, no es la democracia diseñada en la Ley Fundamental, sino la democracia efectiva de la RFA. Las propuestas que se realizan presumiendo que vivimos en una democracia dialogante, exenta de relaciones de poder, pueden ser útiles para comprobar la discordancia entre la Ley Fundamental y la realidad. Pero evitando a la vez ilusionarse creyendo que tus sugerencias pueden reformar la situación establecida, lo que no dejaría de parecerse a una carta de peticiones a Papa Noel. Ilusiones que deberían contrastarse con las posibilidades reales de actuación.

#### **4. ¿Confiar en tus propias fuerzas?**

Lo que resta es acudir a la fuerza de los sindicatos. Pero necesitarían comenzar con firmeza para conseguir la implantación de una cogestión (práctica) que alcance, según

---

estaba justificada, pese a la 'rigidez' del mercado laboral (Handelsblatt del 13/14/2002, p. 23); en el mismo sentido, Däubler *NJW* 2003, 1096 y Blaurock *ZGR* 2007, 603, 610. Este supuesto pudo determinar las conocidas como reformas Hartz.

ha expresado el presidente segundo de IG Metall<sup>89</sup>, su intervención operativa en la resolución de los conflictos planteados con mayor contundencia. De manera que similar movilización a la que se desarrolla en la negociación colectiva, debería imitarse en los conflictos sobre la cogestión. Además, debería contarse con otras fuerzas que se pronunciaran a favor de la cogestión y una mejorada legislación laboral; los periodistas, los artistas y los abogados podrían manifestar su compromiso político. Y también podría haber algún partido cuya dirección revisase su programa para atribuir a la cogestión una importancia positiva<sup>90</sup>.

Las personas inteligentes deberían dar a conocer algunos supuestos en los que la cogestión impidió resultados peyorativos o aquellos otros en los que la ausencia de cogestión se produjo a causa de los afectados. Porque los ejemplos concretos resultan siempre más convincentes que los datos estadísticos, según los cuales las empresas en las que se aplica la cogestión son más productivas que las que la ignoran. ¿Renunciaríamos a la cogestión si ocurriera un resultado contrario? Y, de esa manera, mediante la conjunción interactiva de todas las fuerzas que promueven la mayor protección de los trabajadores dependientes, se podría crear una sociedad que se acercara a la establecida en el año 1971. Parlamentariamente, una reforma de la legislación laboral y un reforzamiento de la cogestión sería el camino más seguro para asegurar la reelección de las mayorías.

---

<sup>89</sup> Benner, con "propuesta de cogestión" para una política empresarial agresiva, en: Köhlinger (dir.), *Solidarisch in die Offensive*, Hamburg 2022, p. 95

<sup>90</sup> Vgl. Klebe, "Betriebsverfassung 2030: Zukunftsanforderungen und Weiterentwicklung", *AuR* 2020, 196: las propuestas pueden estimular la política.

# COMENTARIOS DOCTRINALES

## NOVEDADES MÁS SOBRESALIENTES DEL REAL DECRETO LEY 2/2023: LAS QUE ACABAN DE LLEGAR Y LAS QUE, POSIBLEMENTE, LLEGUEN DESPUÉS

Por

INMACULADA BALLESTER PASTOR  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Jaume I de Castellón

[iballest@uji.es](mailto:iballest@uji.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

RESUMEN: El RDL 2/2023, de 16 de marzo, implementa la segunda fase de la reforma de las pensiones y ha traído consigo un sinfín de cambios, resultando muy importantes las modificaciones que van a ejercer una influencia positiva en la brecha de las pensiones. Este estudio pretende identificar las que serían modificaciones más sobresalientes, explicar su significación, origen y trascendencia. Al tiempo se clarifica, también, el momento de entrada en vigor de cada cambio, una tarea nada sencilla pues el Real Decreto Ley incorpora seis fechas de entrada en vigor diferentes y ello dificulta su comprensión.

PALABRAS CLAVE: pensiones; brecha de género; seguridad social; integración de lagunas; reforma legal.

SUMARIO: I. UNA INICIAL Y NECESARIA VISIÓN DE CONJUNTO DEL REAL DECRETO LEY 2/2023, DE 16 DE MARZO.- II. LA NUEVA REGULACIÓN DIRIGIDA A REDUCIR LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES.- 1. Los cambios que ya operan.- 1.1. El incremento de los períodos que se entienden cotizados en las prestaciones familiares de carácter contributivo hasta alcanzar los tres años.- 1.2. Los retoques en el artículo 60 TRLGSS, regulador del complemento de brecha de género.- 2. Una gran mejora vigente desde octubre de 2023: cada jornada trabajada es una jornada cotizada para las trabajadoras a tiempo parcial.- 3. El incremento temporal y puntual del complemento de brecha de género en un 10% durante los años 2024 y 2025.- 4. Las mejoras sobre la integración de lagunas que vendrán en enero de 2026.- III. EL INCREMENTO DE EDAD DEL MENOR EN LA PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENORES CON ENFERMEDAD GRAVE.- IV. LOS CAMBIOS OPERADOS EN LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.- V. LA INCLUSIÓN DE LOS ALUMNOS EN PRÁCTICAS FORMATIVAS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DESDE EL 1 DE ENERO DE 2024.- VI. LA INTRODUCCIÓN DE LA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS EN EL RETA DESDE ENERO DE 2026.- VII. EPÍLOGO: UN CÚMULO DE NOVEDADES DOSIFICADAS Y TEMPORALIZADAS.

### **MOST OUTSTANDING NEWS OF RDL 2/2023: THOSE THAT JUST ARRIVED AND THOSE THAT POSSIBLY ARRIVE LATER**

SUMMARY: RDL 2/2023, of March 16, implements the second phase of the pension reform and has brought with it a host of changes, with the modifications being very important and will exert a

positive influence on the pension gap. This study aims to identify what would be the most outstanding modifications, explain their significance, origin and significance. At the same time, the moment of entry into force of each change is also clarified, not a simple task since the RDL incorporates more than six different entry into force dates and this makes it difficult to understand.

KEYWORDS: Pensions; gender gap; social security; gap integration; legal reform.

INDEX: I. AN INITIAL AND NECESSARY OVERVIEW OF RDL 2/2023, OF MARCH 16.- II. THE NEW REGULATION AIMED AT REDUCE THE GENDER GAP IN PENSIONS.- 1. The changes that are already operating.- 1.1. The increase in the periods that are understood to be contributed to contributory family benefits until reaching three years.- 1.2. The tweaks in the article 60 TRLGSS, regulator of the gender gap complement.- 2. A great improvement in force since October 2023: each day worked is a paid day for part-time workers.- 3. The temporary and specific increase of the gender gap complement by 10% during the years 2024 and 2025.- 4. The improvements on the integration of gaps that will come in January 2026.- III. THE INCREASE IN THE AGE OF THE MINOR IN THE BENEFIT FOR CARE OF MINORS WITH SERIOUS ILLNESS.- IV. THE CHANGES OPERATION IN THE MANAGEMENT OF TEMPORARY DISABILITY.- V. THE INCLUSION OF STUDENTS IN TRAINING PRACTICES IN THE SOCIAL SECURITY SYSTEM SINCE JANUARY 1, 2024.- VI. THE INTRODUCTION OF THE INTEGRATION OF GAPS IN THE RETA SINCE JANUARY 2026.- VII. EPILOGUE: A CUMULUS OF DOSED AND TIMED NEWS.

## **I. UNA INICIAL Y NECESARIA VISIÓN DE CONJUNTO DEL REAL DECRETO LEY 2/2023, DE 16 DE MARZO**

El Real Decreto Ley (en adelante, RDL) 2/2023, de 16 de marzo contempla el conjunto de reformas que se contienen en el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y pretende reforzar las medidas adoptadas en una primera fase de actuación legislativa, las incluidas en Ley 21/2021, de 28 de diciembre; en la Ley 12/2022, de 30 de junio y, por último, en el RDL 13/2022, de 26 de julio, en lo que estaba llamada a ser la segunda fase de la reforma de las pensiones que estaba pendiente y que, ahora, se culminaría. Pero, dicho esto, lo primero que apreciamos cuando nos detenemos en el RDL 2/2023 es que su estudio exige un análisis concienzudo pues gran parte de las normas que incorpora no van a entrar en vigor inmediatamente, sino que van a tener que esperar para ello días, meses, e incluso años. Y ello porque, de acuerdo con la DF 7ª del RDL 2/2023, sus preceptos van a resultar obligatorios nada menos que en seis momentos temporales diferentes, sin que se sepa a ciencia cierta el porqué de tal desajuste.

Así, algunas de sus disposiciones han entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE y otros preceptos lo han hecho a los dos meses o a los tres meses de dicha fecha, pero en algunos casos ha debido esperarse hasta el 1 de octubre de 2023, y hay preceptos que regirán hasta el 1 de enero de 2024, el 1 de enero de 2025 e, incluso, el 1 de enero de 2026. Además, junto a ello, muchas de sus previsiones se aplican de forma gradual -ello ocurrirá, sin ánimo exhaustivo, con el número de años que se tienen en cuenta para el cálculo de la base reguladora (en adelante, BR) de la

pensión de jubilación -DT 40<sup>a</sup>-; con la cotización adicional de solidaridad -DT 42<sup>a</sup>-; o con la aplicación de la cuota *baby boom* que supone el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (en adelante MEI) -DT 43<sup>a</sup>-. Y singular es el caso de la obligatoria inclusión de los alumnos que llevan a cabo prácticas en empresas en el Sistema de Seguridad Social a través de la nueva DA 52<sup>a</sup> del TRLGSS porque dicha disposición debía de haber entrado en vigor el 1 de octubre de 2023 y, de acuerdo con lo señalado en el RDL 5/2023 entrará en vigor, finalmente, el 1 de enero de 2024.

De la misma forma, existe un elevado número de normas transitorias que sirven para dar cobertura a los cambios operados -valgan, como ejemplo, la aplicación del tope máximo de la base de cotización, ex. DT 38<sup>a</sup>, o la determinación del límite máximo de la pensión inicial desde el 1 de enero de 2025, ex. DT 39<sup>a</sup>-. Y encontramos, asimismo, preceptos de corta vida: un buen ejemplo de ello es la DT 1<sup>a</sup>, donde se regula un incremento del complemento de brecha de género sólo durante los años 2024 y 2025, en un nada despreciable 10% adicional, una medida que tiene señalada una fecha de inicio y otra de fin. Por último, hay regulaciones que se van a mantener hasta que se cumpla una determinada condición, y, por tanto, cuya fecha final se desconoce pues su subsistencia de hace depender de que la brecha de género en las pensiones esté por debajo del 5%: así ocurre con la previsión que posibilita una integración de lagunas “excepcional” para el cálculo de las pensiones de jubilación de las mujeres y de los varones que demuestren haber dedicado tiempo a cuidado, una integración de lagunas que mejora a la “ordinaria” y que solamente se mantiene -al igual que el propio complemento de brecha de género regulado en el art. 60 TRLGSS- en tanto en cuanto la brecha de género en las pensiones no supere el 5% -DT 41<sup>a</sup> TRLGSS-.

Por lo demás, el RDL 2/2023 tiene la finalidad de incrementar la financiación al Sistema a través de un aumento de los ingresos con fórmulas que no son nuevas, que ahora se retocan y cuyos efectos tardarán en sentirse en el bolsillo de los cotizantes porque son de largo recorrido. Ascende, así, el tope máximo de cotización, se acude a la cotización adicional de solidaridad, se altera el mecanismo de equidad intergeneracional -que ya existía-; se modifica la manera como ha de nutrirse el Fondo de Reserva de la Seguridad Social e, igualmente, se limita la cuantía inicial de las pensiones contributivas. Y, para contrarrestar tales efectos, se amplían, también, los derechos de los pensionistas gracias, fundamentalmente, a la revalorización de las pensiones y a la mejora de sus cuantías mínimas.

En materia de pensiones y de prestaciones la anunciada segunda fase de la reforma de las pensiones conlleva la ampliación del período de cálculo de la BR de la pensión de jubilación, aunque de forma muy gradual; también se mejora la integración de lagunas de cara a la obtención de la pensión de jubilación de mujeres u hombres dedicados a

cuidados -DT 41ª TRLGSS- y se equipara la integración de lagunas para el acceso a la jubilación y a la incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial igualándola a la establecida para los trabajadores a tiempo completo en el art. 248.2º TRLGSS; del mismo modo, se contempla, por vez primera, aunque con grandes límites, la integración de lagunas en el Régimen especial de trabajadores autónomos en el art. 322 TRLGSS; no obstante hay que ir con tiento porque ninguna de estas tres últimas medidas existirán antes del 1 de enero de 2026.

Se introducen, asimismo, puntualizaciones en el régimen jurídico del complemento de brecha de género del art. 60 TRLGSS y, junto a ello, otras tantas previsiones del RDL 2/2023 tienen por finalidad dar cumplimiento a muchos de los objetivos que habían quedado plasmados en la Recomendación nº 17 del Pacto de Toledo 2020, Recomendación que lleva por título Mujeres y pensiones, unos objetivos que quedaron aparcados hace unos meses en la llamada primera fase de la reforma de las pensiones y que ahora se retoman y se les da cumplimiento.

Una reforma clave, entre las que veremos, que ha servido para avanzar en el recorte de la brecha de género, ha sido la nueva redacción dada al art. 247 TRLGSS, un precepto muy esperado que supondrá que, desde el 1 de octubre de 2023, las trabajadoras a tiempo parcial -mayoritariamente mujeres- puedan computar cada día trabajado -independientemente del número de horas realizadas- como un día cotizado a efectos de reunir el período mínimo de cotización preciso para el acceso a ciertas pensiones. Igualmente han sido bien recibidas las rectificaciones que aparecen en los arts. 237 y 238 TRLGSS, preceptos que regulan la protección familiar en la modalidad contributiva y que, entre otros cambios, logran incrementar y homogeneizar las cotizaciones ficticias en algunos casos, por lo que el tiempo que se entiende cotizado, en el caso de la excedencia para el cuidado de familiares, queda igualado al tiempo que está previsto en el mismo precepto en el caso de la excedencia para el cuidado de hijos, superando una incongruencia inexplicable.

Además de ello, aparece un nuevo marco de regulación de la pensión de jubilación parcial y se reforman varios subsidios y otras prestaciones a corto plazo. Ello ocurre con la regulación de la incapacidad temporal, incorporando cambios en la gestión de este subsidio; además se mejora la prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. E igualmente, entre otros cambios, se modifica el TRLGSS para su adecuación a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se aprueba la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que los cambios implementados afectan a trabajadores del Régimen General, pero también a los trabajadores incluidos en el

Régimen especial de trabajadores autónomos, a las personas trabajadoras incluidas en el Régimen especial de los trabajadores del mar, al personal encuadrado en clases pasivas del estado, a los trabajadores contratados a tiempo parcial y al colectivo de los artistas. Y, por último, otras cuestiones abordadas por el RDL 2/2023 serían los procedimientos especiales para el ingreso de diferencias de cotización en el sistema especial de empleados de hogar y para la regularización de la aportación farmacéutica ambulatoria del ejercicio 2022<sup>1</sup>.

Por último, resta añadir que el RDL 5/2023, de 28 de junio, usado fundamentalmente para dar cabida a gran parte de la regulación que no vio la luz en la *non nata* Ley de familias, no introduce cambios relevantes en tema de Seguridad Social, aunque sí altera la fechas de entrada en vigor de la obligatoria inclusión de los alumnos en el Sistema de Seguridad Social incluida en la DA 52ª del TRLGSS, de forma que se logra dar un cierto respiro a las entidades formativas que deben dar cumplimiento a esta previsión en el actual curso académico 23-24, porque deberán hacerlo, pero sólo desde el 1 de enero de 2024.

Sentado lo anterior, vamos a centrarnos a continuación en las normas revisadas más sobresalientes en materia de pensiones y prestaciones que introduce el RDL 2/2023. Veremos que gran parte de estas reformas se dirigen a reducir la brecha de género en las pensiones y destacaremos, en cada caso, qué modificaciones han entrado en vigor, las que acaban de hacerlo y las que, posiblemente, sólo resulten obligatorias dentro de unos años.

## **II. LA NUEVA REGULACIÓN DIRIGIDA A REDUCIR LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES**

### **1. Los cambios que ya operan**

La definición de la brecha de género aparece ahora, por vez primera, en el TRLGSS, concretamente en la DA 37ª TRLGSS, entendiéndose ésta como el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres. Como se puede apreciar, este concepto de brecha de género se dirige y se describe en referencia únicamente a la pensión de jubilación; posiblemente se haga así

---

<sup>1</sup> Otros cambios recientes son la Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español, BOE de 22 de julio de 2023 y estos últimos meses también han visto la luz el RD 370/2023, que modifica la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad igual o superior al 45% y el RD 371/2023 que desarrolla el régimen jurídico del complemento económico por jubilación demorada.



por la necesidad de cuantificar dicha brecha más fácilmente, pues ello afecta al mantenimiento de muchas medidas actuales<sup>2</sup>. No obstante, no hay que olvidar que la mentada brecha también puede hacerse perceptible en las dificultades para lucrar otras prestaciones y pensiones -como la incapacidad permanente-, por lo que realmente la brecha de género más bien habría venido entendiéndose como la desigualdad existente entre la retribución media, antes de impuestos, percibida por las mujeres y por los hombres, en concepto de pensiones. Esta definición, realmente, minimizaría el efecto real de la misma, aunque, a la vez, ayuda a cuantificarla año a año. De hecho, el propio complemento de brecha de pensiones se abona cuando se tiene derecho al pago de la pensión de jubilación, pero también cuando se es beneficiario de otras pensiones, como la pensión de incapacidad permanente, incluso la pensión de viudedad -ex. art. 60 TRLGSS-.

A estos efectos, en la aparición de la brecha de género -teóricamente- incidirían dos elementos: el primero de ellos, el directamente relacionado con la vida activa de las mujeres desarrollada previamente en el mercado laboral, y el segundo de ellos, el procedente de la configuración del sistema público de pensiones. Esto no significaría -obviamente- que nuestro Sistema de Seguridad Social disponga de reglas específicas que estén dirigidas a perjudicar la percepción y/o a reducir las pensiones de ellas, pero lo cierto es que la magnitud de la brecha se observa en todos los países europeos -y en todo el mundo- y los sistemas de pensiones pueden reforzar o debilitar las diferencias existentes. Y es un hecho que las mujeres trabajan más a tiempo parcial que los hombres, perciben una menor retribución salarial y cuentan con carreras laborales más cortas debido a interrupciones por cuidado de hijos o familiares. La combinación de estos tres factores incide directamente en sus prestaciones y en sus pensiones.

Sentado lo anterior, y dejando de lado ahora un tema que es clave y que relaciona claramente la brecha pensional con la brecha salarial por motivos de género, nuestro ordenamiento de Seguridad social sí ha venido contando con instrumentos que intentan minimizar los daños que producen las interrupciones de la actividad en las prestaciones contributivas. Estos instrumentos han sido, fundamentalmente, las cotizaciones ficticias -arts. 235, 236 y 237 TRLGSS- y el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género -art. 60 TRLGSS-, habiendo sido estas dos

---

<sup>2</sup> Vid. art. 60 TRLGSS. El complemento de brecha de género regulado en el art. 60 TRLGSS se mantiene en tanto la brecha de género sea superior al 5%, de forma que el propio complemento tiene carácter temporal según la propia DA 37ª TRLGSS. A tal efecto, ha de hacerse una evaluación periódica -cada cinco años- en el marco del diálogo social. Asimismo, con efectos desde el 1 de enero de 2023 la cuantía del complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género ha quedado fijado en 30,40 euros mensuales.

regulaciones objeto de alteraciones puntuales que vienen a mejorar el régimen existente tras el RDL 2/2023, tal como vamos a comprobar a continuación.

*1.1. El incremento de los períodos que se entienden cotizados en las prestaciones familiares de carácter contributivo hasta alcanzar los tres años*

Como es bien sabido, las cotizaciones ficticias suman años de cotización en momentos en los que no se efectúa actividad laboral o cuando se trabaja a tiempo parcial para eliminar los perjuicios que se producen cuando la actividad laboral se interrumpe o se reduce por atender el deber de cuidado de hijos o de familiares. Y señala la Recomendación nº 17 del Pacto de Toledo que deben introducirse las correcciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de los vacíos involuntarios de cotización por la irregularidad de las carreras profesionales. La idea es que las lagunas de cotización no causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y se favorezca el acceso pleno de las mujeres -y cuidadores- a pensiones propias.

Sobre este particular, contamos en el TRLGSS con los actuales arts. 235, 236 y 237 TRLGSS, disposiciones en las que se atribuye una serie de períodos cotizados a los cuidadores para evitar perjuicios en la carrera de cotización; efectivamente, estos preceptos tenían margen para ser mejorados y así se ha hecho. Estas mejoras pueden repercutir positivamente no solamente sobre la brecha pensional -reducida al daño sobre la pensión de jubilación- sino minimizando los impedimentos existentes para el acceso a prestaciones contributivas en forma de subsidio -como la incapacidad temporal o el desempleo-.

Las cotizaciones ficticias son beneficios en las cotizaciones que actúan sin existir cotización real, y sirven para generar prestaciones. Se reconocen cuando, por causas relacionadas con el cuidado de hijos, o con cuidado de familiares se interrumpe o minora la actividad laboral y ocurre que, o bien no se ha cotizado o se ha cotizado menos. El objetivo es no perder, después, prestaciones o pensiones contributivas. Las cotizaciones ficticias sirven, por tanto, para generar prestaciones, computando como cotizados períodos cercanos al nacimiento de hijos o excedencias y se usan también cuando -por motivos relacionados con el cuidado- se ha reducido jornada y no se ha cotizado al 100%, completándose dicha cotización. Además, el actual art. 237 TRLGSS contempla un beneficio adicional que no tiene que ver exactamente con cotizaciones ficticias y que consiste en que cuando las situaciones de excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares han estado precedidas por una reducción de jornada contempladas en el art. 37.6 TRET, a efectos de la consideración como cotizados los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se

computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

Hasta ahora la regulación de las cotizaciones ficticias no siempre ha permitido el acceso a las prestaciones solicitadas por parte de las mujeres solicitantes de las mismas. Un ejemplo claro del uso de la perspectiva de género que sirve para conceder un subsidio no previsto exactamente en la norma aplicable es el conflicto que resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2022<sup>3</sup>, pronunciamiento que concede el subsidio por desempleo para mayores de 55 años computando las cotizaciones ficticias a una mujer a quien no se le habían tenido en cuenta los períodos de cotización ficticios que el art. 235 TRLGSS contempla, tras haber sido madre de tres hijos nacidos en 1980 y 1981. De acuerdo con la literalidad de este precepto -que es el que resulta de aplicación a este supuesto- las cotizaciones ficticias no servirían para generar derecho a un subsidio por desempleo; aún así, el Alto Tribunal concede la ficción de la cotización acudiendo a la naturaleza del subsidio para mayores de 55 años, por realizar estas normas un reenvío a las normas sobre jubilación, de acuerdo con la Constitución y efectuando una interpretación teleológica y sistemática de las normas aplicables. El Alto Tribunal consigue, de este modo, la protección de la mujer, siendo evidente que ésta había sufrido directamente los efectos desfavorables de quedar fuera del Sistema por atender el cuidado de sus hijos y se le facilita, con el cómputo de ese período cotizado, su acceso al subsidio por desempleo, paso previo a su jubilación posterior.

Antes del RDL 2/2023 el art. 237 TRLGSS podía computarse como período cotizado el período de tres años de excedencia por cuidado de hijos, mientras que el período de excedencia por cuidado de familiares podría entenderse cotizado sólo durante primer año de excedencia<sup>4</sup>. Y tampoco resultaba igual el beneficio que consistía en computar como trabajada el 100% de la jornada cuando se ha trabajado a tiempo parcial, pues en cada caso, dependiendo del motivo que posibilita acudir a la reducción de la jornada del art. 37.6º TRET se concedía una protección u otra. Así, si se había trabajado a tiempo parcial por cuidado de menor -de acuerdo con lo establecido en el art. 37.6º TRET, primer párrafo-, la cotización alcanzaba al 100% durante los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de menor<sup>5</sup>; pero si la jornada se había reducido por

---

<sup>3</sup> nº 576/2022, RCUUD nº 646/2021, ECLI:ES:TS:2022:2549.

<sup>4</sup> Este diferente trato de las dos modalidades de excedencia carecía de justificación y resultaba insuficiente atendiendo al tiempo durante el cual podría teóricamente prolongarse la misma y el exiguo tiempo que se concede como período cotizado en la excedencia para el cuidado de familiares. Se trataba de una diferencia que había sido criticada en numerosas ocasiones por parte de la doctrina. Vid, RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S., "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan Harremanak*, nº 38, 2017-II, p. 105.

<sup>5</sup> A estos efectos, para el cálculo de estos dos años se ha de tener en cuenta el tiempo durante el cual la trabajadora ha estado trabajando a tiempo parcial, descontándose de esos tramos los

alguno de los supuestos de reducción de jornada contenidos en el primer y segundo párrafo del art. 37.6º del TRET, el 100% de la cotización se tenía en cuenta sólo el primer año.

Además, en estos casos, estas cuotas se entendían ingresadas a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. En cambio, en los supuestos de reducción de jornada del art. 37.6º, tercer párrafo y último párrafo del apartado 4º, las cotizaciones se computaban al 100% pero a efectos de muchas más prestaciones: por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal. Se decía, por eso, que esta regulación era insuficiente, no aplicaba criterios de corresponsabilidad y además, generaba diferencias de trato injustificadas, por no decir que resultaba complejísima en su misma comprensión y aplicación práctica<sup>6</sup>.

El RDL 2/2023 modifica el art. 237 TRLGSS, en sus apartados 2º y 3º, un precepto que está vigente ya desde el 18 de marzo de 2023.

Tras estas modificaciones, en la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares se consideran tres años de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad: la diferencia es que se ha incrementado, en el caso de la excedencia para el cuidado de familiares la posibilidad de que compute no sólo un año de cotizaciones ficticias, sino hasta tres años, en el caso de que sea necesario<sup>7</sup>.

Asimismo, en la redacción actual del art. 237 las cotizaciones se entienden incrementadas al 100% durante los tres primeros años de reducción de jornada del art. 37.6º por cuidado de menor, cuando, previamente tan sólo se entendían cotizados al

---

momentos en los que no se ha necesitado dicha aportación. En la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) nº 138/2020, de 14 de enero, ECLI:ES:TSJPV:2020:221 se concede a la trabajadora la prestación por maternidad calculando la BR de esta prestación al 100% al entender que el período previo -en el que se computan las cuotas al 100%- ha de calcularse incluyendo sólo los momentos en los que hace falta completar la cotización al 100%, es decir, los momentos en los que se ha permanecido trabajando anteriormente a tiempo parcial, sin que el tiempo en el que la trabajadora no completa sus cuotas hasta el 100% -en este caso el tiempo en el que la trabajadora disfruta de una excedencia- deba tenerse en cuenta.

<sup>6</sup> Vid, BALLESTER PASTOR, I., Mujeres y pensiones: La brecha de género de las pensiones contributivas, Ponencia. Publicada en AAVV., La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: el nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Vol. 2, 2022, ISBN 978-84-19145-45-1, pp. 955-990.

<sup>7</sup> El art. 46.3º del ET asigna a la excedencia por cuidado de familiares un período de dos años; no obstante, el plazo de tres años al que alude ahora el art. 237 TRLGSS sí tiene sentido porque la negociación colectiva puede incrementar tal período; sería en ese caso cuando se computarían tres años como cotizados.

100% los dos primeros años, en este caso a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad -nacimiento y cuidado de hijos-.

Finalmente, el tercer cambio del art. 237 TRLGSS consiste en que en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el primer y segundo párrafo del art. 37.6º -distintos del cuidado de menor, para el cuidado de otros familiares-, también computan incrementadas un 100% y durante tres años -cuando en la redacción anterior del precepto era solamente un año- las cotizaciones, a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad y paternidad -nacimiento y cuidado de hijos-.

Esta nueva redacción es claramente bienvenida, no obstante lo que sería deseable es que la cotización ficticia se aplicara de forma más sencilla, homogéneamente y, además, que se hicieran estudios acerca de cómo se está usando y qué impacto tiene actualmente esta medida en las pensiones de las mujeres<sup>8</sup>; se trata de un mecanismo que realmente opera sobre las consecuencias nocivas de la falta de cotización por razones de cuidado y actúa sobre el que padece el perjuicio; no obstante, en general debiera ofrecerse mayor cobertura pues ha de servir realmente para minimizar daños, pero, sobre todo, debiera facilitar que se atribuyera a cualquier sujeto que interrumpe su actividad laboral y debiera abarcar mayores períodos de falta de cotización.

### *1.2. Los retoques en el art. 60 TRLGSS, regulador del complemento de brecha de género*

El actual complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género del art. 60 TRLGSS tiene el objetivo de corregir los daños derivados de las desigualdades laborales en las pensiones, si bien lo hace “a posteriori” sin realmente llegar a alterar el origen el problema<sup>9</sup> y que tiene que ver con los problemas de cotización que se encuentran en la carrera de cotización de las mujeres. Este complemento, a grandes rasgos, se abona a mujeres y hombres; no obstante, en las mujeres tal daño en la pensión se presume mientras que los hombres lo han de probar.

---

<sup>8</sup> En el Informe de CCOO: La brecha de género en el sistema de protección social (desempleo y pensiones), po. Cit, p. 19 y ss., se alude precisamente a la necesidad de recurrir a los períodos reconocidos como cotizados permitiéndose que los disfruten indistintamente las personas trabajadoras (mujeres y también hombres) como medida de corrección de la brecha de género. Y en el mismo estudio se lamenta que el Gobierno no publique ningún seguimiento estadístico del grado de utilización de estas medidas, por lo que se desconoce el grado de capacidad de mejora de las prestaciones y su incidencia en la mejora de la brecha de género.

<sup>9</sup> En el resto de Europa es frecuente contar con los denominados créditos por cuidado en el sistema de pensiones, una figura con la que las cotizaciones ficticias y el nuevo complemento por maternidad guarda bastantes semejanzas.

La primera redacción del art. 60 TRLGSS reguló el complemento de contribución demográfica a la Seguridad Social. Se trataba de un precepto absolutamente caótico desde el punto de vista de la técnica jurídica utilizada, aunque desde la perspectiva estadística, sociológica y económica es claro que parecía mejorar -al menos sobre el papel- la brecha de género pensional. El art. 60 TRLGSS fue resultado de una enmienda incorporada a la Ley de Presupuestos Generales del año 2015 y, después, se incorporó al art. 50.bis en la anterior LGSS, dando lugar, posteriormente, al art. 60 en el nuevo TRLGSS y su entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2016.

Aquel primer complemento de maternidad por contribución demográfica -entre otras carencias- no había delimitado correctamente cuál era el objeto de la protección a la que se dirigía y generaba un trato desigual, excluyendo a colectivos de mujeres relevantes de su percepción -quienes también se habrían visto perjudicadas por el nacimiento de sus hijos-. Así ocurría que quedaban sin cobertura las madres de un solo hijo; las mujeres que hubieran causado el derecho a percibir una pensión contributiva con anterioridad al 1 de enero de 2016; las mujeres cuya pensión no alcanzase el importe máximo establecido anualmente para las pensiones públicas en la correspondiente LPGE; las mujeres que hubieran accedido a la jubilación voluntaria -exclusión que fue avalada por el TJUE y por el Tribunal Constitucional entonces, pero que después fue corregida en el nuevo complemento-; las mujeres perceptoras de la jubilación parcial, o las mujeres que no tuvieran acceso a la pensión contributiva; y también dejaba fuera la protección de las familias integradas por parejas homosexuales masculinas. Además, este complemento tenía otros muchos defectos, entre ellos, el de incrementar más las pensiones más altas, perjudicando a las de baja cuantía; además, no hay que olvidar que este complemento dejaba también fuera a las mujeres con hijos que no hubiesen generado una pensión contributiva que diera derecho al mismo.

Pero, sobre todo, esta regulación dejaba fuera a los hombres. Aquella defectuosa configuración legal fue considerada, por ello, contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, motivo por el que el RDL 3/2021, de 2 de febrero debió redefinir posteriormente este complemento. El legislador quedaba compelido a actuar para corregir la discriminación directa que la norma incluía, al haber sido ésta detectada por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), una discriminación que ya había sido adelantada, años atrás, por la doctrina científica. La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Sala Primera) (Caso WA contra INSS)<sup>10</sup> señaló que el art. 60 TRLGSS era contrario a la Directiva 79/7/CEE del

---

<sup>10</sup> ECLI:EU:C:2019:1075. TJCE/2019/281.

Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Esta Sentencia puso de manifiesto la defectuosa configuración del mentado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Este pronunciamiento tuvo repercusiones muy graves y sigue generando, incluso hoy día, una muy alta conflictividad<sup>11</sup>.

Así pues, superando estos impedimentos, los hombres ya tenían derecho al complemento por aportación demográfica y se admitía, también, que éste se compatibilizara con la percepción de otro complemento por maternidad para el otro progenitor/a, dentro de la misma familia, a pesar de que esa posible compatibilidad hubiera quedado regulada de otro modo en la nueva redacción del art. 60 TRLGSS. Entonces la reconfiguración del art. 60 TRLGSS fue absolutamente necesaria y el RDL 3/2021 alteró el tenor literal del art. 60 TRLGSS. Lo más relevante de la nueva regulación, fue, sin duda, que, tras ella, sí acceden ya al complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género las mujeres y los varones, pero sigue apareciendo un trato desigual pues las mujeres no han demostrado que han padecido la brecha de género mientras que los hombres sí deben hacerlo. Así, ellos han de estar más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha, o, en caso de adopción, entre la fecha de la adopción y los tres años siguientes; y en el caso de los hijos o adoptados a partir de 1995 la regla a aplicar depende de que la suma de las bases de cotización de los 24 meses anteriores al nacimiento sea inferior en más de un 15% a la de los 24 meses anteriores.

El RDL 2/2023, lo que hace es, efectuar dos puntualizaciones que sirven para mejorar el entendimiento de las reglas que rigen, para saber qué progenitor es el que debe percibir el complemento. Las dos han entrado en vigor el 18 de marzo de 2023.

La primera de ellas modifica el apartado 1ºb) 3º del art. 60 del TRLGSS. El RDL 3/2021, de 2 de febrero había establecido que son las mujeres, las beneficiarias del complemento de brecha de género y este derecho se reconoce o mantiene en las mujeres, siempre que no medie solicitud o reconocimiento de este complemento en otro progenitor, de manera que solamente puede accederse a un solo complemento por cada dos progenitores desde el 4 de febrero de 2021. De esta forma, este complemento se

---

<sup>11</sup> De entre estos pronunciamientos son destacables: la STS -Sala de lo Social- de 17 de febrero de 2022, st nº 621 y 622; la STS -sala de lo Social- de 8 de febrero de 2023, st nº 111/2023; la STS -Sala de lo Social- de 31 de mayo de 2023, st nº 393/2023; la STS -Sala de lo Social- de 4 de octubre de 2022, nº rec. 222/2020; la STS -Sala de lo Social- de 17 de mayo de 2023, nº rec. 3821/2022; la STS -Sala de lo Social- de 27 de febrero de 2023 nº rec. 3225/2021, y las SSTJUE de 12 de mayo de 2021 y de 14 de septiembre de 2023.

reconoce a las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente o de viudedad -si hay pensión de orfandad en uno de los hijos- causadas a partir del día 4 de febrero de 2021. No obstante, los hombres también pueden ser beneficiarios del complemento cuando causen una pensión de jubilación o de incapacidad permanente y cuando acrediten períodos en los que no se haya cotizado -se presume que por haberse dedicado a las labores de cuidado-.

La nueva regla del art. 60 TRLGSS pretende impedir que no se tengan en cuenta para el pago del complemento aquellos períodos que se consideran -ficticiamente- cotizados según lo señalado en el art. 237 que regula las prestaciones familiares -o más bien las cotizaciones que se consideran ingresadas en supuestos de excedencias o de reducción de jornadas, para generar derecho a determinadas prestaciones. Es decir que tales períodos no se van a entender como cotizados a efectos del reconocimiento del complemento, aunque sirvan para generar las pensiones -jubilación e incapacidad- a las que este complemento va ligado.

Lo que hace la nueva redacción es eliminar del cómputo de períodos cotizados y bases de cotización anteriores o siguientes al nacimiento los beneficios en la cotización establecidos en el art. 237 TRLGSS, precepto que se refiere a las cotizaciones asimiladas por períodos de excedencia o reducción de jornada para cuidado de hijos, menores o familiares<sup>12</sup>.

La finalidad es que no se entiendan como cotizados determinados períodos y tampoco se considere una mayor cuantía de las bases de cotización del otro progenitor que podría tener derecho al complemento gracias a la aplicación del art. 237 TRLGSS. Asimismo, esta previsión se complementa con la DT 44ª TRLGSS para que se pueda aplicar esta previsión a hechos causantes anteriores a la vigencia del RDL 2/2023 y desde la vigencia del complemento por brecha de género, es decir, desde el 4 de febrero de 2021. Así pues, según lo previsto en esta DT 44ª el actual art. 60, apartado 1.b) 3º es aplicable a los hechos causantes posteriores al 4 de febrero de 2021, es decir, se trata de una norma que va a tener eficacia retroactiva.

La segunda de las revisiones del art. 60º por el RDL 2/2023 redacta un nuevo párrafo, el 7º en el art. 60º TRLGSS. La reforma de este precepto precisa cómo deben calcularse las pensiones de los progenitores para determinar cuál de ellas tiene mayor cuantía. El saber qué pensión tiene menor cuantía es necesario para saber qué progenitor es el que tiene derecho al complemento en caso de que ambos progenitores sean del mismo sexo.

---

<sup>12</sup> Se añade, así, un apartado en las reglas que se tienen en cuenta para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento. Esta nueva regla señala que: 3º) *En cualquiera de los supuestos a los que se refieren las condiciones 1ª y 2ª para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización no se tendrán en cuenta los beneficios en la cotización establecidos en el art. 237 LGSS.*



Además, en el caso de que ambas pensiones tengan la misma cuantía se resuelve que el complemento se reconoce a quien lo haya solicitado primero<sup>13</sup>.

## **2. Una gran mejora vigente desde octubre de 2023: cada jornada trabajada es una jornada cotizada para las trabajadoras a tiempo parcial**

El cuarto ámbito de actuación de la Recomendación nº 17 “Mujeres y pensiones” del Pacto de Toledo se centraba igualmente en introducir mecanismos de compensación para las mujeres y tiene que ver con el protagonismo que éstas tienen en la suscripción de contratos a tiempo parcial, no habiendo sido este tipo de contratación elegida -en muchas ocasiones- por ellas. En dicha Recomendación se traía a colación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, Sala Tercera, de 8 de mayo de 2019, Asunto Villar Láiz C-161/18) y del Tribunal Constitucional (en la misma línea, la STC 91/2019) y se hacía, también, un llamamiento a actuar impulsando reformas que corrijan posibles tratamientos discriminatorios, con particular atención al cálculo de los periodos de carencia, siendo éste, precisamente, el punto en el que se ha actuado.

A este respecto, en torno a si concurre la discriminación indirecta en determinadas previsiones contenidas en nuestras normas de seguridad social, claves han sido las SSTJUE de 22 de noviembre de 2012<sup>14</sup> (Elbal Moreno), de 14 de abril de 2015<sup>15</sup> (Caldalchora Fernández), de 9 de noviembre de 2017<sup>16</sup> (Espadas Recio), de 8 de mayo de 2019<sup>17</sup> (Villar Láiz), de 21 de enero de 2021<sup>18</sup> (INSS contra BT), de 24 de febrero de 2022<sup>19</sup> (Asunto CJ contra TGSS) y de 30 de junio de 2022<sup>20</sup> (Asunto KM contra el INSS).

De acuerdo con estos pronunciamientos, ya antes de que se adoptara la Recomendación nº 17 del Acuerdo del Pacto de Toledo 2020, se había reconocido la existencia de discriminación indirecta en ciertas normas que limitaban excesivamente el acceso a determinadas prestaciones -jubilación y desempleo- para los trabajadores a

---

<sup>13</sup> Dice, así, ahora el apartado 7º del art. 60º TRLLGSS que: *7. Para determinar qué pensiones o suma de pensiones de los progenitores tiene menor cuantía se computarán dichas pensiones teniendo en cuenta su importe inicial, una vez revalorizadas, sin computar los complementos que pudieran corresponder. Cuando ambos progenitores sean del mismo sexo y coincida el importe de las pensiones computables de cada uno de ellos, el complemento se reconocerá a aquél que haya solicitado en primer lugar la pensión con derecho a complemento.*

<sup>14</sup> C-385/11, TCE 2012/357.

<sup>15</sup> Asunto C-527/13, TCJE 2015/15.

<sup>16</sup> TJCE 2017/196. ECLI:EU:C:2017:833.

<sup>17</sup> TJCE 2019/83. ECLI:EU:C:2019:382.

<sup>18</sup> TJCE 2021/16. ECLI:EU:C:2021:55.

<sup>19</sup> Asunto C-389/20. ECLI:EU:C:2022:120.

<sup>20</sup> Asunto C-625/20. ECLI:EU:C:2022:508.

tiempo parcial -siendo la mayoría de éstos, mujeres-. Así se hizo en Elbal Moreno, donde se consideró que la normativa que establecía el método de cálculo del período de carencia, para el cálculo de la pensión de jubilación, era contraria al art. 4º de la Directiva 79/7/CE, de 19 de diciembre, pues la diferencia operada para el cálculo del período de carencia en estos casos, no podía servir para salvaguardar el sistema de seguridad social de carácter contributivo.

Y también lo hizo el TJUE, en la STJUE Espadas Recio, donde se concluía que la normativa española sí generaba una discriminación indirecta, por razón de sexo, con respecto al cálculo de las cotizaciones para el acceso a las prestaciones por desempleo de las trabajadoras a tiempo parcial vertical, una problemática que se resolvió posteriormente en el RD 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el RD 625/1985, de 2 de abril.

Más recientemente, la STJUE Violeta Villar Láiz vuelve a examinar la compatibilidad del art. 4.1º de la Directiva 79/7/CEE con el método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial establecido en los arts. 247 y 248 TRLGSS y se concluye, también, que existe discriminación indirecta basada en el sexo pues aparecen en tales preceptos dos elementos que pueden reducir los importes de las pensiones de jubilación: por una parte la BR de la pensión de jubilación, que se calcula por la remuneración efectivamente percibida por las horas trabajadas y, a esta reducción, después se le aplica a ese mismo número de días un coeficiente de parcialidad. El TJUE concluye que primer elemento corrector ya permite conseguir el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo, por lo que esta normativa va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que se pretende. Este último pronunciamiento, ha sido asumido, también, por el Tribunal Constitucional en la Sentencia (Pleno) nº 91/2019, de 3 de julio, pronunciamiento que ha hecho propia la conclusión a la que llegaba el TJUE considerando que la doble reducción aplicada a los trabajadores a tiempo parcial, al afectar predominantemente a las mujeres trabajadoras, es una medida desproporcionada que no obedece a ninguna justificación objetiva y razonable, motivo por el que el precepto ha sido declarado inconstitucional y nulo el inciso “de jubilación” del párrafo primero de la letra c) de la DA 7ª, apartado 1, del TRLGSS al constituir una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE.

No obstante, el TJUE también ha rechazado la existencia de discriminación indirecta. Lo hizo en la Sentencia del asunto Caldalchora, en donde se examinó -también en torno a la normativa de protección social aplicable a los trabajadores a tiempo parcial- el método legal para la integración de los períodos sin obligación de cotizar de los trabajadores a tiempo parcial y se concluyó que éste -en cambio-no era contrario a la

Directiva 79/7/CE pues tal y como estaba articulado solo perjudicaba a parte de los trabajadores a tiempo parcial y tal perjuicio devenía aleatorio.

Y, más recientemente -tras la Recomendación nº 17 del Acuerdo del Pacto de Toledo 2020- la STJUE de 21 de enero de 2021 (INSS contra BT) también había negado que el art. 208.1.c) del TRLGSS, referido a la jubilación anticipada, relativo a la exigencia de que la prestación que se reciba sea al menos igual a la cuantía mínima legal sea discriminatorio por razón de sexo. Concluye el TJUE que el precepto no resulta discriminatorio por razón de sexo, aunque afecte a un número mayor de trabajadoras que de trabajadores, al entenderse que ello está justificado por objetivos legales de política social como es el asegurar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación<sup>21</sup>.

Los pronunciamientos del TJUE durante 2022 han sido el Asunto CJ contra la TGSS y el Asunto KM contra el INSS. La Sentencia del TJUE que resuelve el Asunto CJ contra TGSS concluye que el art. 4, apartado primero de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar, en la medida en que dicha disposición sitúa a las trabajadoras en una situación de desventaja particular con respecto a los trabajadores, una desventaja que no queda justificada por factores objetivos, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Por su parte, en el Asunto KM contra el INSS declara también el TJUE que sí aparece una discriminación indirecta por razón de sexo en la normativa nacional que establece la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen de seguridad social, al impedir a trabajadores afiliados a la Seguridad Social el percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando correspondan al mismo régimen de seguridad social pero no impedirlo en los casos en los que las pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social.

Centrándonos, ahora, en la normativa acerca del período de carencia preciso por parte de los trabajadores a tiempo parcial para acceder a prestaciones y/o pensiones, hagamos una referencia a la normativa que ha regulado esta cuestión y la incidencia que han tenido, sobre ella, los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional.

Así, fue la Resolución de 1 de febrero de 1982 la que introdujo, por vez primera, la regla de la proporcionalidad estricta para el cómputo del período de carencia en el caso

---

<sup>21</sup> Vid, más extensamente, acerca de la necesidad de dar solución a esta desigualdad, que persiste, BLASCO JOVER, C., "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa", en *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 9, nº 2, 2021.

de los trabajadores a tiempo parcial, es decir, que debían computarse exclusivamente los días u horas trabajados -aunque esta regla no se aplicaba para las prestaciones por desempleo, de acuerdo con su normativa específica<sup>22</sup>-; posteriormente el RD 2319/1993, de 29 de diciembre reiteró lo ya señalado, manteniendo el diferente tratamiento de las prestaciones por desempleo, y esta regulación fue la que quedó insertada, posteriormente, en la DA 7ª de la LGSS de 1994, una regulación que se establecía a la vista del art. 12.4º ET de entonces.

Pues bien, esta normativa fue declarada inconstitucional por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, una Sentencia a la que alude la STC 72/2013 y la STC 61/2013. El Pleno del Tribunal Constitucional sostenía en este pronunciamiento -en respuesta al planteamiento de una cuestión de constitucionalidad<sup>23</sup> que el principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo se vulnera no en la cuantía de la prestación que considera proporcionada al menor esfuerzo contributivo, sino en el cálculo del período de carencia exigido para tener derecho a una pensión. Concluía, así, el Tribunal Constitucional que dicha normativa constituía una discriminación directa por razón de sexo al haberse acreditado que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino.

El problema fue que, al momento de dictarse esta Sentencia -2004- ya estaba en vigor la nueva regulación para el cómputo del período de carencia de los trabajadores a tiempo parcial pues la misma fue redactada, de nuevo, en 1998. Por eso, al haberse pronunciado esta Sentencia sobre una regulación no vigente en aquel momento su eficacia práctica fue nula, por cuanto se había emitido sobre una normativa ya derogada<sup>24</sup>.

Fue el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad, el que dio nueva redacción al art. 166 LGSS y a la DA 7ª LGSS -aunque la entrada en vigor de tal DA 7ª tuvo que esperar a la aprobación de las disposiciones reglamentarias que desarrollaran tal DA 7ª<sup>25</sup>-. Tal regulación contenía las normas

---

<sup>22</sup> Ley 31/1984, de 2 de agosto y RD 625/1985, de 2 de abril

<sup>23</sup> Vid, igualmente, la STC 49/2005, en relación con la determinación del período de carencia exigible a los trabajadores a tiempo parcial para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, y la STC 50/2005 para la determinación del período de carencia exigible a los trabajadores a tiempo parcial para el acceso a la jubilación, pronunciamientos que resuelven sendos recursos de amparo.

<sup>24</sup> Vid. MARTINEZ BARROSO, M.R., "Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)", en *Revista General de Derecho europeo*, nº 31, 2013.

<sup>25</sup> Según la DF 2ª del RDL 15/1998, de 27 de noviembre. Asimismo, el desarrollo reglamentario de la DF 7ª se produjo a través del RD 1131/2002

aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial incluyendo cuatro reglas referidas al cálculo de la cotización, del período de cotización, de la BR y de la protección por desempleo.

Esta segunda regulación mantuvo, como regla general, que el cómputo de las cotizaciones efectuadas había de realizarse en función de las horas trabajadas (ordinarias o complementarias), aunque también introdujo para las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente una regla correctora: la aplicación a los días teóricos de cotización -resultado de multiplicar el número de horas efectivamente trabajadas por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales- de un coeficiente multiplicador de 1,5, resultando así un incremento del período computable para el período de carencia en las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación.

No obstante, la dulcificación de la norma operada por la Ley 15/1998 no se aplicaba a todas las prestaciones sociales, ni eliminaba tampoco su impacto adverso. Por esta razón, los órganos jurisdiccionales reaccionaron planteando nuevas cuestiones de constitucionalidad hasta llegar a la cuestión prejudicial<sup>26</sup> a la que se dio respuesta en la Sentencia *Elbal Moreno* resolviéndose que la normativa que exige a los trabajadores a tiempo parcial (que) en su mayoría (son) mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en una cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada iba en contra del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y suponía una discriminación indirecta por razón de sexo<sup>27</sup>.

La STC 61/2013 sirvió para asumir rápidamente la Sentencia *Elbal Moreno*<sup>28</sup> y para declarar nulo el precepto que servía para calcular la vida laboral para el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Por eso, tras ella aparecía un “vacío legal” que obligaba al legislador a intervenir.

Así pues, el RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, fue una norma

---

<sup>26</sup> Vid, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el Real decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 7/2013.

<sup>27</sup> La lesividad de la normativa de seguridad social española que estima la Sentencia *Elbal Moreno* no se relaciona con el incumplimiento de la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial de la Unión europea, sino con la contravención de la normativa comunitaria relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Vid. GÓMEZ GORDILLO, R., “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 47, año 18, enero-abril, 2014.

<sup>28</sup> Vid, VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>. A., “La Sentencia *Elbal Moreno* y sus resonancias (y una disonancia)” en AAVV., *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, pp. 685 y ss.

de urgencia que, tras someterse a la tramitación parlamentaria, se convirtió en la Ley 1/2014, de 28 de febrero y sirvió para dar nueva redacción a las reglas que habían quedado anuladas por la STC 61/2013. No obstante, el RDL 11/2013, de 2 de agosto no eliminaba la proporcionalidad de la regulación -que seguía resultando perjudicial para los/las trabajadoras a tiempo parcial, tal como pedía la doctrina científica de entonces<sup>29</sup>; de hecho, dicha reforma implementaba unas nuevas reglas del cómputo de la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial de gran complejidad, reglas, que, aunque en menor término, seguían resultando nocivas para ciertos colectivos<sup>30</sup>.

En síntesis<sup>31</sup>, la reforma, en vez de acoger la fórmula utilizada para las prestaciones por desempleo, consistente en la equivalencia entre día trabajado y día cotizado, cualquiera que fuera la jornada realizada, se inclinaba por otra que adecuaba los períodos de carencia a la “media” de la jornada que, a lo largo de la vida laboral (en pensiones) o en un período de tiempo más corto (en subsidios) acreditara el solicitante de las prestación y que se constataba a través del coeficiente global de parcialidad. Por tanto, gracias a la incorporación del coeficiente global de parcialidad se permitía una sensible reducción del período mínimo de carencia exigido<sup>32</sup>, pero las diferencias seguían existiendo para los trabajadores a tiempo parcial.

En los años sucesivos esta regulación se mantuvo, aunque con la entrada en vigor del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, las reglas del cómputo de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial aparecían en el art. 247, 248 y ss. TRLGSS.

Y sobre el art. 248 TRLGSS incidieron, de nuevo, en los años siguientes, tanto la STJUE (Sala Novena), Caso *Villar Laiz* contra el INSS, Sentencia de 8 de mayo de

---

<sup>29</sup>Decían ya en 2012 GARCÍA NINET, J.I., y VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup> A., en “Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social; el caso Elbal Moreno”, en *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, nº 102, 2012, p. 260. que la reforma de la DA 7<sup>a</sup> LGSS-94 debía ir claramente en el sentido de restablecer el principio de equiparación de los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en lo referente al período de carencia, extendiendo la regla prevista para la protección por desempleo a todas las prestaciones económicas dispensadas por el Sistema de Seguridad Social. Y es que el período de carencia, aún siendo un requisito para el acceso a prestaciones de naturaleza contributiva, no necesariamente debe responder a reglas de proporcionalidad.

<sup>30</sup> Para LOUSADA, op. Cit, al legislador no le preocupaba tanto completar el ordenamiento jurídico con la reforma, sino más bien el impacto económico de la declaración de inconstitucionalidad, motivo por el que se optaba por una legislación con gran complejidad técnica, invocando el principio de contributividad y el riesgo de fraude para no eliminar completamente el principio de proporcionalidad.

<sup>31</sup> Como resume MARTÍNEZ BARROSO, M.R., en “Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)”, en *Revista General del Derecho*, nº 31, 2013.

<sup>32</sup> Vid. narrando las singularidades de esta nueva regulación, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Los efectos del contrato a tiempo parcial sobre la acción protectora de la Seguridad Social”, en *Revista del Ministerio de empleo y seguridad social*, nº 124, 2014.

2019<sup>33</sup>, como la STC 91/2019, de 3 de julio declarando, esta última, la inconstitucionalidad de parte del art. 248 TRLGSS.

Así, en este último pronunciamiento se concluía que la reducción adicional de la BR de los trabajadores a tiempo parcial mediante un porcentaje derivado de un coeficiente de parcialidad que reduce el número efectivo de días cotizados, una normativa que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, es una medida desproporcionada ya que una reducción de la BR en función a su menor base de cotización se añade a la reducción paralela del período mínimo de cotización para fijar la cuantía de la prestación, y ello carece de una justificación objetiva y razonable.

Como se puede apreciar, teóricamente la inconstitucionalidad del art. 248 TRLGSS no afectaría al cálculo del período de carencia -aspecto contenido en el art. 247 TRLGSS- pero no es esto lo que estaban entendiendo los Tribunales, como se puede comprobar en la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 29 de octubre de 2021<sup>34</sup>, pronunciamiento en el que el Tribunal -haciendo suya la doctrina contenida tanto en la STJUE Villar Laiz, como en la STC 91/2019- concede a una trabajadora a tiempo parcial la pensión de jubilación al considerar inconstitucional la denegación de la misma en aplicación de los coeficientes de parcialidad contenidos en el art. 247 TRLGSS<sup>35</sup>.

En este litigio, al igual que ocurría en la STC 61/2013, la trabajadora tiene más de 1000 días efectivos de cotización y se le computan menos de 300 en orden a la acreditación de la carencia específica en el acceso a la pensión de jubilación; es decir, a pesar de haber cotizado cuatro décadas al sistema de seguridad social la trabajadora no accede a la pensión de jubilación. Considera el TSJ de Galicia en 2021 que la nueva regla del art. 247 TRLGSS no impide que, en casos como el analizado, se produzcan resultados desproporcionados, pues se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados. Y concluye el pronunciamiento predicando la inconstitucionalidad del art. 247 TRLGSS al resultar aplicable la doctrina incluida en la STC 91/2019<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> TJCE, 2019, 83.

<sup>34</sup> nº 4109/2021, de 29 de octubre, JUR 2022, 453, ECLI:ES:TSJGAL:2021:6215,

<sup>35</sup> Vid, también, la STJ de Madrid de 7 de octubre de 2021, st n1 848/2020.

<sup>36</sup> Podemos leer en este pronunciamiento que: *en definitiva, pudiendo predicarse la inconstitucionalidad de la regla relativa a los coeficientes de parcialidad del art. 247 TRLGSS la regla aplicable debe ser la misma que se aplica al trabajo a tiempo completo, es decir, el tiempo que, para cada prestación, se especifique en la norma aplicable, que, para la jubilación contributiva*

Afortunadamente, la norma que fue declarada inconstitucional en la STC 61/2013, la misma norma que, para dulcificarse, fuera redactada, de nuevo, en 2013, ha sido finalmente eliminada con ocasión de la redacción del art. 26º del RDL 2/2023, de 16 de marzo, al darse nueva redacción al art. 247 TRLGSS. Tras dicha reforma la regulación cuestionada en el pronunciamiento que comentamos se ha eliminado.

Así las cosas, con vigencia desde el 1 de octubre de 2023, la regla a seguir es que, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, se tienen en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

Sin duda, la reforma legislativa se ha hecho esperar, pero ya es realidad; ello supondrá que, de cara a computar el período de carencia de cara a la obtención de tales pensiones y subsidios, el tratamiento de todos los trabajadores va a ser el mismo, independientemente de la duración de su jornada.

### **3. El incremento temporal y puntual del complemento de brecha de género un 10% durante los años 2024 y 2025**

El RDL 2/2023 incorpora en la DT 1ª el reconocimiento de un pago adicional -y temporal- del complemento por brecha de género, un pago que consiste en el abono de un 10% extra, a pagar única y exclusivamente durante los años 2024 y 2025. Se trata realmente de aplicar un incremento que es superior a la revalorización anual prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año y supone un aumento gratuito que no obedece a justificación alguna y que servirá, en particular, para reducir la brecha de género en números absolutos, aunque de forma artificial, pues al finalizar el año 2025 las pensiones lo perderán<sup>37</sup>, siendo éste el momento en el que entrarán en vigor las planificadas reformas sobre la integración de lagunas que mejorarán el acceso a las pensiones, tal como veremos a continuación.

---

*es el previsto en el art. 205 del TRLGSS, es decir, cada día, mes o año cotizado equivale a un día, mes o año de carencia en los mismos términos del trabajo a tiempo completo.*

<sup>37</sup> La DT 1ª del RDL 2/2023 dice así: *El importe del complemento de brecha de género establecido en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en la disposición adicional decimotercera del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, será objeto de un incremento adicional del 10% sobre la revalorización prevista en el artículo 58.2 en el bienio 2024-2025, que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas leyes de presupuestos generales del Estado.*



#### 4. Las mejoras sobre la integración de lagunas que vendrán en enero de 2026

Como es sabido, existen lagunas cuando en el período que ha de tomarse de cálculo de la BR, para calcular la cuantía de determinadas pensiones, aparecen meses durante los cuales no ha existido obligación de cotizar. La regulación existente hasta ahora, que sirve para la integración de lagunas para la incapacidad permanente derivada de enfermedad común y para la jubilación, consiste en entender cotizadas 48 mensualidades con el 100% de la base mínima de cotización y entender cotizadas el resto de las mensualidades con el 50% de la base mínima de cotización. La regulación que se introducirá en 2026, por la DT 41 TRLGSS, permitirá una mejora de este mecanismo, aunque se trata de una integración temporal de lagunas, vinculada a la subsistencia de la brecha de género en un porcentaje superior al 5%, pero habremos de esperar para que esta medida opere hasta el 1 de enero de 2026.

Según este precepto, en tanto la brecha de género sea superior al 5%, en los términos de la DA 37ª TRLGSS, para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que sea de aplicación la integración de lagunas según el art. 209 LGSS, los meses en los que no hubiera existido obligación de cotizar, desde la 49ª mes al 60ª mes, se integran con el 100% de la base mínima de cotización del Régimen General en el mes respectivo; y desde la 60ª a la 84ª mensualidad se integran con el 80% de la Base mínima de cotización del Régimen General en el mes respectivo. Asimismo, para el cálculo de la pensión de jubilación de los hombres a los que sea de aplicación el art. 209.1.b) LGSS se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior respecto a las mismas mensualidades y con igual importe, siempre que en la relación con alguno de los hijos acrediten los requisitos establecidos en las reglas 1ª o 2ª del apartado 1.b) del art. 60ª, es decir, se cumplan los requisitos para acceder al complemento de brecha de género, si bien no se exige que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor y tampoco se exige que el hombre tenga derecho a la percepción del complemento por reducción de la brecha de género. Hay que tener en cuenta, además, que esta integración de lagunas se aplica sin perjuicio de lo establecido en el art. 209.1.b) LGSS, es decir sin tener en cuenta los supuestos en los que no ha existido obligación de cotizar durante parte del mes.

Además de ello el nuevo art. 248.2º TRLGSS -también vigente *ad futurum*- relativo a la integración de períodos sin obligación de cotizar de los trabajadores a tiempo parcial, eliminará la previsión de que la Base de cotización paree estos trabajadores -la mayoría

mujeres- deba ser, de entre las aplicables a cada momento, la correspondiente al número de horas contratadas en el último término, ya que, lo que ocurrirá, desde enero de 2026, será que a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común la integración de los períodos durante los que no ha habido obligación de cotizar se llevará a cabo en los términos del arts. 209.1º y 197.4 LGSS respectivamente, es decir, se lleva a cabo una remisión a las normas que rigen para los trabajadores a tiempo completo. Esta medida era necesaria y tendrá clara repercusión sobre la reducción de la brecha de género, aunque todavía tardaremos en aplicarla, como se ha visto, el TJUE no consideró la regulación actual contraria a la Directiva 79/7/CE en la STJUE del asunto Cachaldora.

### **III. EL INCREMENTO DE LA EDAD DEL MENOR EN LA PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENORES CON ENFERMEDAD GRAVE**

Este cambio sí ha entrado ya en vigor, concretamente lo ha hecho el 1 de abril de 2023. Consiste en la nueva redacción de los arts. 190.3º, 191.2º, 192.2º TRLGSS con los que se mejora la protección de la prestación económica por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave: hasta abril se mantenía la prestación hasta los 23 años, cuando, una vez alcanzada la mayoría de edad, persistía el padecimiento diagnosticado y subsistía la necesidad de hospitalización y cuidado. Ahora, a merced de lo que señala el actual art. 190.3º TRLGSS, cumplidos los 18 años se puede reconocer la prestación hasta que el causante cumpla los 23 años en los supuestos de enfermedad diagnosticada antes de los 18 años, siempre que se acrediten todos los requisitos salvo la edad. Se trata de un supuesto en el que la dolencia aparece antes de los 23 años, sin haber presentado solicitud antes de esa edad. Y se mantiene la prestación hasta los 26 años si antes de alcanzar los 23 se acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

Además, en el art. 191.2º se flexibilizan también los requisitos para acceder a la prestación económica en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o extinción de la pareja de hecho, en los términos del art. 221 TRLGSS, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género, ya que se reconoce el derecho en favor del que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje, siempre que cumpla con el resto de los requisitos. La versión anterior de este precepto aludía únicamente a los supuestos de separación y divorcio. Y señala el art. 192.2º que en el supuesto de que la prestación se mantenga hasta los 26 años la prestación se extingue si la persona enferma deja de acreditar el grado de discapacidad de 65% o cuando cumpla 26 años.

Finalmente, la DT 5ª del RDL 2/202 aclara que las personas que hubieran disfrutado de una reducción de la jornada de trabajo al amparo del art. 37.6º ET para el cuidado,

hospitalización y hayan visto extinguida dicha reducción de jornada por haberse cumplido 23 años, pueden volver a solicitarla siempre que se acredite la situación de discapacidad y hasta los 26 años del enfermo. Hay que tener en cuenta, por lo demás, que idéntica previsión aparece también en la modificación del Estatuto básico del empleado público en el RDL 2/2023<sup>38</sup>.

#### **IV. LOS CAMBIOS OPERADOS EN LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL**

El RDL 2/2023 se une a dos reformas previas de la IT, muy relevantes, a las que se añade. La primera de estas reformas tuvo lugar por el RD 1060/2022, de 27 de octubre, RD que modificó, con efectos de 1 de abril de 2023, el RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y el control de los procesos de IT en los primeros 365 días de su duración<sup>39</sup>. La segunda de estas reformas fue la que se produjo al promulgarse la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, Ley que modificó, con efectos de 1 de junio de 2023, los arts. 169, 172 y 173 TRLGSS para regular situaciones especiales de incapacidad temporal<sup>40</sup>.

La reforma del RDL 2/2023 pretende favorecer una gestión más eficaz y eficiente de la incapacidad temporal y un uso adecuado de la misma mediante la modificación de los arts. 82.4º.b) 169.1.b), 179 y 174, así como la DA 1ª.4º y la DT 37ª -nueva- del TRLGSS y la DT 4ª del RDL 2/2023, asignando en procesos de incapacidad temporal de más de 365 días y de menos de 545 la competencia a la Inspección médica del INSS y no al EVI

---

<sup>38</sup> Vid. el RD 677/2023, de 18 de julio, sobre prestaciones económicas por cuidado de menores con enfermedad grave.

<sup>39</sup> Las modificaciones más importantes serían: En los procesos de incapacidad temporal el facultativo -servicio de salud, mutua o empresa colaboradora- puede fijar la revisión médica en un período inferior al indicado en cada caso. El facultativo expide una copia del parte que ha de entregar a la persona trabajadora y el trabajador ya no ha de recibir y presentar la copia del parte de IT que estaba destinado a la empresa. Por lo que se refiere a las obligaciones de trámite de las empresas, éstas deben transmitir al INSS -antes de tres días hábiles- los datos económicos del parte de baja -no el parte- previstos en la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero. No hay que transmitir al INSS los partes de confirmación y alta. A estos efectos, la empresa conoce la información a través del Fichero INSS Empresas (FIE).

<sup>40</sup> Estas situaciones especiales de IT tienen su origen en estas causas: a) La menstruación incapacitante secundaria. En este caso no se exige período mínimo de cotización, se abona el subsidio con cargo a la Seguridad Social desde el primer día de la baja y cada proceso es nuevo y no recaída del proceso anterior; b) La interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras se reciba asistencia sanitaria por el servicio público de salud y se esté impedida para el trabajo; sin perjuicio de los supuestos en que la interrupción del embarazo sea debido bien a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, en cuyo caso tiene la consideración de CP, se trata de un subsidio para el que no se exige período mínimo de cotización y se abona por la Entidad gestora desde el día siguiente a la baja; c) La gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana 39ª. Se exigen aquí los mismos períodos mínimos de cotización que los que se regulan para la prestación por nacimiento y cuidado de menor y la situación dura desde el día siguiente a la baja en el trabajo hasta la fecha del parto, excepto en el caso que la trabajadora hubiera iniciado una situación de riesgo durante el embarazo.

-Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS-. Hay que tener en cuenta que estos artículos sí han entrado en vigor: lo han hecho el 18 de marzo y el 17 de mayo de 2023.

## **V. LA INCLUSIÓN DE LOS ALUMNOS EN PRÁCTICAS FORMATIVAS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DESDE EL 1 DE ENERO DE 2024**

El RDL 2/2023 incorpora una DA 52ª en el TRLGSS para regular la inclusión en el Sistema de seguridad social a los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación<sup>41</sup>. Por primera vez la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria determina la inclusión obligatoria en el sistema de seguridad social de las personas que las realicen en los términos de la DA 52ª TRLGSS.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que estas prácticas incluyen las realizadas por alumnos universitarios, grado, máster, doctorado, títulos propios de universidad, ya sea máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto y las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que no se presenten en régimen de Formación profesional intensiva. El encuadramiento de estos colectivos debe producirse en el Régimen General o en el Régimen especial del Mar si la práctica se produce en embarcaciones. Por lo que se refiere a la acción protectora, quedan excluida la protección del desempleo, del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional, y, si las prácticas formativas no son remuneradas se excluye también la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

En tema de gestión, las prestaciones por nacimiento y cuidado de hijos se abonan por la entidad gestora o por la Mutua, por pago directo; en cambio, sí es obligatorio el pago delegado para el abono de las prestaciones que correspondan por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, lo que implica que las empresas o las entidades formadoras deben ocuparse del pago de estos subsidios en caso de que los alumnos en prácticas tengan derecho a su percepción.

Una de las cuestiones más relevantes de esta regulación tiene que ver con la entidad a la que le corresponde llevar a cabo los actos de encuadramiento y el pago de las cotizaciones. A este respecto, señala la DA 52ª que debe distinguirse entre las prácticas formativas remuneradas, y las no remuneradas.

---

<sup>41</sup> Esta DA 52ª supone derogar la DA 5ª del RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que regulaba esta materia de manera parcial, pues las prácticas no remuneradas quedaban pendientes de una norma de desarrollo que no llegó a publicarse.

En el caso de las prácticas remuneradas los actos de encuadramiento y la obligación de cotizar recae en la entidad u organismo que financie el programa de formación que asume la condición de empresario, y si el programa está cofinanciado le corresponde a quien efectivamente haga el pago de la contraprestación económica. En cambio, en el caso de las prácticas formativas no remuneradas, el encuadramiento y el abono de las cuotas se atribuye a la empresa, institución o entidad en la que se desarrolle la práctica, salvo que el convenio -entre empresa y entidad formadora- establezca que estas obligaciones corresponden al centro de formación responsable de la oferta formativa. En este último caso, ha de existir una buena coordinación entre las dos entidades -la que ocupa y la que paga las cuotas- estableciéndose expresamente que quien asuma la condición de empresario debe comunicar los días efectivos de prácticas a partir de la información que facilite el centro donde se realice la práctica formativa. En cualquier caso, la entidad que pague las cuotas debe disponer de un código cuenta de cotización específico para este colectivo que ha de facilitar la Tesorería General de la Seguridad Social.

Por lo que se refiere a la cotización, en el caso de las prácticas formativas, remuneradas y no remuneradas, queda excluida la cotización finalista del mecanismo de equidad intergeneracional y a las cuotas por contingencias comunes, se les aplica una reducción del 95% sin que se les aplique otros beneficios de cotización. En el caso de las prácticas remuneradas se aplican las normas generales, es decir, las reglas de cotización aplicables a los contratos formativos en alternancia (DA 43ª TRLGSS), aunque sin incrementar las cuotas el caso de que la base de cotización sea superior a la mínima<sup>42</sup> y, por lo que se refiere a las cuotas -diarias-a satisfacer en las prácticas no remuneradas, éstas tienen una cuantía fija<sup>43</sup>.

Por lo demás, como reglas especiales, el plazo reglamentario para el ingreso de las cuotas en las prácticas no remuneradas es en abril, respecto de enero, febrero y marzo; en julio, respecto de abril, mayo y junio; octubre respecto de julio, agosto y septiembre y

---

<sup>42</sup> Ello supone que la cuota por contingencias comunes y contingencias profesionales -única y mensual- es, para el año 2023, de 61,24 euros -cuota por contingencias comunes-, de aquí 51,06 euros los paga la empresa y 10,18 euros el trabajador, y la cuota de contingencias profesionales - que paga la empresa- asciende a 7,03 euros.

<sup>43</sup> Desde el 1 de octubre de 2023 hasta el 31 de diciembre de 2023 la DT 2ª del RDL 2/2023 señalaba que la cuota por contingencias comunes es de 2,36 euros y la de contingencias comunes es de 0,29 euros; y, asimismo, la cuota máxima mensual por contingencias comunes no puede superar los 53,59 euros y la cuota máxima por contingencias profesionales o puede superar los 6,51 euros. No obstante, la DA no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2024, por lo que estas cuantías pueden alterarse al llegar a ese momento.

enero, respecto de octubre noviembre y diciembre<sup>44</sup>. En cualquier caso, como ya se ha dicho, tal cual se prevé en el RDL 5/2023, la DA 52ª TRLGSS redactada por el RDL 2/2023 entrará en vigor el 1 de enero de 2024.

## **VI. LA INTRODUCCIÓN DE LA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS EN EL RETA DESDE ENERO DE 2026**

El RDL 2/2023 contempla también que, desde 2026, en el Régimen Especial de trabajadores autónomos puedan considerarse cotizados períodos que no lo fueron de cara a la percepción de la pensión de jubilación. Tal regulación aparece en el art. 322 TRLGSS. Según este precepto, en los supuestos en los que el período que haya de tomarse para el cálculo de la BR aparezcan, con posterioridad, a la extinción de la prestación económica por cese de actividad, períodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, se integrarán las lagunas de cotización de los siguientes seis meses de cada uno de dichos períodos con la Base mínima de la tabla general de ese Régimen especial.

Sobre este particular, nótese que la prestación por cese de actividad es obligatoria desde hace poco por lo que la integración de lagunas se hará difícil antes de ese momento, y, además, la integración solamente será posible durante los seis meses anteriores: todo ello convierte esta medida en una medida “de mínimos” que tendrá escasa trascendencia real, que además, tardará en llegar al colectivo.

## **VII. EPÍLOGO: UN CÚMULO DE NOVEDADES DOSIFICADAS Y TEMPORALIZADAS**

Tras esta visión individualizada sobre los cambios más sobresalientes que, en materia de pensiones y prestaciones, se introducen en el RDL 2/2023, solamente queda resumir, muy brevemente, el calendario que ha quedado trazado en la mentada norma.

---

<sup>44</sup> Hasta el penúltimo día natural de cada uno de los meses que, conforme a lo indicado en el párrafo anterior se constituyen como plazo reglamentario de ingreso, las entidades deben comunicar a la TGSS el número de días realizado en prácticas no remuneradas.

En el caso de personas que no hayan realizado día alguno de prácticas o programas formativos no remunerados en un determinado mes, se debe informar a la TGSS.

Cuando la persona esté en IT derivada de CP: nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, la empresa debe indicar a la TGSS los días previstos para la realización de la práctica formativa. Si la empresa no comunica en plazo los datos indicados, el importe de la deuda del período mensual al que se refiere la misma es el importe resultante de multiplicar la suma de las cuotas por el número de días de alta en el mes de que se trate con el límite mensual antes señalado. En estos supuestos el número de días de alta a efectos de las prestaciones es el de dichos días.

A efectos de prestaciones, cada día de prácticas formativas no remuneradas es considerado como 1,61 días cotizados, sin que pueda sobrepasarse en ningún caso el número de días del mes correspondiente. Las fracciones de día que pudieran resultar del coeficiente anterior se computan como día completo.

Así, en noviembre de 2023 ya rigen los cambios llevados a cabo sobre las prestaciones familiares -cotizaciones ficticias- en el art. 237.2º y 3º TRLGSS; también están vigentes las reformas operadas sobre el art. 60 TRLGSS -precepto que regula el complemento de brecha de género- y se aplican, igualmente, las modificaciones introducidas en la prestación por cuidado de hijos con enfermedad grave contenidas en los arts. 190, 191 y 192. Finalmente, las modificaciones en la gestión de la incapacidad temporal incluidos en los arts. 169, 172 y 173 TRLGSS deben tenerse ya en cuenta. Y hace muy poco que está en vigor la nueva redacción del art. 247 TRLGSS, un precepto largamente esperado que equipara el modo de cálculo del período mínimo de cotización de los trabajadores a tiempo completo respecto de los trabajadores a tiempo parcial, que acaba de entrar en vigor el 1 de octubre de 2023.

Habrá que esperar, no obstante, hasta enero de 2024 para que entre en juego la DA 52ª que regula la inclusión obligatoria en el sistema de seguridad social de los alumnos que realizan prácticas formativas; además, el incremento del 10% del complemento de brecha de género solamente va a aplicarse durante 2024 y 2025 según la DT 1ª del RDL 2/2023, y, si nada sucede, posiblemente desde enero de 2026 se introduzca la mejora de la integración de lagunas planificada para los trabajadores a tiempo parcial que contemplará el art. 248.2º TRLGSS; se introducirá, también, la integración de lagunas “especial” y “temporal” para mujeres y cuidadores a la que alude la DT 41ª TRLGSS; y, por primera vez, los trabajadores autónomos podrán integrar lagunas, según el art. 322 TRLGSS.

# FIBRAS MORTALES EN LA ERA MODERNA: EL AMIANTO Y SU IMPACTO EN LA SALUD DEL SIGLO XXI

Por

MARCOS CRESPO FERNÁNDEZ  
Doctor en Derecho  
Universidad de Vigo<sup>1</sup>

[mcrespo@sepi.es](mailto:mcrespo@sepi.es)

*Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

**RESUMEN:** En la actualidad, a pesar de los avances científicos y tecnológicos, el amianto continúa representando una amenaza significativa para la salud pública en el siglo XXI. El artículo aborda cómo, a lo largo de décadas, el amianto fue utilizado ampliamente en diversas industrias debido a sus propiedades aislantes y resistentes al calor. Sin embargo, las investigaciones científicas han demostrado que la exposición a las diminutas fibras de amianto puede tener consecuencias devastadoras para la salud humana. En concreto, la inhalación de estas fibras puede causar enfermedades respiratorias graves, como el cáncer de pulmón y la asbestosis, una condición debilitante de los pulmones. En este contexto, la educación desempeña un papel crucial. Concienciar a la población sobre los riesgos del amianto y promover prácticas seguras en la eliminación y manipulación de materiales que lo contienen son pasos esenciales para reducir la exposición y prevenir enfermedades relacionadas. Además, fomentar la investigación de alternativas seguras y sostenibles puede ayudar a acelerar la transición hacia una sociedad libre de amianto. La dificultad radica en la necesidad de reemplazar materiales que contienen amianto sin comprometer la seguridad y la eficiencia. Además, la presencia pasada y presente de amianto en edificios y productos representa un riesgo constante para la exposición, lo que destaca la importancia de la detección temprana y la gestión adecuada. La finalidad de este artículo es contribuir con una reflexión sobre la problemática del amianto en el mundo, y en particular en el ámbito laboral y como, en la actualidad, a pesar de su prohibición, todavía se siguen produciendo casos derivados de su contacto. Para ello, analizaremos diversas fuentes doctrinales, textos emitidos por organismos públicos y privados, y jurisprudencia sobre el particular. En primer lugar, estudiaremos las enfermedades profesionales y su regulación en España con el objeto de ofrecer al lector unas nociones generales sobre este tipo de enfermedades, entre las que se encuentran las causadas por el amianto, y el marco regulatorio existente en nuestro Estado. En segundo lugar, se ha realizado una aproximación al concepto de amianto o asbesto, a partir de una definición puramente lingüística hasta alcanzar la noción jurídica recogida en el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto, en donde en su artículo 2 afirma que “*el término amianto designa a los silicatos fibrosos siguientes, de acuerdo con la identificación admitida internacionalmente del registro de sustancias químicas del Chemical Abstract Service (CAS)*”. En tercer lugar, y una vez que tenemos claro el concepto de amianto, es imprescindible que analicemos los diferentes riesgos existentes que para la salud se derivan de la exposición a este mineral. En cuarto lugar, realizaremos una exposición de diversas sentencias dictadas por los

---

<sup>1</sup> Máster en Contratación Pública por la UCLM, Máster en Seguridad por la UNED. Funcionario de carrera del Cuerpo Nacional de Policía en excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público, ocupando por ello en la actualidad, los puestos de Secretario del Patronato y Patrono de la Fundación SEPI, F.S.P., y de Titulado Superior Especialista en la Secretaría del Consejo y Dirección de Asuntos Jurídicos de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública



diferentes Tribunales de Justicia en el ámbito de sus competencias sobre supuestos relacionados con el amianto, con el fin de poder observar los diferentes criterios que tienen en cuenta los tribunales a la hora de abordar esta problemática. En último lugar, tratamos sentar las bases para un futuro en el mundo, sin este mineral llamado amianto, tan dañino para los seres humanos.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho laboral; amianto; enfermedad profesional; salud.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES Y SU REGULACIÓN EN ESPAÑA.- III. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE "AMIANTO" O "ASBESTO".- IV. RIESGOS PARA LA SALUD QUE SE DERIVAN DE LA EXPOSICIÓN AL AMIANTO.- V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.- VI. LA PROHIBICIÓN DEL AMIANTO.- VII. BIBLIOGRAFÍA.- 7.1. Artículos científicos y monografías.- 7.2. Legislación.- 7.3. Instrucciones, órdenes, circulares, informes y comunicaciones.

## **DEADLY FIBERS IN THE MODERN ERA: ASBESTOS AND ITS IMPACT ON HEALTH IN THE 21ST CENTURY**

**ABSTRACT:** Today, despite scientific and technological advances, asbestos continues to pose a significant threat to public health in the 21st century. The article discusses how, over the decades, asbestos was widely used in various industries due to its heat-resistant and insulating properties. However, scientific research has shown that exposure to tiny asbestos fibers can have devastating consequences for human health. Specifically, inhalation of these fibers can cause serious respiratory diseases, such as lung cancer and asbestosis, a debilitating condition of the lungs.

In this context, education plays a crucial role. Making the population aware of the risks of asbestos and promoting safe practices in the disposal and handling of materials that contain it are essential steps to reduce exposure and prevent related diseases. Additionally, encouraging research into safe and sustainable alternatives can help speed the transition to an asbestos-free society. The difficulty lies in the need to replace asbestos-containing materials without compromising safety and efficiency. In addition, the past and present presence of asbestos in buildings and products represents an ongoing risk for exposure, highlighting the importance of early detection and proper management.

The purpose of this article is to contribute with a reflection on the problem of asbestos in the world, and in the workplace and how, currently, despite its prohibition, cases derived from its contact continue to occur. For this, we will analyse various doctrinal sources, texts published by public and private organizations, and jurisprudence on the subject. In the first place, we will study occupational diseases and their regulation in Spain to offer the reader some general notions about this type of diseases, among which are those caused by asbestos, and the existing regulatory framework in our State.

Secondly, an approximation to the concept of asbestos has been carried out, from a purely linguistic definition until reaching the legal notion included in Royal Decree 396/2006, of March 31, which establishes the minimum provisions of safety and health applicable to work with risk of exposure to asbestos, where in its article 2 it states that *"the term asbestos designates the following fibrous silicates, in accordance with the internationally accepted identification of the Chemical Abstract Service (CAS) registry of chemical substances"*.

Thirdly, and once we are clear about the concept of asbestos, it is essential that we analyse the different existing risks to health derived from exposure to this mineral.

Fourth and last place, we will make a presentation of various judgments issued by the different Courts of Justice within the scope of their powers on cases related to asbestos, in order to be able to observe the different criteria that the courts take into account at the time to tackle this problem.

Lastly, we try to lay the foundations for a future in the world without this mineral called asbestos, so harmful to human beings.

**KEYWORDS:** Labour law; asbestos; occupational illness; health.

**SUMMARY:** I. INTRODUCTION.- II. OCCUPATIONAL DISEASES AND THEIR REGULATION IN SPAIN.- III. A FIRST APPROACH TO THE CONCEPT OF "AMIANTO" OR "ASBESTOS".- IV. HEALTH RISKS ARISING FROM EXPOSURE TO ASBESTOS.- V. JURISPRUDENTIAL ANALYSIS RESEARCH.- VI. THE BAN OF ASBESTOS.- VII. BIBLIOGRAPHY.- 7.1. Scientific

articles and monographs.- 7.2. Legislation.- 7.3. Instructions, orders, circulars, reports and communications.

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, unos 125.000.000 de personas en todo el mundo están expuestas al amianto en su lugar de trabajo. En el año 2004, el cáncer de pulmón relacionado con el amianto, la asbestosis y el mesotelioma causados por exposiciones laborales a este tipo de sustancia, dieron lugar a 107.000 muertes y 1.523.000 de años de vida ajustados por discapacidad (DALY). Asimismo, existen otras enfermedades relacionadas con el amianto que producen igualmente miles de muertes<sup>2</sup>.

En Europa, a pesar de que la Directiva 1999/77/CE de la Comisión, de 26 de julio de 1999, prohibió el amianto en toda Europa, a partir del año 2005, el amianto sigue causando miles de muertes hoy en día. Hay que tener en cuenta que todos los tipos de amianto son peligrosos y su efecto perjudicial para el ser humano ha sido documentado y objeto de regulaciones tanto a nivel europeo como por parte de los propios Estados miembros. Esta sustancia todavía se encuentra presente en la actualidad en muchos buques, trenes, maquinaria, depósitos, túneles, galerías y tuberías de las redes de distribución de agua, públicas y privadas y, en particular, en edificios tanto privados como públicos.

Tal y como constata la Organización Mundial de la Salud, cada año en la Unión Europea se registran entre 20.000 y 30.000 casos de enfermedades relacionadas con el amianto y estima que más de 300.000 ciudadanos morirán de mesotelioma en la UE hasta el año 2030<sup>3</sup>. A mayor abundamiento, es preciso señalar que el cáncer profesional es la primera causa de mortalidad en la UE<sup>4</sup>; ello se debe principalmente a la exposición a sustancias cancerígenas como el amianto. Hasta el 78% de los cánceres profesionales reconocidos en los Estados miembros está relacionado con el amianto<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> [https://www.who.int/ipcs/assessment/public\\_health/asbestos/es/](https://www.who.int/ipcs/assessment/public_health/asbestos/es/)

<sup>3</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Erradicar el amianto en la UE" (2015/C251/03). Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), 31 de julio de 2015. [Consultado 16 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5005&from=ES>.

<sup>4</sup> Con una cuota del 52%, el cáncer profesional es la primera causa de muerte relacionada con el trabajo en la UE, por delante de las enfermedades circulatorias (24 %), las lesiones (2%) y todas las demás causas (22 %) [datos de 2017, que abarcan por tanto la UE y el Reino Unido. [Consultado 5 de agosto de 2023]. Disponible en: (<https://visualisation.osha.europa.eu/osh-costs#!/>).

<sup>5</sup> [Consultado 5 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/experimental-statistics/european-occupational-diseases-statistics>.

Por su parte, en España, de acuerdo con un estudio editado por las Federaciones Sindicales de CCOO, UGT y los servicios de prevención de Mapfre en el año 2008, pronosticaban que en nuestro país fallecerían más de 30.000 trabajadores hasta el año 2030 de cáncer, como consecuencia de su exposición al amianto<sup>6</sup>.

Por otro lado, como hemos señalado al comienzo de esta introducción, aunque la extracción, la fabricación y el tratamiento del amianto están prohibidos, existe un importante problema en toda la UE ya que el asbesto sigue estando presente en muchos edificios antiguos, que probablemente serán renovados, adaptados o demolidos en los próximos años. La Estrategia Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas, tiene por objeto acelerar el ritmo de las renovaciones de edificios en toda la UE Dado que el riesgo de exposición al amianto se produce principalmente durante las obras de renovación, mantenimiento y demolición, es importante reforzar las medidas preventivas para limitar la exposición de los trabajadores que acometen estas obras<sup>7</sup>.

Con este panorama tan desalentador, en este artículo intentaremos analizar en toda su extensión la problemática que supone el amianto para el ser humano, con el objeto de que el lector pueda disponer de información contrastada en relación con el estado actual en el que se encuentra esta amenaza para la salud de las personas.

## II. LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES Y SU REGULACIÓN EN ESPAÑA

La Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, señalando que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios<sup>8</sup>, así como garantizar la defensa de los consumidores y usuarios,

---

<sup>6</sup> CÁRCOBA, A.; BÁEZ, F. y PUCHE, P. "El amianto en España: estado de la cuestión", octubre, 2011. [Consultado 16 de febrero de 2021]. Disponible en: <http://www.ccoortva.org/docs/amianto.pdf>.

<sup>7</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [COM(2020) 662 final], sobre "Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas". [Consultado 4 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0662>.

<sup>8</sup> Constitución Española. BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424. [Consultado 23 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Art. 43: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio".

protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos<sup>9</sup>.

El derecho a la protección de la salud que reconoce la Carta Magna se interpretó tradicionalmente en el sentido de recibir cuidados sanitarios frente a una enfermedad. Por ello, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>10</sup> estableció en su artículo 3, como uno de sus principios generales, que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades.

Tal y como se recoge en el párrafo quinto del Preámbulo de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública<sup>11</sup>, *“los poderes públicos han de asegurar y mejorar la salud de la población, la actual y la futura, entendiendo la inversión en salud como una contribución decisiva al bienestar social, tanto por el efecto neto de la ganancia en salud como por la contribución a la sostenibilidad de los servicios sanitarios y sociales, sin olvidar la contribución a la sostenibilidad general por el aumento de la productividad asociada a la salud y por el efecto positivo que las políticas de cuidado del medio tienen en el entorno y en la salud humana. La excelente respuesta que hemos dado al requerimiento constitucional de protección de la salud desde la vertiente del cuidado de las personas enfermas, debe ahora complementarse con la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud”*.

En consonancia con las pretensiones de la Ley General de Sanidad, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales<sup>12</sup> y de sus normas de desarrollo surgió, dentro de la Ponencia de Salud Laboral de la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS), el debate acerca de la necesidad de elaborar protocolos de vigilancia sanitaria específica de aquellos trabajadores que pudieran estar expuestos a algún tipo de riesgo en su puesto de trabajo. El hecho de evitar el cumplimiento de estos protocolos puede generar

---

<sup>9</sup> Constitución Española, art. 51.1.

<sup>10</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE, núm. 102, de 29 de abril de 1986, pp. 15207-15224. [Consultado 24 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499&tn=1&p=19860429>.

<sup>11</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011, pp. 104593-104626. [Consultado 24 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623>.

<sup>12</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, pp. 32590-32611. [Consultado 23 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292&tn=1&p=20141229>.

responsabilidad<sup>13</sup>. Los protocolos deben recoger aquellas exigencias establecidas en la normativa específica de cada escenario<sup>14</sup>.

Centrándonos ya en el título de este epígrafe, de acuerdo con la definición contenida en el diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, la locución “enfermedad profesional”<sup>15</sup> hace referencia a la enfermedad contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades especificadas reglamentariamente, provocada por la acción de los elementos o sustancias indicadas para cada enfermedad profesional.

En el mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), proporciona la definición legal de enfermedad profesional en su artículo 157, conforme el cual se entenderá por tal a *“la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”*. Matiza, asimismo que *“en tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”*<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Vid. STSJ del País Vasco de 5 de junio de 2007, núm. rec. 969/2007. STSJ PV 1997/2007 - ES:TSJPV:2007:1997. [Consultado 25 de julio de 2019]. Así el FJ 3º señala que *“A lo expuesto ha de añadirse que se estima que el empresario no sólo debe dotar a sus trabajadores de mecanismos de seguridad, sino debe también impartir las oportunas órdenes sobre su utilización (TSJ Valladolid 27-7-99; instruir a sus trabajadores en el manejo de las máquinas, así como sobre los riesgos y los métodos para prevenirlos (TSJ Cataluña 26-5-98; TSJ Burgos 21-3-00), por lo que la insuficiencia de formación e información es causa del recargo (TSJ Cataluña 20-5-99); y asimismo ha de vigilar el cumplimiento de las normas (TSJ Galicia 11-2-98); vigilancia a ejercer a través de sus mandos intermedios acerca del hecho de que la forma de realización del trabajo es correcta y no comporta ciertos riesgos (TSJ Baleares 13-10-98)”*.

<sup>14</sup> Vid. STSJ de Baleares de 18 de mayo de 2004, núm. rec. 377/2002. STSJ BAL 491/2004 - ES:TSJBAL:2004:491. [Consultado 30 de julio de 2019]. El FJ 2º afirma que *“en cuanto a que no pueden imponerse las funciones de vigilancia hasta que se aprueben los protocolos específicos a que se refiere el art. 37.3.c del RD 39/1997, no cabe admitir dicha interpretación ya que, al margen de no acreditarse la inexistencia de tales protocolos, no por ello debe eludirse el deber de vigilancia”*.

<sup>15</sup> Vid. MONERRI GUILLÉN, C. “El concepto de enfermedad profesional”, Artículos doctrinales, noticias jurídicas, 18 de noviembre de 2016. [Consultado 22 de abril de 2020]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11457-el-concepto-de-enfermedad-profesional/>.

<sup>16</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103291-103519. [Consultado 23 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>.

El profesor García Ortega considera que los elementos que componen el concepto de enfermedad profesional visto en el párrafo precedente son la enfermedad, el trabajo por cuenta ajena y la relación de causalidad entre ambos. *“La enfermedad actúa como agente lesivo que origina un detrimento corporal que se manifiesta de forma lenta, larvada y disimulada a través de un proceso patológico”. La acción lesiva de la enfermedad profesional puede manifestarse de diversas formas, en unos casos la evolución o incubación de la misma es muy lenta y su exteriorización puede presentarse mucho tiempo después de haber permanecido en el ambiente nocivo en el que se contrajo (caso típico de la silicosis), o bien puede permanecer en estado latente durante un prolongado período de tiempo para aflorar o manifestar sus primeros síntomas a propósito o como consecuencia aparente de un acto de trabajo, lo que puede dificultar su diagnóstico*<sup>17</sup>.

En relación con este concepto jurídico, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia dictada el 26 de marzo de 2019<sup>18</sup>, señaló que *“al tratarse de enfermedad profesional y a diferencia del accidente de trabajo, el hecho causante no se produce en un momento concreto y determinado, sino que va gestándose a lo largo del tiempo la exposición más o menos continuada del trabajador a determinadas sustancias, elementos o condiciones de trabajo, hasta que se exteriorizan las dolencias”*.

En atención a lo expuesto, no todas las enfermedades que puedan tener su origen en el trabajo pueden ser consideradas como enfermedades profesionales en sentido técnico-legal. Los requisitos ineludibles que se deben cumplir para que nos encontremos ante una enfermedad profesional son<sup>19</sup>:

1. Que la enfermedad sea contraída o prestada a consecuencia del trabajo por cuenta ajena<sup>20</sup>. Se exige que exista una relación de causalidad extremadamente

---

<sup>17</sup> GARCÍA ORTEGA, JESÚS “Introducción al Derecho de la Seguridad Social: acción protectora”, en GOERLICH PESET, J.M. (Director) Derecho del trabajo, 8ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 738.

<sup>18</sup>STS, Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2019, núm. rec.1281/2017. STS1196/2019 - ES:TS:2019:1196. [Consultado 23 de abril de 2020]. Vid. en este sentido la STSJ de Cataluña, de 23 de diciembre de 2002, núm. rec. 1642/2002. STSJ CAT 15058/2002 - ES:TSJCAT:2002:15058 y la STSJ de Cataluña, de 21 de abril de 2005, núm. rec. 3487/2004. STSJ CAT 5071/2005 - ES:TSJCAT:2005:5071.

<sup>19</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. en CAVAS MARTÍNEZ, F. (coord.) Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la seguridad social, Investigación financiada al amparo de lo previsto en la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo (Subvenciones para el fomento de la investigación social FIPROS), pp. 27-32. [Consultado 22 de abril de 2020]. Disponible en: [http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/cc901b09-e9fd-4565-87d4-6c8f117a6e99/F70\\_07N.pdf?MOD=AJPERES&CVID=](http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/cc901b09-e9fd-4565-87d4-6c8f117a6e99/F70_07N.pdf?MOD=AJPERES&CVID=)

<sup>20</sup>STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2019, núm. rec. 481/2019. STSJ GAL 3289/2019 - ES:TSJGAL:2019:3289. FJ 2. *“El primer elemento que debe concurrir para calificar como*

rígida entre el trabajo y la enfermedad, puesto que la enfermedad profesional se produce como consecuencia del trabajo realizado y no con ocasión de ese trabajo. Por lo que respecta al requisito de que la enfermedad se haya producido como consecuencia del trabajo desempeñado por cuenta ajena en los términos reflejados en el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>21</sup>, éste debe ser matizado ya que en la actualidad la cobertura por contingencias profesionales se ha extendido a los trabajadores autónomos también<sup>22</sup>.

2. Que la enfermedad sea consecuencia de las actividades que se especifiquen en el cuadro por las disposiciones reglamentarias de aplicación y desarrollo de la ley. Esta afirmación supone que para que una enfermedad pueda ser catalogada como profesional a efectos de la Seguridad Social, debe aparecer recogida en el cuadro que establece diferentes enfermedades profesionales causadas por diversos agentes patógenos<sup>23</sup>.

3. Que la patología proceda de la acción de elementos o sustancias que en el cuadro reglamentario se indiquen para cada enfermedad profesional. Es imprescindible que la enfermedad profesional tenga su origen en la acción de agentes químicos, físicos, biológicos o carcinogénicos, que se detallan en el cuadro aprobado por el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. En el supuesto de que estos

---

*profesional una patología es que ésta haya sido causada por el trabajo. Se debe acreditar este extremo y, una vez constatado que es así, es cuando se considera que esa patología constituye enfermedad profesional”.*

<sup>21</sup> El art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, entiende que el trabajo por cuenta ajena es el realizado por los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario.

<sup>22</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. en CAVAS MARTÍNEZ, F. (coord.), *Op. Cit.*, p. 29. Así, el art. 316.2 LGSS señala que “se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro”.

<sup>23</sup> *Vid.* Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE núm. 302, de 19 de diciembre de 2006, pp. 44487-44546. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2006/11/10/1299/con>.

agentes provengan del trabajo, pero no se encuentran recogidos en el cuadro que dan origen a su calificación como enfermedad profesional, nos encontraríamos ante una enfermedad que podría tener la consideración de accidente de trabajo si se prueba su conexión con el trabajo desempeñado, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2.e) del artículo 156 LGSS<sup>24</sup>.

La primera norma que, en España, regula la enfermedad profesional históricamente es la Ley de accidentes de trabajo del año 1900. Esta norma engloba dentro del concepto de accidente de trabajo el de enfermedad profesional, puesto que, tal y como afirma el profesor Blasco Lahoz ésta última “no tenía una regulación específica” en aquella época, “de forma que la cobertura específica de la misma es posterior a la del accidente de trabajo es posterior a la del accidente de trabajo, del que, en cierta medida, se fue independizando en base a razones técnicas, financieras y del tratamiento preventivo, ampliando así la identidad inicial entre accidente de trabajo y enfermedad profesional”<sup>25</sup>. Su artículo primero señala que “para los efectos de la presente ley, entendiéndose por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena [...]”. Completando esta definición, el artículo segundo afirma que “el patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente”<sup>26</sup>.

Jurisprudencialmente, se inicia la protección de la enfermedad profesional tres años después, a partir de la sentencia de 17 de junio de 1903, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, puesto que la enfermedad profesional es “esencialmente un

---

<sup>24</sup> El art. 156.2.e) LGSS establece que “tendrán la consideración de accidentes de trabajo: las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”. Vid. STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2015, núm. rec. 1111/2015. STSJ PV 2471/2015 - ES:TSJPV:2015:2471. Esta sentencia reconoce como enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano de los trabajadores que se dedican a tareas habituales del sector de la limpieza. En el presente supuesto la enfermedad de la actora es el síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio medio en la muñeca, contraída por su profesión durante treinta y cuatro años, consistente en la limpieza de las habitaciones de un hotel, limpieza que exige el uso habitual y repetido de instrumentos que han de sujetarse con la mano mientras se utilizan. Concluye que, configurada como enfermedad profesional el síndrome de túnel carpiano en quienes, entre otros, realizan trabajos que requieran movimientos repetidos o mantenidos de aprehensión de la mano, no cabe sino atribuir a esa contingencia la situación de incapacidad temporal mantenida por la recurrente.

<sup>25</sup> BLASCO LAHOZ, J. F. *Enfermedades profesionales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 46.

<sup>26</sup> Ley de accidentes de trabajo de 31 de enero de 1900. Gaceta de Madrid, núm. 31, pp. 363-364. [Consultado: 27 de enero de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1900/031/A00363-00364.pdf>.



*accidente de trabajo*<sup>27</sup>, señalando en el considerando que “si bien no es dable confundir en modo alguno lo que es un accidente del trabajo con lo que constituye una enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión determinada, cuando esta enfermedad no tiene una relación absoluta e inmediata con aquella profesión, sino que depende del agotamiento o desgaste natural de fuerzas empleadas en los trabajos a que el individuo se dedique, es, por el contrario, evidente que, siempre que la lesión a que se refiere el art. 1.º de la ley de 30 de Enero de 1900 sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicha ley, ya porque ésta no define el accidente con referencia a un suceso repentino más o menos imprevisto, sino al hecho mismo constitutivo en sí de la lesión, ya porque, dada la naturaleza de esta clase de accidentes en los establecimientos en que se emplean materias tóxicas o insalubres, sería por demás insólito que acaecieran repentinamente, como acontece en otras fábricas o talleres, o en los demás lugares donde los obreros ejecutan un trabajo manual por cuenta del patrono”<sup>28</sup>.

Con posterioridad, se publicó en la Gaceta de Madrid el 15 de julio de 1936<sup>29</sup>, la Ley de Bases del Seguro de Enfermedades Profesionales. Esta Ley fue promulgada como consecuencia de la ratificación del Convenio núm. 18 de la Organización Internacional del Trabajo de 1925<sup>30</sup>.

La Base I enumera detalladamente aquellas enfermedades profesionales a los efectos de la reglamentación especial para la indemnización del obrero víctima de ellas, o de sus causahabientes, en caso de defunción, siempre y cuando se originen por el trabajo en la Empresa que ejerza una de las industrias que recoge la propia Ley. Por lo que respecta a las enfermedades producidas por la exposición al amianto no aparecen detalladas todavía en esta Ley de Bases. Sólo aparece la enfermedad denominada neumoconiosis (silicosis con o sin tuberculosis, antracosis y otras enfermedades

---

<sup>27</sup> STS, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 1986, núm. 764. STS 12809/1986 - ECLI: ES:TS:1986:12809.

<sup>28</sup> STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1903, núm. 180. STS 1221/1903 - ECLI: ES:TS:1903:1221.

<sup>29</sup> Ley de Bases del Seguro de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936. Gaceta de Madrid, núm. 197, pp. 515-517. [Consultado 20 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1936/197/B00515-00517.pdf>.

<sup>30</sup> El 19 de mayo de 1925, se convoca en Ginebra, por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo con el objeto de adoptar diversas proposiciones relativas a la indemnización por enfermedades profesionales. Así, el 10 de junio de 1925 se aprueba el Convenio sobre las enfermedades profesionales núm. 18, ratificado en España por Ley de 8 de abril de 1932 (Gaceta de Madrid, núm. 105, 14 de abril de 1932, p. 335. Consultado 28 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/105/A00335-00335.pdf>).

respiratorias producidas por el polvo) que afecta, sobre todo, a las industrias y trabajos del carbón, y también a aquellas en donde se produzcan enfermedades por causa de polvo de naturaleza mineral, metálica, vegetal y animal.

Esta Ley de Bases establecía un *numerus clausus* de enfermedades e industrias en las que se podían producir, dejando a salvo una excepción. Así, la Base II señala que *“para tener derecho a indemnización el obrero víctima de una de las enfermedades profesionales a que se refiere esta Ley, es necesario que haya trabajado en una de las industrias mencionadas en la misma, con anterioridad a la declaración facultativa de enfermedad profesional, el tiempo que para cada categoría de éstas señalen las disposiciones reglamentarias”* y la Base XII complementa la anterior afirmando que *“la lista de enfermedades e industrias contenidas en la Base primera no obstará para que los Tribunales puedan, como hasta el presente, aplicar a manifestaciones de otras enfermedades derivadas directa, indubitada y principalmente del ejercicio de una profesión, la protección legal establecida para los accidentes del trabajo”*.

Once años más tarde, y ante la imposibilidad material de abordar la problemática en toda su extensión, al no existir en aquella época estudios y experiencias previas que pudieran servir de referencia para construir una regulación en torno a las enfermedades profesionales, el 21 de enero de 1947 se publica en el BOE núm. 21, el Decreto de 10 de enero de 1947 por el que se crea el Seguro de enfermedades profesionales<sup>31</sup> y su Reglamento de 19 de julio de 1949<sup>32</sup>.

Este Decreto ya regula en su artículo segundo de una forma clara que debemos entender por enfermedad profesional. Así, *“se entenderá como enfermedades profesionales aquellas que, producidas por consecuencia del trabajo, y con evolución lenta y progresiva, ocasionen al productor una incapacidad para el ejercicio normal de su profesión o la muerte. A efectos del plan de implantación del Seguro de enfermedades profesionales, tendrán, desde luego, este carácter las comprendidas en el cuadro que se inserta como anexo de este Decreto, el cual podrá ser adicionado a medida que se compruebe la existencia y el carácter de profesionales de otras enfermedades”*. El cuadro al que hace mención el artículo segundo todavía no contempla el amianto como enfermedad profesional. No obstante, queda completamente abierto a que se sumen a las ya contempladas, futuras enfermedades que revistan el carácter de profesional.

---

<sup>31</sup> Decreto de 10 de enero de 1947 por el que se crea el Seguro de enfermedades profesionales. BOE núm. 21, de 21 de enero de 1947, pp. 486-490. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1947/021/A00486-00490.pdf>.

<sup>32</sup> Orden de 19 de julio de 1949 por la que se aprueba el Reglamento del Seguro de Enfermedades Profesionales. BOE núm. 231, de 19 de agosto de 1949, pp. 3688-3695. [Consultado 28 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1949/231/A03688-03695.pdf>.

Debemos dar un salto en el tiempo hasta el año 1961, año de publicación del Decreto 792/1961, de 13 de abril<sup>33</sup> y su Reglamento de mayo de 1962, que derogaron la normativa vigente hasta la fecha, aunque han mantenido el régimen de lista cerrada de enfermedades profesionales<sup>34</sup>.

En el año 1966 se publica el Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. En su artículo 85 ya se definía la enfermedad profesional de un modo muy similar a cómo se define hoy en día. Así, disponía que *“se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias y en las actividades que se especifiquen en el cuadro anejo a las normas de aplicación y desarrollo de esta Ley. En tales normas se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de aquellas otras afecciones de etiología laboral y carácter profesional que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de la Gobernación”*<sup>35</sup>.

El cuadro de enfermedades profesionales que se publicó en el año 1978, mediante RD 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, deroga el cuadro de enfermedades profesionales y listas de trabajo con riesgo de producirlas anexo al Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional<sup>36</sup>, y establece el procedimiento que ha de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Esta regulación fue modificada parcialmente para incorporar

---

<sup>33</sup> Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional. BOE, núm. 128, de 30 de mayo de 1961, pp. 8138-8146. [Consultado 18 mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1961-10345>.

<sup>34</sup> BLASCO LAHOZ, J. F., *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>35</sup> Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. BOE, núm. 96, de 22 de abril de 1966, pp. 4778-4807. [Consultado 30 abril de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1966-6647>. El Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que se publicó años más tarde, definía la enfermedad profesional en idéntica forma que en el año 1966.

<sup>36</sup> Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional. BOE, núm. 128, de 30 de mayo de 1961, pp. 8138-8146. [Consultado 18 mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1961-10345>.

el carbunco como enfermedad profesional en la actividad de carga, descarga o transporte de mercancías, mediante RD 2821/1981, de 27 de noviembre, por la que se modifica el párrafo cuarto, punto tercero, del apartado D del Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, que aprobó el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social<sup>37</sup>.

Esta regulación fue derogada por el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro<sup>38</sup>, con su entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2007 y cuya última modificación se produjo en el año 2018 por RD 257/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Este decreto obedece a las siguientes circunstancias<sup>39</sup>:

1.- Se hace imprescindible la actualización de una lista que había quedado desfasada en cuanto a algunos agentes y actividades, al no contemplar nuevos agentes y actividades de riesgo y las enfermedades que aquellos ocasionen.

2.- La aplicación de la Recomendación 2003/670/CE, de 19 de septiembre, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales, con el objetivo de alcanzar un sistema más abierto.

3.- El cumplimiento del Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social de 12 de julio de 2003, que señalaba que debía adecuarse la lista a los nuevos procesos productivos y de organización.

El vigente cuadro de enfermedades profesionales realiza una relación de aquellas enfermedades cuyo origen profesional goza de un reconocimiento científico recogido en el Anexo I en seis grupos diferentes (causadas por agentes químicos, físicos, biológicos, inhalación de sustancias y agentes no recogidos en otros apartados, de la piel causadas

---

<sup>37</sup> RD 2821/1981, de 27 de noviembre, por la que se modifica el párrafo cuarto, punto tercero, del apartado D del Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, que aprobó el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. BOE, núm. 287, de 1 de diciembre de 1981, pp. 28103-28103. [Consultado 18 mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-27725>.

<sup>38</sup> RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE núm. 302, de 19 de diciembre de 2006, pp. 44487-44546. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2006/11/10/1299/con>.

<sup>39</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J. *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, Albacete: Bomarzo, 2007, p. 30 en BLASCO LAHOZ, J. F., *Op. Cit.*, p. 55.

por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados y por agentes carcinogénicos), así como aquellas actividades profesionales que son capaces de producirlas; no obstante la lista recogida en el cuadro se trata de una lista abierta, al igual que ya sucedía con la lista del derogado RD 1995/1978<sup>40</sup>. Este cuadro puede ser modificado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, para incluir nuevas enfermedades, principalmente cuando han sido agregadas a la lista europea<sup>41</sup>. Para concluir, el RD 1299/2006, establece en su Anexo II una lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría completarse en el futuro.

Una vez que conocemos cuáles son aquellas enfermedades que tienen un origen profesional, debemos analizar quién es el responsable de calificar una enfermedad como tal. Así, de conformidad con el artículo 3 del RD 1299/2006, la calificación de las enfermedades como profesionales corresponde a la entidad gestora respectiva, sin perjuicio de su tramitación como tales por parte de las entidades colaboradoras que asuman la protección de las contingencias profesionales. La entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que asuma la protección de las contingencias profesionales vendrán obligadas a elaborar y tramitar el correspondiente parte de enfermedad profesional que se establece en la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales<sup>42</sup>.

Para poner fin a este epígrafe y a modo de conclusión, una vez que han sido detectados síntomas de enfermedad profesional en un trabajador, de conformidad con el artículo 176.2 LGSS, “[...] el trabajador debe ser trasladado a puesto exento de tal riesgo, ello sin perjuicio de la existencia de una situación específica de incapacidad temporal [...]”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. STS, Sala de lo Social, de 11 de febrero de 2020, núm. rec. 3395/2017. STS 725/2020 - ECLI: ES:TS:2020:725 y la STS, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2006, núm. rec. 882/2005. STS 4128/2006 - ECLI: ES:TS:2006:4128.

<sup>41</sup> Recomendación de la Comisión de 19 de septiembre de 2003 relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (Texto pertinente a efectos del EEE) [notificada con el núm. C(2003) 3297]. DOUE, núm. L 238, de 25 de septiembre de 2003, pp. 0028-0034. [Consultado 26 de enero de 2021]. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/reco/2003/670/oj>

<sup>42</sup> Orden TAS/1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales. BOE, núm. 4, de 4 de enero de 2007, pp. 482-487. [Consultado 26 de enero de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/o/2007/01/02/tas1>

<sup>43</sup> GARCÍA ORTEGA, JESÚS “Introducción al Derecho de la Seguridad Social: acción protectora”, en GOERLICH PESET, J.M. (Director) Derecho del trabajo, 8ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 740.

### III. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE “AMIANTO” O “ASBESTO”

La palabra “amianto” proviene del latín *amiantus*, y este del griego *ἀμίαντος*, *amíantos*; literalmente sin mancha. Este vocablo fue acuñado por Dioscórides para describir un tipo de mineral fibroso de tono claro, por lo que etimológicamente se refiere genéricamente al amianto blanco o crisotilo<sup>44</sup>. La Real Academia Española lo define como un mineral constituido de silicato de cal, alúmina y hierro, que se presenta en fibras blancas y flexibles, es incombustible y tiene efectos nocivos para la salud.

El término “asbesto”, por otra parte, procede del latín *asbestos*, y este del griego *ἄσβεστος*, *asbestos*; inextinguible, que no se puede apagar. Con este significado encontramos una referencia en la *Ilíada* de Homero<sup>45</sup>. Originalmente tenía la condición de adjetivo y solía acompañar el sustantivo *τιτανίου*, *titanos*; cal, para formar la frase *ἄσβεστος τιτανίου*, cal no apagada, cal viva. La Real Academia Española define esta palabra como un mineral de composición y caracteres semejantes a los del amianto, pero de fibras duras y rígidas, parecidas al cristal hilado, y de efectos nocivos para la salud.

La primera referencia que tenemos del término “asbesto” se remonta hacia el año 300 a.C. año en el que Teofastro, discípulo de Aristóteles, lo describe en su obra *De las piedras*. Posteriormente, en el s. I d.C. cuando Plinio el Viejo menciona el asbesto en su obra *Naturalis Historia*, como un mineral del color del hierro que se encuentra en los montes de Arcadia<sup>46</sup>. No existe la certeza sobre, si el mineral del que nos habla Plinio el Viejo, se trate de lo que en la actualidad entendemos por asbesto o se trata de un mineral diferente. No obstante, de lo que no hay la menor duda es del conocimiento que Plinio tenía sobre el amianto y sus propiedades incombustibles. Así lo recoge en su obra *Naturalis Historia*: “*Ostracitaesimilitudinemtestaehabent. ususeorum pro pumice ad levandamcutem. potisanguinemsistunt et inliti cum melle ulcera*

<sup>44</sup> REGUEIRO M. y GONZÁLEZ-BARROS, “El amianto: mineralogía del riesgo”, *Demolición y Reciclaje*, núm. 43, noviembre, 2008, pp. 34-53, [Consultado 9 de agosto de 2019]. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-15564/Amianto%20y%20asbestos%20-%20Manuel%20Requeiro.pdf>.

<sup>45</sup> HOMERO, *La Ilíada*. Traducción, estudio preliminar, notas y apéndices de BERGUA, J. B., Madrid: ed. Ibéricas, 1965. Canto XVI, versos 123-125: “*Entonces los troyanos arrojaron fuego dentro de la nave, y pronto ésta fue presa de inextinguible llama. Viendo Aquiles el fuego que rodeaba la popa...*”.

<sup>46</sup> C. PLINII SECUNDI, *Naturalis Historiae*, ed. TEUBNER, 1897, Lib. XXXVII, verso 146. [Consultado 9 de agosto de 2019]. Disponible en:

[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Pliny\\_the\\_Elder/home.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Pliny_the_Elder/home.html). “*Asbestos in Arcadiaemontibusnasciturcolorisferrei. — Aspísatim Democritus in Arabia nascitradit, igneicoloris, et oportere cum cameli fimo splenicisadalligari, inveniutique in nido Arabicarumalitim; et alitumeodem nomine ibi in Leucopetranasci, argenteicoloris, radiantem; cum...contra lymphatum habentibus. —*”.

*doloresquemammarumsanant. — Amiantusaluminisimilis nihil ignideperdit. hicveneficiisresistitombibus, privatimMagorum. —*

No es hasta el s. XVI, cuando *Georgius Agricola*, en su obra *Tratado de Mineralogía*, realiza una descripción de los yacimientos de asbestos existentes, así como de sus distintas variedades<sup>47</sup>.

El amianto o asbesto es el término que hace referencia al conjunto de minerales naturales, denominados silicatos hidratados de composición química variable, que cristalizan en forma de fibras. Está dotado de unas excelentes propiedades, tanto físicas como químicas, hecho éste que no pasó desapercibido allá por el año 1880 cuando empezó la explotación de los grandes yacimientos rusos y canadienses<sup>48</sup>.

La primera explotación comercial que se produce de este mineral la encontramos en el año 1820 cuando *Giovanni Aldini* diseña trajes de amianto para bomberos. En el año 1828 se produce la inscripción en el registro correspondiente de los EE.UU. de la primera patente sobre el uso del asbesto como aislamiento en máquinas de vapor. En el año 1860 el asbesto empieza a ser un elemento necesario contra los incendios en los edificios, por su carácter ignífugo. A finales del s. XIX ya se utiliza para cajas de caudales, lubricantes de rodamientos, como aislante de cables eléctricos... A principios del s. XX *Ludwing Hatschez* inventó las mezclas compuestas de asbesto y cemento para la construcción, ampliándose su utilización para diversos usos, como para la elaboración de tejas, paneles para paredes y tejados, molduras, barcos con planchas de asbesto, mezclas de plásticos y asbesto en botones, teléfonos, cuadros eléctricos, baldosas de vinilo, zapatas de freno de automóviles...<sup>49</sup>

Con el estallido de la Segunda Guerra Mundial se produjo un crecimiento en el consumo de asbesto en todo tipo de artilugios bélicos, tales como trajes ignífugos, bengalas de paracaídas, motores de buques, torpedos y ropa quirúrgica. Su último impulso acaeció después de la guerra con su empleo en revestimientos sobre las estructuras de acero de los rascacielos, las sacas de correo ignífugas, purificación de zumos de fruta, vinos y azúcares, hilo de sutura en cirugía, pasta de dientes y un largo

---

<sup>47</sup> REGUEIRO M. y GONZÁLEZ-BARROS, *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>48</sup> PRADO BURGUETE, C.; MARTÍNEZ GARCÍA, A. El amianto en el ambiente laboral, Monografías técnicas sobre seguridad y salud en el trabajo, núm. 3, Murcia: Región de Murcia, Consejería de Trabajo y Política Social, Instituto de Seguridad y Salud Laboral, 2000, ed. revisada 2006, p. 9. [Consultado 20 de abril de 2020]. Disponible en:

[http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=11424&IDTIPO=60&RASTRO=c721\\$m3507,3671](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=11424&IDTIPO=60&RASTRO=c721$m3507,3671). El amianto es resistente al fuego, posee una baja conductividad térmica, eléctrica y acústica, tiene una gran resistencia mecánica y a la acción de productos químicos, así como una enorme elasticidad y ofrece la posibilidad de ser hilado y tejido, entre otros.

<sup>49</sup> REGUEIRO M. y GONZÁLEZ-BARROS, *Op. Cit.*, p. 37.

etcétera<sup>50</sup>.

Por su parte, el RD 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto, en su artículo 2 ofrece una definición. “*El término amianto designa a los silicatos fibrosos siguientes, de acuerdo con la identificación admitida internacionalmente del registro de sustancias químicas del Chemical Abstract Service (CAS)*”.

Variedad de amianto		Núm. CAS	Composición química nominal	Minerales análogos (no fibrosos)
Grupo mineralógico	Denominación			
Serpentinas	Crisotilo	12001-29-5	Mg <sub>3</sub> (Si <sub>2</sub> O <sub>5</sub> )(OH) <sub>4</sub>	Lizardita, Antigorita
Anfiboles	Crocidolita	12001-28-4	Na <sub>2</sub> Fe <sub>32</sub> +Fe <sub>23</sub> +(Si <sub>8</sub> O <sub>22</sub> )(OH) <sub>2</sub>	Riebekita
	Amosita (Grunerita amianto)	12172-73-5	Fe <sub>72</sub> +(Si <sub>8</sub> O <sub>22</sub> )(OH) <sub>2</sub>	Grunerita
	Antofilita amianto	77536-67-5	(Mg, Fe <sub>2+</sub> ) <sub>7</sub> (Si <sub>8</sub> O <sub>22</sub> )(OH) <sub>2</sub>	Antofilita
	Actinolita amianto	77536-66-4	Ca <sub>2</sub> (Fe <sub>2+</sub> , Mg) <sub>5</sub> (Si <sub>8</sub> O <sub>22</sub> )(OH) <sub>2</sub>	Actinolita
	Tremolita amianto	77536-68-6	Ca <sub>2</sub> Mg <sub>5</sub> (Si <sub>8</sub> O <sub>22</sub> )(OH) <sub>2</sub>	Tremolita

Fuente: Guía Técnica del INSHT para la evaluación y prevención de riesgos relacionados con la exposición al amianto del RD 396/2006.

En la industria, las variedades mineralógicas más usadas fueron el crisotilo, la crocidolita, la amosita y la antofilita.

El crisotilo es un silicato de magnesio hidratado, de color blanco o verduzco y tiene el honor de ser la variedad más utilizada y abundante, suponiendo el 95% de la producción mundial. Este mineral está formado por una estructura de capas enrolladas en tubos concéntricos con su eje más largo paralelo a la fibra; las fibras son largas, flexibles y curvadas<sup>51</sup>.

La crocidolita es un silicato de hierro de sodio, de color azul lavanda. Sus fibras son de características intermedias en cuanto a dureza entre el crisotilo y la amosita, aunque suelen ser más largas y contemplan la posibilidad de hilarse.

<sup>50</sup> REGUEIRO M. y GONZÁLEZ-BARROS, *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>51</sup> PRADO BURGUETE, C.; MARTÍNEZ GARCÍA, A., *Op. Cit.* pp. 10-11.



La amosita es un silicato de magnesio de hierro, de color gris marrón. Contiene fibras duras y se presenta en vetas de 30 cm. de ancho. No es útil para el hilado, pero sí para el aislamiento térmico.

La antofilita es un silicato de magnesio con diversas cantidades de hierro, con haces de fibras cortos.

El artículo 5.4 párrafo tercero del RD 396/2006 señala que se entenderá por fibras de amianto o asbestos aquellas partículas de esa materia en cualquiera de sus variedades, cuya longitud sea superior a 5  $\mu\text{m}$  (micrómetros), su diámetro inferior a 3  $\mu\text{m}$  y la relación longitud-diámetro superior a 3.

Esta longitud se estimó en función de las fibras encontradas en autopsias pulmonares y del tamaño de los macrófagos alveolares. Se estimó que las fibras con un tamaño inferior a 5  $\mu\text{m}$  serían eliminadas por fagocitosis. En cuanto al diámetro de las fibras, se estimó que aquel que fuera superior a 3  $\mu\text{m}$ , no supondría un riesgo para el organismo, ya que ese tipo de fibras serían interceptadas y eliminadas por los mecanismos de defensa pulmonar<sup>52</sup>.

#### **IV. RIESGOS PARA LA SALUD QUE SE DERIVAN DE LA EXPOSICIÓN AL AMIANTO**

La exposición a fibras de amianto se produce principalmente a través de las vías respiratorias, por lo que, los trabajadores estarán expuestos o serán susceptibles de estarlo, cuando en su lugar de trabajo haya fibras de amianto en suspensión en el aire.

La dimensión que puedan tener las fibras es determinante para analizar el impacto que sus efectos puedan tener sobre la salud. Cuanto más pequeñas sean las fibras, más posibilidades existen de que puedan penetrar en el sistema respiratorio y cuanto más largas y finas sean, más difícil le resultará al organismo eliminarlas<sup>53</sup>. Así, las fibras de amianto, cuya longitud sea superior a cinco  $\mu\text{m}$ , su diámetro inferior a tres  $\mu\text{m}$  y cuya relación longitud-diámetro superior a tres, son capaces de perdurar en suspensión en el aire durante un extenso período de tiempo, no pueden ser disueltas en el agua, no se descomponen por acción de otros compuestos y pueden ser movidas por el aire, por lo que es factible que puedan ser respiradas por el ser humano.

La peligrosidad del amianto radica en su composición fibrosa y asbestiforme, es decir, la capacidad que posee la fibra de abrirse de forma longitudinal, originando más fibras de

---

<sup>52</sup> Medida fiable de las concentraciones de fibras de amianto en aire. Aplicación del método de toma de muestras y análisis MTA/MA-051/A04. [Consultado 6 de marzo de 2020]. Disponible en:

[https://www.insst.es/documents/94886/359418/CR\\_002\\_A05.pdf/6af535a7-c9f8-4006-a3f6-e12c4aa1bf1e](https://www.insst.es/documents/94886/359418/CR_002_A05.pdf/6af535a7-c9f8-4006-a3f6-e12c4aa1bf1e)

<sup>53</sup> PRADO BURGUETE, C.; MARTÍNEZ GARCÍA, A., *Op. Cit.* p. 13.

menor diámetro, que pueden ser inhaladas y penetrar en los alveolos pulmonares. En esa estructura se depositan y pueden generar procesos fibrogénicos y cancerígenos que conduzcan a graves patologías respiratorias.

No obstante, la patología respiratoria que se produce con motivo de la inhalación de asbesto es variada, pudiendo producirse enfermedades benignas o malignas. En el primer caso nos encontraríamos con placas pleurales, fibrosis pleural difusa, derrame pleural benigno, atelectasia redonda o síndrome de Blesowski. En el segundo supuesto estarían el cáncer de pulmón y otras neoplasias, asbestosis y el mesotelioma de pleura y peritoneo, el cáncer gastrointestinal y el cáncer de laringe.

El mecanismo por el que el amianto produce cáncer no está muy claro todavía. Tal y como señalan en su monografía Celia Prado y Ángel Martínez, *“hay dos hipótesis principales, una de ellas es la que se conoce como “el efecto fibra”, según la cual la aparición de cáncer es independiente de la naturaleza o composición de las fibras, debiéndose únicamente a la morfología de las fibras y a sus dimensiones, siendo las fibras cortas menos peligrosas que las largas<sup>54</sup>. Según la otra hipótesis, los efectos tóxicos de las fibras no son debidos sólo a sus dimensiones, sino que la composición química y, por consiguiente, su predisposición a ser disueltas por los líquidos fisiológicos y su reactividad, son factores directamente relacionados con la permanencia de las fibras en el organismo y, por tanto, con la probabilidad de originar daño. Según ella, fibras relativamente solubles, como el crisotilo, son menos peligrosas que los anfíboles<sup>55</sup>”*.

En relación con la exposición a las fibras de amianto, ésta puede ser laboral, accidental o inadvertida.

1.- Exposición laboral: afecta a aquellos trabajadores que ocupen un puesto de trabajo que requiera la realización de cualquier tipo de actividad que se encuentre recogida en el ámbito de aplicación del RD 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.

2.- Exposición accidental: es aquella que se produce en relación con otras personas, trabajadoras o no, que no intervienen, ni en la ejecución de los trabajos

---

<sup>54</sup> STANTON, M., WRENCH, F., Mechanism of mesothelioma induction with asbestos and fibrous glass. J. Natl. Cancer Inst. 1972, 48, 797-821; STANTON, M., LAYARD, M., TEGERIS, A., MILLER, E., MAY, M., MORGAN, E., SMITH, A., Relation of particle dimension to carcinogenicity in amphibole asbestos and other fibrous minerals. J. Natl. Cancer Inst. 1981, 67, 965-975 en PRADO BURGUETE, C.; MARTÍNEZ GARCÍA, A., *Op. Cit.* p. 14.

<sup>55</sup> POTT, F., Asbestos use and carcinogenicity in Germany and a comparison with animal studies. Ann Occup. Hyg, 1994, 38(4) 589-600; BROWN, R. C., Man-made mineral fibres: hazard, risk and regulation. Indoor Environ, 1994, 3, 234-247 en PRADO BURGUETE, C.; MARTÍNEZ GARCÍA, A., *Op. Cit.* pp. 14-15.

ni con posterioridad a la finalización de aquellos. Para la detección y control de este tipo de exposición al amianto deben medirse las concentraciones de fibras de amianto en aire y, por consiguiente, aplicar correctamente todas aquellas medidas preventivas que permitan evitar la dispersión de fibras fuera del lugar de trabajo.

3.- Exposición inadvertida: esta clase de exposición se produce cuando se realizan trabajos, desconociendo la presencia de materiales con amianto.

Los materiales que están formados por asbestos, en el supuesto de que se alteren, pueden desprenderse fibras que quedan en suspensión en el aire durante mucho tiempo. La cantidad de fibras de asbestos que un trabajador puede soportar depende de<sup>56</sup>:

- a) La concentración de fibras en el aire.
- b) El tiempo de duración de la exposición.
- c) El ritmo respiratorio del trabajador (la media es de 11.000 litros de aire al día).
- d) Las condiciones climáticas.
- e) Si porta equipo de protección o no.

En el año 1961 se publicaba el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y ya en su Anexo número dos “concentraciones máximas permitidas en el ambiente interior de las explotaciones industriales” regulaba cuál sería la cantidad máxima de asbestos permitidos en el interior de explotación industriales. Estaba limitada su concentración a 150.000.000 de partículas por metro cúbico de aire<sup>57</sup>.

Seis años más tarde, en 1967 se publica el Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el texto del Código Alimentario Español. En su articulado se recoge la prohibición de filtrar por materias inocuas, papel, pasta de papel, celulosa, amianto y tierra de infusorios para la elaboración y crianza de bebidas espirituosas<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> REGUEIRO M. y GONZÁLEZ-BARROS, *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>57</sup> Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. BOE, núm. 292, de 7 de diciembre de 1961, pp. 17259-17271. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1961-22449](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1961-22449).

<sup>58</sup> Disp. 3.30.31 del Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el texto del Código Alimentario Español. BOE núm. 248, de 17 de octubre de 1967, pp. 14180-14187. [Consultado 27 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/d/1967/09/21/2484>.

Ya más recientemente, en el año 2006 se publica el RD 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto. Así, su artículo 3 recoge cuáles son las operaciones y actividades en las que los trabajadores están expuestos o sean susceptibles de estar expuestos a fibras de amianto o de materiales que lo contengan:

- a) Trabajos de demolición de construcciones donde exista amianto o materiales que lo contengan.
- b) Trabajos de desmantelamiento de elementos, maquinaria o utillaje donde exista amianto o materiales que lo contengan.
- c) Trabajos y operaciones destinadas a la retirada de amianto, o de materiales que lo contengan, de equipos, unidades (tales como barcos, vehículos, trenes), instalaciones, estructuras o edificios.
- d) Trabajos de mantenimiento y reparación de los materiales con amianto existentes en equipos, unidades (tales como barcos, vehículos, trenes), instalaciones, estructuras o edificios.
- e) Trabajos de mantenimiento y reparación que impliquen riesgo de desprendimiento de fibras de amianto por la existencia y proximidad de materiales de amianto.
- f) Transporte, tratamiento y destrucción de residuos que contengan amianto.
- g) Vertederos autorizados para residuos de amianto.
- h) Todas aquellas otras actividades u operaciones en las que se manipulen materiales que contengan amianto, siempre que exista riesgo de liberación de fibras de amianto al ambiente de trabajo.

Todas estas actividades guardan relación con la demolición, retirada y eliminación, reparación y mantenimiento en los que están implicados los materiales con amianto, incluyendo también las operaciones de limpieza, descontaminación y eliminación de residuos. La lista que enumera el artículo 3, aun siendo bastante exhaustiva no se trata de una lista cerrada, sino ejemplo de las principales actividades en las que es segura o muy probable la presencia de materiales con amianto. Debido a este tipo de obras, se calcula que entre 4,1 y 7,3 millones de trabajadores están expuestos al amianto<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Estudio externo, RPA, 2021. Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Lassen, C., Christens, F., Vencovska, J., et al., Study on collecting information on substances with the view to analyse health, socio-economic and environmental impacts in

Del mismo modo, la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular<sup>60</sup>, señala que, sin perjuicio de la normativa específica para determinados residuos, en las obras de demolición, deberán retirarse, prohibiendo su mezcla con otros residuos, y manejarse de manera segura las sustancias peligrosas, en particular, el amianto. En este sentido, los residuos de amianto se recogerán lo antes posible cuando se vayan produciendo y se separarán de aquellos residuos que no contengan amianto<sup>61</sup>. Asimismo, se embalarán en material de plástico con una suficiente resistencia mecánica, se almacenarán en recipientes cerrados y se identificarán con la etiqueta reglamentaria de conformidad con lo indicado en el RD 1406/1989, de 10 de noviembre, de limitación a la comercialización y uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos.

El riesgo de exposición al amianto deberá figurar en la evaluación de riesgos de la empresa que, junto a la planificación preventiva, formarán parte de su plan de prevención de conformidad con el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre<sup>62</sup>, el

---

connection with posible amendments of Directive 98/24/EC (Chemical Agents) and Directive 2009/148/EC (Asbestos) : final report for asbestos [«Estudio sobre la recopilación de información sobre sustancias con vistas a analizar los impactos sanitarios, socioeconómicos y medioambientales en relación con posibles modificaciones de la Directiva 98/24/CE (agentes químicos) y la Directiva 2009/148/CE (amianto): informe final sobre el amianto», (documento en inglés)], Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2021. [Consultado 5 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2767/981554>.

<sup>60</sup> Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. BOE núm. 85, de 9 de abril de 2022, pp. 48578-48733. [Consultado 8 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/04/08/7>. Vid. en este sentido la Directiva 2009/148/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo.

<sup>61</sup> Tendrán la consideración de residuos de amianto también todos los materiales desechables que se utilicen durante los trabajos, tales como mascarillas, monos, filtros...

<sup>62</sup> Art. 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, pp. 32590-32611. [Consultado 23 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31/con>. “1. La prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente. Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan. 2. Los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos, que podrán ser llevados a cabo por fases de forma programada, son la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva a que se refieren los párrafos siguientes: a) El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las

cual debe incluir la medición de la concentración de fibras de amianto en el aire del lugar de trabajo y su comparación con el valor de exposición diaria (VLA-ED) de 0,1 fibras por centímetro cúbico medidas como una media ponderada en el tiempo para un período de ocho horas<sup>63</sup>, de manera que se determine la naturaleza y el grado de exposición de los trabajadores.

Existen diversas medidas técnicas generales de prevención que se deberán aplicar con el fin de conseguir que, en todas las actividades en las que un trabajador pueda estar expuesto a fibras de amianto, dicha exposición sea la mínima técnicamente posible, y esté siempre por debajo del valor límite. Las diferentes medidas a adoptar deberán ser las más adecuadas en función del tipo de trabajo y del resultado de la evaluación de riesgos, dándose en todo caso prioridad a aquellas que se apliquen en el origen de la emisión y a las de protección colectiva. Renglón seguido indicamos una serie de medidas que han demostrado ser eficaces en el control de la emisión de fibras de amianto<sup>64</sup>:

- Medidas que reducen la emisión de fibras:

---

*condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido. Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas. b) Si los resultados de la evaluación prevista en el párrafo a) pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dichas actividades serán objeto de planificación por el empresario, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución. El empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma. Las actividades de prevención deberán ser modificadas cuando se aprecie por el empresario, como consecuencia de los controles periódicos previstos en el párrafo a) anterior, su inadecuación a los fines de protección requeridos. 2 bis. Las empresas, en atención al número de trabajadores y a la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas, podrán realizar el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva de forma simplificada, siempre que ello no suponga una reducción del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y en los términos que reglamentariamente se determinen. 3. Cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el artículo 22, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos”.*

<sup>63</sup> Art. 4 del RD 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto. BOE núm. 86, de 11 de abril de 2006, pp. 13961-13974. [Consultado 26 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2006/03/31/396/con>.

<sup>64</sup> Vid. Art. 6, RD 396/2006, de 31 de marzo. Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición al amianto. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Ministerio de Trabajo e Inmigración, p. 19. [Consultado 17 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/203536/Gu%C3%ADa+t%C3%A9cnica+para+la+evaluaci%C3%B3n+y+prevenci%C3%B3n+de+los+riesgos+relacionados+con+la+exposici%C3%B3n+al+amianto/0aecc8f0-d55c-4eee-becb-17db44e5768c>.

- No utilizar procedimientos de trabajo que supongan rotura y fragmentación de los MCA. Los materiales deberán retirarse enteros e intactos, de ser esto posible, utilizando para ello operaciones inversas a las de su montaje.
- Humectación de materiales.
- Empleo de herramientas que no produzcan fuertes vibraciones.
- Medidas que disminuyen la dispersión de fibras al ambiente:
- Extracción localizada con filtros de alta eficacia para partículas.
- Limpieza y recogida continua de los residuos generados.
- No realizar operaciones de soplado... que puedan favorecer la dispersión de las fibras en el aire.
- Medidas que facilitan la limpieza y descontaminación de la zona de trabajo:
- Preparación previa de la zona de trabajo.
- Recubrimiento del suelo con material plástico que facilite la recogida y retirada de los residuos.
- Queda prohibido el barrido y la aspiración convencionales.
- Limpieza por vía húmeda o en seco, mediante aspiradoras con filtro de alta eficacia para partículas.

Por otro lado, las evaluaciones de los riesgos laborales relacionados con la exposición al amianto deberán efectuarse por personal que cuente con la cualificación necesaria para el desempeño de las funciones de nivel superior y especializado en la disciplina preventiva de Medicina del Trabajo e Higiene Industrial, de acuerdo con lo establecido en el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y siempre teniendo en cuenta método adecuado para la determinación de fibras de amianto y otras fibras en aire.

En este sentido el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo ha elaborado un método para la determinación de fibras de amianto y otras fibras en aire, denominado MTA/MA-051. Este método está elaborado de acuerdo con el método "Determinación de la concentración de fibras suspendidas en el aire. Método basado en la microscopía óptica de contraste de fase" elaborado por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) en el año 1997, que es aplicable a cualquier tipo de fibra. El método de la OMS está recomendado en el artículo 7.6 de la Directiva 2009/148/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la protección de

los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo<sup>65</sup>.

Las partículas de amianto, tal y como estamos viendo a lo largo de este epígrafe, pueden ser inhaladas por el trabajador, creando, al cabo de un tiempo, unas afecciones fibrosantes de la pleura y el pericardio, provocando una restricción respiratoria o cardíaca. Por lo tanto, los principales efectos sobre la salud que se derivan de la exposición al amianto son: la asbestosis (fibrosis pulmonar), el cáncer de pulmón y el mesotelioma, habiéndose encontrado también asociación con otras neoplasias (carcinomas gastrointestinales o de laringe)<sup>66</sup>:

✓ Asbestosis: es una fibrosis intersticial pulmonar difusa producida por exposición al polvo de amianto, pudiendo afectar al parénquima y a la pleura visceral y parietal. Se asocia a altos niveles de exposición, con períodos de latencia de 15 a 25 años. No existen datos clínicos ni histopatológicos diferenciadores de otras fibrosis pulmonares intersticiales, sólo la historia laboral o la detección de una elevada carga de asbestos en el tejido pulmonar permite diferenciarla.

Los síntomas que acompañan esta enfermedad son disnea y tos, crepitantes inspiratorios en campos medios y bases pulmonares, y acropaquia. El primer síntoma de esta enfermedad es la disnea al esfuerzo, aunque aparece pasados quince o veinte años del comienzo de la exposición.

El diagnóstico radiológico se basa en la Clasificación Internacional de la OIT de 1980. Así, un patrón de opacidades pequeñas grado 1/0, indica asbestosis en grado inicial.

El diagnóstico histopatológico se basa en la identificación de fibrosis intersticial difusa y el hallazgo de 2 o más cuerpos asbestóticos en el tejido, con un área de sección de 1 centímetro cuadrado, o un recuento de fibras mayor del rango de valores considerado normal del laboratorio en una muestra de tejido pulmonar bien insuflado, tomado de zonas distales.

---

<sup>65</sup> Art. 7.6 Directiva 2009/148/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo. DO núm. L 330 de 16 de diciembre de 2009 pp. 28-36. [Consultado 8 de agosto de 2023]. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/148/oj>. “El recuento de las fibras se efectuará preferentemente mediante microscopio con dispositivo para contraste de fase (PCM) con arreglo al método recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1997 o por cualquier otro método que dé resultados equivalentes.”

<sup>66</sup> Protocolos de vigilancia sanitaria específica. Amianto. Comisión de Salud Pública, Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, Madrid: 1999. [Consultado 8 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/amianto.pdf>.



En el 50% de casos de asbestosis se produce una afectación pleural. Habitualmente es asintomática. El diagnóstico radiológico de las placas pleurales, basado en la clasificación de la OIT de 1980, es de baja fiabilidad, excepto en aquellos supuestos en los que se produzcan hallazgos característicos, como placas o calcificación bilaterales.

El derrame pleural benigno se diagnostica por haber estado expuesto al amianto, excluyendo otro tipo de causas, mientras que el derrame pleural agudo está acompañado de fiebre, leucocitosis, aumento de la VSG, dolor torácico y sintomatología general.

Por otro lado, la fibrosis pleural difusa designa engrosamiento pleural difuso de celularidad variable, cuya afectación se produce en la pleura visceral y parietal. Pueden producirse alteraciones funcionales respiratorias, cuyo rango va desde leves a severas. La fibrosis de la pleura visceral es constante en la asbestosis avanzada.

✓ Mesotelioma: es un tumor difuso maligno del mesotelio, que puede afectar a la pleura, el peritoneo y el pericardio.

Los anfíboles, en mayor medida la crocidolita, muestra mayor poder carcinogénico que el crisotilo. Esto es debido al diámetro y configuración de las fibras; las fibras de crocidolita son de diámetro y longitud pequeños, lo que favorecería su penetración hasta alcanzar la pleura. El desencadenamiento de la enfermedad no se producirá como mínimo hasta haber transcurrido diez años desde la exposición, pudiendo llegar incluso a más de treinta años.

La mayoría de los mesoteliomas se deben a una exposición a asbesto, constatando su exposición laboral en un 80-85% de los casos.

El diagnóstico de esta enfermedad se basa en el recuento de fibras, la presencia de asbestosis parenquimatosa o pleural, o la presencia anormal de asbesto en el tejido pulmonar. En caso de que no exista ninguno de estos marcadores, el historial laboral de exposición previa se considera suficiente para establecer una relación causal.

✓ Cáncer de pulmón: este tipo de cáncer puede pertenecer a cualquier tipo histológico y su historia natural no difiere de la de cáncer producido por otro tipo de causas.

Existe una relación entre el riesgo de contraer cáncer de pulmón y el nivel de exposición a asbesto; si la exposición ha sido baja no incrementa el riesgo. Por el contrario, el riesgo de cáncer aumenta considerablemente si la exposición al asbesto se combina con el tabaquismo.

Para que se pueda atribuir esta enfermedad a la exposición al asbesto, es necesario comprobar la exposición a que ha sido sometido el sujeto ya que requiere un período de latencia mínimo de diez años.

La enfermedad puede aparecer en sujetos expuestos con independencia de si presentan o no asbestosis, aunque para estos últimos el riesgo es superior, muy probablemente en relación con la mayor dosis inhalada de asbesto, superior a la inhalada por los sujetos expuestos que no muestran enfermedad en el parénquima pulmonar. Todos los asbestos son cancerígenos. Los asbestos pueden producir cualquier tipo de cáncer, aunque el más frecuente es el adenocarcinoma.

De conformidad con los datos recogidos en la Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027<sup>67</sup>, según el informe Carga de cáncer atribuible al trabajo y su coste sanitario en España en 2015 publicado por el Ministerio de Sanidad, se ha estimado que fallecen anualmente 8.700 hombres y 850 mujeres por cánceres debidos a exposiciones laborales. Sin embargo, entre 2018 y 2020 se han notificado tan solo 165 enfermedades profesionales por estos agentes en nuestro país, siendo el 65 % de estas las derivadas de la exposición al amianto.

Esta Estrategia establece una serie de objetivos a cumplir en relación con la protección de las personas trabajadoras frente a la exposición al amianto que podemos resumir en los siguientes:

- Se revisará el RD 396/2006, de 31 de marzo, con motivo de la actualización de la Directiva amianto. En esta revisión se tendrá en cuenta el informe denominado Acuerdo del grupo de trabajo amianto de la CNSST en relación con los problemas de interpretación y/o aplicación del RD 396/2006.
- El INSST investigará y normalizará nuevas metodologías de análisis para la determinación de amianto en materiales y aire teniendo en cuenta la posible reducción del valor límite y actualizará la guía técnica de amianto, a la mayor brevedad posible, una vez concluida la reforma normativa.
- Se profundizará en el seguimiento y en la evaluación del Programa Integral de Vigilancia de la Salud de las personas trabajadoras expuestas al amianto

---

<sup>67</sup> Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2023, pp. 58762-58831. [Consultado 8 de agosto de 2023]. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10283](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10283).

(PIVISTEA), promoviendo completar su implantación y el desarrollo en todas las Comunidades Autónomas.

- Se fomentará el reconocimiento médico-legal de las enfermedades derivadas de la exposición al amianto diagnosticadas en PIVISTEA.

- Se desarrollarán actuaciones para mejorar la protección de las trabajadoras y los trabajadores expuestos a fibras de amianto, incluyendo propuestas de carácter normativo, actuaciones de sensibilización conjuntas entre administraciones públicas e interlocutores sociales sobre riesgos de exposición a fibras de amianto, identificación de materiales con amianto y medidas preventivas para su retirada, actuaciones de apoyo y asesoramiento a las empresas para una adecuada gestión de los riesgos, mejora del RERA, etc. Dicha normativa tendrá en cuenta la necesidad de optimizar los procedimientos y trámites relacionados con la retirada de los materiales con amianto, gestionados por las CCAA, que se verán incrementados en los próximos años.

- Se mejorará la coordinación y el intercambio de información entre administraciones públicas, administración general del estado y administraciones autonómicas, con el objetivo de impulsar la gestión y retirada segura del amianto bien a través de las políticas/actuaciones en materia de eficiencia energética y economía circular en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, bien a través de líneas de actuación específicas que se creen a tal efecto y considerando así mismo la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

## V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este epígrafe se realizará una exposición de diversas sentencias dictadas recientemente por los diferentes Tribunales de Justicia en el ámbito de sus competencias sobre supuestos relacionados con el amianto, con el fin de poder observar los diferentes criterios que tienen en cuenta los tribunales a la hora de abordar esta problemática.

- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2023, rec. 7513/2022. STSJ CAT 4858/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:4858

Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha confirmado la primera sentencia que atribuye la muerte de un extrabajador del Metro de Barcelona a la exposición al amianto en su lugar de trabajo.

El FJ 2º afirma que *“en relación con la exposición al amianto el razonamiento de la sentencia consiste parcialmente, tal y como señala el recurso, en considerar que, dada la*

*presencia generalizada de amianto en las instalaciones del metro, el trabajador estuvo expuesto a la inhalación. [...] La sentencia tiene en cuenta que en la realización de tareas de mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones y equipos de los sistemas de señalización, telecontrol y comunicaciones existentes en el metro, cuando se desplazaba al lugar de la incidencia y se ocupaba de la sustitución de equipos, reparación de instalaciones y cableados, quedó con total probabilidad expuesto a un material que según se declara probado estaba presente en talleres, vagones, túneles y múltiples componentes eléctricos presentes en las instalaciones. Lo cierto es que, dados los múltiples lugares y elementos donde se encontró presencia de fibras de amianto, relacionados en el párrafo anterior, a juicio de esta Sala sólo cabría excluir la exposición en puestos de trabajo acreditadamente alejados de todos ellos, como podrían ser entre otros trabajos de oficina o taquillas. [...] En nuestro caso es irrelevante el mejor o peor cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención, ya que de lo que se trata en el pleito es de determinar la relación entre el trabajo y la enfermedad, y a estos efectos cabría apreciar la causalidad, incluso aunque constara (que no es el caso) que desde 1988 la exposición se mantuvo en valores inferiores a unos determinados umbrales. [...] En síntesis, atendidas las dos categorías profesionales que el trabajador mantuvo en la empresa desde 1988 hasta 2008, y el contenido funcional de ambas (no precisamente administrativo), así como la amplitud de los lugares y elementos en que se encontraba presente el polvo de amianto, la conclusión alcanzada por la sentencia en relación con una exposición determinante del fatal desenlace nos parece tan razonable como exquisitamente razonada en la sentencia de instancia”.*

- STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, con sede en Sevilla, de 28 de octubre de 2020, rec. 1758/2020. STSJ AND 12448/2020 - ECLI: ES:TSJAND:2020:12448

Esta sentencia desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante, quedando absueltas las mercantiles Izar Construcciones Navales, S.A. y Navantia, S.A., condenando solidariamente a Carpintería Alba, ... y ... a abonar la cantidad de 13.823,16 euros a la actora.

El FJ 4º afirma que “la censura jurídica no puede tener favorable acogida, porque de los hechos probados de la sentencia, de los que forzosamente ha de partirse dada la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias, baste citar las Sentencias nº 3/83, de 25 enero de 1983; 17/86 de 13 octubre de 1986; 274/1993, de 20 septiembre de 1993 230/2000, de 2 de octubre de 2000; 237/2002 de 9 diciembre de 2002 y 105/2008, de 15 de septiembre de 2008 entre otras muchas, ni se extrae que alguna de las empresas codemandadas distintas de Izar Construcciones Navales S.A. y Navantia S.A., y

concretamente las empresas Carpintería Alba, Juan Alas y Pilar Hidalgo, que emplearon al trabajador, según los hechos probados de la sentencia que se recurre y que utilizaban amianto sin adoptar medidas de seguridad, fueran empresas subcontratadas por aquellas, ya que al respecto ninguna referencia contienen dichos hechos probados, con lo cual, ninguna responsabilidad puede declararse de las antecitadas empresas Izar Construcciones Navales S.A. y Navantia S.A, ya que no acreditado su carácter de empresa principal de aquellas otras en las que laboró el actor con exposición al amianto, prueba que a él incumbía, ninguna responsabilidad les es exigible en cuanto a vigilancia y control de las medidas de seguridad que a las empleadoras del actor correspondía adoptar y no adoptaron de donde se deriva su condena en la sentencia recurrida. Tampoco puede extraerse de los hechos probados de la sentencia que durante el periodo que el recurrente prestó servicios para las empresas antecesoras de Izar Construcciones Navales S.A. y Navantia S.A, trabajara en medio o con instrumentos que propiciaran el contacto con amianto, antes al contrario, el hecho probado segundo, recoge que no hay constancia alguna de que en el puesto de trabajo del recurrente en las instalaciones de Izar o Navantia se manipulara amianto o hubiera dependencias donde hubiera fibras de amianto en suspensión; afirmación tan categórica que no permite extender a tales empresas la responsabilidad declarada en la sentencia pues aun siendo cierto que tal como ha declarado el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, entre otras en su Sentencia de 30 junio 2010 dictada por Sala General, la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias,, también lo es que primero ha de acreditarse que en la empresa a quien se reclama la indemnización, Izar Construcciones Navales S.A. y Navantia S.A, que han sucedido a aquellas para las que prestó servicios el recurrente como Técnico organizador, (aunque no consta que funciones realizaba), laboraba el recurrente en condiciones de tener, contacto con amianto, aunque fuera mínimo, lo que en este caso, insistimos no se ha acreditado, lo que ya venía a aceptar la Sentencia núm. 3755/2017 de 14 diciembre dictada por esta Sala”.

- STS, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2020, rec. 1335/2018. STS 2957/2020 - ES:TS:2020:2957

Esta sentencia desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Navantia, S.A. e Izar Construcciones Navales, S.A., declarando la firmeza de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 5 de diciembre de 2017. Pero lo

interesante de su contenido no es el fallo sino los antecedentes de hecho donde se puede apreciar las condiciones en las que operaban los trabajadores.

En este sentido, el Antecedente 4º declara por probado lo siguiente: “7º.- Los motores de los barcos iban forrados de amianto y cómo iban calientes soltaban unos gases que no se podía ni respirar. Para la realización de su trabajo utilizaban mascarillas de papel ya al final de la vida laboral del fallecido en la empresa y nunca le informaron o le formaron sobre el amianto y no han visto mediciones sobre amianto. Se realizaban reconocimientos médicos anuales (testifical practicada de compañeros de trabajo del actor). Testifical que pone de manifiesto asimismo que era tal su ignorancia sobre el amianto que a veces utilizaban las planchas de ese material a modo de almohada y para recubrir el suelo donde se acostaban y tenían dos monos de trabajo uno azul que incluso se lo llevaban a su casa para lavarlo y otro blanco que se quedaba en la empresa. Igualmente se constata por la testifical practicada que las tuberías iban forradas de amianto y dicho material se utilizaba por todo el barco y que había mucho polvo en el ambiente y solo se medían los gases por el peligro de explosión y los propios trabajadores iban limpiando y barriendo y sin duda levantando polvo y en las reparaciones se desprendía amianto al retirar los tubos. El amianto recubría todas las superficies para evitar cualquier prendimiento por una chispa desprendida de la soldadura. La empresa demandada utilizó hasta la década de los años 80 el amianto en la construcción y reparación de buques como aislante en cables, tuberías y calderas. A partir de los años 80 deja de utilizar el amianto pero se continuó trabajando con ese elemento en la reparación de los buques ya construidos. El trabajador fallecido estuvo durante el desempeño de su profesión habitual en contacto directo con el amianto pues el hilo de amianto era utilizado como material aislante tanto en la construcción como en la reparación de buques, y también, estuvo en contacto con el referido elemento cuando trabajaba en el interior de los buques de forma simultánea con otros oficios. La empresa demandada no efectuó las medidas de evaluación y control de los niveles máximos de concentración del ambiente de trabajo, ni usó la ropa de trabajo adecuada, así como tampoco más ropa de trabajo adecuada, así como tampoco mascarillas; con filtros metálicos. 8º.-

En fecha 30 de mayo de 1994 se levanta por la Inspección de Trabajo Acta de Infracción contra la empresa "Izar, Construcciones Navales, S.A la que se impone a la referida entidad una sanción de 600. 000 euros por la comisión de una infracción muy grave en su grado mínimo. En la visita girada por la Inspección de Trabajo a la que se refiere el Acta de Infracción referida, se constata: la realización de tareas de desguace en los buques (concretamente vaciado de piezas de las respectivas salas de máquinas, para lo cual se había efectuado un corte mediante sierra) encubierta de madera de los

referidos buques, dejando al descubierto buena parte de las salas de máquinas con el objeto de poder extraer posteriormente mediante grúas, las piezas de mayor volumen y peso.

La práctica totalidad de los conductos, de todos los tamaños de los aparatos, máquinas y motores instalados en referidas salas de máquinas estaban revestidas de amianto calcinado, a consecuencia del calor y el tiempo en dichos conductos. El riesgo de exposición al amianto, sin dar cumplimiento a las previsiones y controles establecidos en los arts. 6 al 15 del Reglamento sobre trabajos con riesgo de amianto, aprobado por OM de 31 de octubre de 1984, y sin cumplirse lo dispuesto en el art. 25 del Reglamento de Salud Laboral, aprobado por Acuerdo de 11 de abril de 1991. No establecimiento de un plan de trabajo para someterlo a la aprobación de la Autoridad Laboral.". Y en los hechos declarados probados 11 y 12 se indica: 11º.- En relación a la demandada aparecen como normas o actividades de protección: Cursos de formación desde 1980 para diversas profesiones; Reglamentación de Trabajo en Bazán. Existía una operativa de muestreo, conteo y evaluación de amianto en suspensión aérea, desconociéndose fecha exacta de su redacción; Normativa S17 de octubre de 1976; Hoja llamada 5-23 "Instrucciones de seguridad para prevenir los riesgos de exposición al amianto de febrero" de 1977", donde se indica que debe haber mascarilla, gorra o capucha y mono adecuado, medios de extracción localizada, que no se diseminen por el exterior los residuos y que si se puede se humedezcan porque se reduce empolvamiento, utilizando aspirado o barrido. La norma de Higiene Industrial HI 1 de 25 de noviembre de 1982 tiene por objeto cumplir la Orden de 30-09-1982, incluye evaluación mensual de concentración ambiental de fibras de amianto y trece medidas concretas; también existe la norma instrucción TF 7 de 1982 para los trabajos en los que se manipula amianto con nueve recomendaciones. La instrucción TFH-I de 1985 dirigida a cumplir la Orden de 31 de octubre de 1984 para trabajos que se efectúen con amianto con trece recomendaciones, en su apartado 8 se dice "Se dispondrá de señal es de precaución en todas las zonas de trabajo en las que la concentración de fibras supere los límites permitidos y que los trabajadores que realicen esos trabajos deben utilizar obligatoriamente mascarillas autofiltrantes homologadas. Se revisó en 1989, 1995 y 1999. Dada esta normativa protectora y reguladora, hasta 1999 en la empresa se realizaban trabajos de manipulación de amianto esencialmente en desforrados y reparaciones. 12º.- La parte actora interpone papeleta de conciliación 14 de agosto de 2008 celebrándose el acto de conciliación el 3 de octubre de 2008 con el resultado de sin AVENENCIA. Y en la parte dispositiva de la sentencia se establece: "Que estimo la demanda de Reclamación de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL, formulada por Dª. .... D. .... ,

*D..... y Dª. .... en su calidad de herederos de D. .... frente a las Empresas IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S. A, y NAVANTIA S. A, y debo condenar y condeno a las indicadas Empresas de forma solidaria al pago a los demandantes de la Indemnizaciones siguientes: 130.000 euros a Dª. .... ; 20.000 euros a D. .... ; 20.000 euros a D. .... y 30.000 euros a Dª. .... y respecto a los intereses tal como ya se ha referido en la fundamentación jurídica y a lo que deberá estar y por ello pasar las condenadas y con desestimación de las excepciones formuladas. "*

- STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 14 de enero de 2020, rec. 2235/2019. STSJ PV 215/2020 - ES:TSJPV:2020:215.

Esta sentencia desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el actor, en el que solicitaba que se condenara a Izar Construcciones Navales, S.A., Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, Compañía Euskalduna CYR Buques, Mapfre, Cofivacasa y Astilleros Españoles, S.A. - Izar Construcciones Navales, S.A., a abonarle la cantidad de 46.871,46 euros como indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su padre, quien fue diagnosticado de un mesotelioma epiloide en el pulmón izquierdo, sugestivo de exposición al amianto, y que fue declarada enfermedad profesional por Resolución del INSS de 24 de abril de 2017.

El FJ 3º recoge lo siguiente: *"por tanto, la cuestión decisiva, en estos casos, no estriba en determinar si el accidente o la enfermedad se hubieran evitado de no mediar otras causas, sino en si no habrían ocurrido, o sus consecuencias lesivas para el trabajador se habrían reducido, de no haber incumplido la empresa algún deber preventivo, pues de merecer respuesta afirmativa, la conclusión es que el incumplimiento de esa obligación ha sido elemento causal del accidente o enfermedad laboral y, por ello, el empresario infractor queda sujeto al deber de reparar los daños y perjuicios ocasionados por su conducta trasgresora. Según lo mencionado, hemos de analizar en cada supuesto concreto si ha habido un incumplimiento empresarial preventivo u otro, pues sólo en el supuesto de respuesta positiva al incumplimiento empresarial deberíamos analizar el alcance de la posible indemnización o de su determinación y responsabilidad. Lo que se pone en evidencia en el relato fáctico es que efectivamente el trabajador... contrajo la enfermedad de mesotelioma epiteloides de pulmón izquierdo y que estuvo expuesto al amianto durante su relación laboral con la codemandada Astilleros Españoles SA (luego IZAR). Dicha enfermedad fue declarada enfermedad profesional por el INSS. Ahora bien, establecido en la sentencia de instancia que efectivamente el trabajador contrajo dicha enfermedad profesional, y que hubo un incumplimiento por parte de la empresa de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, el heredero del trabajador fallecido reclama indemnización de daños y perjuicios*



*alegando que dicha enfermedad profesional ha sido la causante del fallecimiento de su padre. Y es aquí donde decae su pretensión, pues no se ha establecido la necesaria relación de causalidad, ya que consta probado que el padre del recurrente tenía diagnosticada una tumoración cerebral, sin relación con el mesotelioma, y que dos meses antes de su fallecimiento, ocurrido en noviembre de 2016, sufrió una caída con resultado de traumatismo craneoencefálico. Y no establecida la causa del fallecimiento, lo mismo pudo deberse a la enfermedad profesional relacionada con la exposición al amianto pero también al tumor cerebral. Por lo tanto no existe relación de causalidad entre el daño indemnizable (fallecimiento del trabajador) y los incumplimientos empresariales”.*

- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2008, rec. 6704/2006. STSJ CAT 1808/2008 - ECLI: ES:TSJCAT:2008:1808

Esta sentencia declaró que no debía calificarse como enfermedad profesional la “bronquitis crónica con engrosamiento pleural bilateral” sufrida por un trabajador que prestó servicios en empresas que manipulaban cargamentos de amianto bien en polvo envasado o prensado en pastilla, bien en planchas de fibrocemento, en un puerto.

El JF 4º afirma que *“finalmente, y expuesta la doctrina anterior en relación con el caso enjuiciado, y considerada la relación de causalidad existente en la situación analizada, resta por determinar si en el presente caso se produjo tal exposición al amianto, en atención al tipo de trabajos realizados por el causante, es decir, si se produjo la manipulación de cargas necesaria para que por parte del trabajador fallecido se entrara en contacto con la citada sustancia. Pues bien, dos argumentos conducen a la estimación del recurso y por tanto a entender que la causa del óbito del causante no fue profesional: Primero.- La dolencia que afectaba al causante era una bronquitis crónica, con la natural evolución de ésta y desenlace ya descrito. Según entiende el juzgador a quo, dicha dolencia es “compatible” con una asbestosis, más “compatibilidad” no puede entenderse como equivalente de “atribuible” a asbestosis o identificable con tal enfermedad. Por el contrario, no ha quedado acreditado que tal fuera el carácter de la patología sufrida por el causante, ni que pudiera tener un claro origen laboral. Segundo.- Se acredita asimismo que el causante prestó servicios para la entidad codemandada en trabajos de manipulación de cargas en el Puerto de Barcelona, y que durante la época en que lo hizo manipuló cargas procedentes de las empresas que trataban con la sustancia aludida (amianto), pero la cuestión fundamental en este caso no es si el causante prestó servicios en los citados periodos para el Puerto de Barcelona o si en él se manejaba amianto, sino la relación de conexión precisa para atribuir la patología del causante a enfermedad profesional. Y no se constata que manipulara las cargas*

*portadoras de amianto, ni en qué cantidad, ni por qué periodos concretos, para efectuar la correspondiente valoración de la exposición a la citada sustancia que pudiera haber determinado la aparición, años más tarde, de la dolencia que condujo a su fallecimiento. Por consiguiente, debe estimarse el recurso y revocarse la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda, por aplicación del artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social y reglamento regulador de la lista legal de enfermedades profesionales, el Real Decreto 1995/1978, punto 1 .b) del apartado C) de su anexo”.*

- STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, con sede en Málaga, de 9 de octubre de 2002, rec. 1574/2001. STSJ AND 13836/2002 - ECLI: ES:TSJAND:2002:13836

El Tribunal declaró que el trabajador fallecido contrajo su enfermedad a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en una de las actividades que específicamente se contemplan en el RD 1995/1978, de 12 de mayo, en concreto dentro del apartado c).1.b) donde se mencionan los trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto), enfermedad que, además estuvo provocada por la acción de una de las sustancias, amianto (asbesto), contemplada en dicho cuadro y le asigna una determinada indemnización a la actora de la demanda.

El FJ 1º concluye lo siguiente: *“El artículo 116 de la LGSS establece que enfermedad profesional es aquella que se contrae como consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que reglamentariamente se especifiquen, siendo preciso, a su vez, que la misma es provocada por la acción de los elementos o sustancias que en el correspondiente cuadro se indiquen como enfermedad profesional. Presupuestos los indicados que, tal y como se resuelve en la instancia, concurren en el caso examinado, puesto que el causante contrajo su enfermedad a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en una de las actividades que específicamente se contemplan en el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, en concreto dentro del apartado c).1.b) donde se mencionan los trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto), enfermedad que, además estuvo provocada por la acción de una de las sustancias, amianto (asbesto), contemplada en dicho cuadro. Conclusión frente a la cual no cabe oponer el hecho de que el indicado apartado 1.b) del apartado c) del indicado Real Decreto denomine a la específica enfermedad profesional como «Asbestosis», ya que a renglón seguido especifica ...« asociada o no a la tuberculosis pulmonar o al cáncer de pulmón», y a su vez, en el apartado f) del mismo Real Decreto, se alude también, expresamente, dentro de las enfermedades profesionales que en él se contemplan, al carcinoma primitivo de bronquio o pulmón por asbesto, debidos a trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto). Supuesto éste en el que cabe el perfecto encuadramiento del causante, dado que su fallecimiento tuvo por causa un cáncer de*

*pulmón (mesotelioma pleural maligno), cuyos agentes etiológicos vinieron determinados por la exposición al asbesto y el tabaquismo, sin que la asociación de este último elemento desvirtúe o deje sin efecto el hecho de que la inhalación de polvos de amianto, en el ejercicio de su trabajo por cuenta ajena, provocase el cáncer de pulmón que determinó su muerte”.*

## VI. LA PROHIBICIÓN DEL AMIANTO

En el año 1999 se aprueba a nivel europeo la Directiva 1999/77/CE, de 26 de julio, por la que se adapta al progreso técnico por sexta vez el anexo I de la Directiva 76/769/CEE<sup>68</sup> del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos (amianto) con el objeto de que los Estados miembros adopten sus disposiciones en su legislación interna.

Esta Directiva comunitaria ha considerado que la utilización del amianto e incluso de productos que lo contengan, al liberar fibras, pueden producir asbestosis, mesotelioma y cáncer de pulmón, por lo que su comercialización y utilización deben someterse a restricciones lo más severas posibles. Así, señala que deberá prohibirse la comercialización y la utilización de las fibras y los productos que contengan crocidolita, amosita, amianto antofilita, amianto actinolita, amianto tremolita y el crisótilo (los Estados podrán establecer ciertas excepciones), ya que en la actualidad existen sustitutos o alternativas para la mayor parte de los usos del amianto crisótilo que no están clasificados como cancerígenos y se consideran menos peligrosos.

En este sentido y para dar cumplimiento a la regulación mencionada en el párrafo precedente, España en el año 2001 aprueba la Orden de 7 de diciembre de 2001 por la que se modifica el anexo I del RD 1406/1989, de 10 de noviembre, por el que se imponen limitaciones a la comercialización y al uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos<sup>69</sup>. En ella, se prohíbe la comercialización de las fibras de amianto y de los

---

<sup>68</sup> En este sentido, las Directivas que comenzaron con las prohibiciones fueron la 83/478/CEE del Consejo, dispone que las fibras de amianto del tipo de la crocidolita, así como los productos que la contengan, salvo tres excepciones posibles, no podrán seguir comercializándose ni usándose; la 85/610/CEE del Consejo, que especifica que las fibras de amianto no se podrán comercializar ni usar en juguetes, materiales y preparados aplicados mediante pulverización, productos vendidos al por menor en forma de polvo, artículos para fumadores, estufas catalíticas, pinturas y barnices; y la 91/659/CEE que matiza al igual que la anterior que tampoco podrán seguir comercializándose las fibras de amianto de anfíbol, así como los productos que las contengan y las fibras de amianto de crisótilo y los productos que las contengan no podrán seguir comercializándose en catorce categorías de productos.

<sup>69</sup> Orden de 7 de diciembre de 2001 por la que se modifica el anexo I del RD 1406/1989, de 10 de noviembre, por el que se imponen limitaciones a la comercialización y al uso de ciertas

productos que contentan esas fibras añadidas intencionadamente<sup>70</sup>, aunque muchos edificios y elementos industriales cuya construcción se remonta a años anteriores a su prohibición aún contienen amianto.

Las variedades más peligrosas, el amianto “azul” y el “marrón”, fueron prohibidas en España entre el 1984 y 1993.

El crisólito o “amianto blanco” se prohibió a partir de la mencionada Orden ministerial de 7 de diciembre de 2001, estableciendo un plazo de 6 meses para su entrada en vigor y una prórroga de otros 6 meses para comercializar productos ya fabricados, de acuerdo con el calendario siguiente:

- 15 de junio de 2002: entrada en vigor de la prohibición de fabricar productos que contengan amianto.
- 15 de diciembre de 2002: entrada en vigor de la prohibición de producir, comercializar e instalar amianto y productos con amianto que lo contengan.

Europa ha seguido luchando contra este tipo de sustancia peligrosa. Así, la fabricación, comercialización y utilización de las fibras de amianto y de los artículos que las contengan están, con carácter general, prohibidos por el Reglamento (CE) núm.

sustancias y preparados peligrosos. BOE, núm. 299, de 14 de diciembre de 2001, pp. 47156-47157. [Consultado 20 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-23636>.

<sup>70</sup>Anexo Orden de 7 de diciembre de 2001:

Denominación de las sustancias, de los grupos de sustancias o de los preparados	Limitaciones
<b>4. Fibras de amianto</b>	
<b>4.1. Crocidolita, CAS núm. 1200128-4; Amosita, CAS núm. 1217273-5; Amianto antofilita, CAS núm. 77536-67-5; Amianto actinolita, CAS núm. 77536-66-4; Amianto tremolita, CAS núm. 77536-68-6.</b>	<b>4.1. Se prohíbe la comercialización de estas fibras y de los productos que contengan estas fibras añadidas intencionadamente.</b>
<b>4.2. Crisólito, CAS núm. 12001-29-5.</b>	<b>4.2. Se prohíbe la comercialización y la utilización de esta fibra y de los productos que contengan esta fibra añadida intencionadamente.</b>  No obstante, se podrá utilizar en los diafragmas destinados a instalaciones de electrolisis ya existentes, hasta que alcancen el fin de su vida útil o hasta que se disponga de sustitutos adecuados sin amianto. Sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones relativas a la clasificación, envasado y etiquetado de sustancias y preparados peligrosos, dichos productos, para su uso y comercialización, deberán llevar una etiqueta de conforme a lo establecido en el anexo II del Real Decreto 1406/1989, de 10 de noviembre.  El uso de productos que contengan las fibras de amianto mencionadas en los puntos 4.1 y 4.2, que ya estaban instalados o en servicio antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Orden, seguirá estando permitido hasta su eliminación o el fin de su vida útil.

552/2009 de la Comisión, de 22 de junio de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) en lo que respecta a su anexo XVII<sup>71</sup>. No obstante, señalaba que los Estados miembros debían poder permitir la comercialización de algunos artículos que contengan esas fibras y ya estuvieran instalados o en servicio antes del 1 de enero de 2005, en condiciones específicas que garanticen un nivel elevado de protección de la salud humana.

En el año 2013, el Parlamento Europeo ha dictado una resolución en fecha 14 de marzo sobre los riesgos para la salud en el lugar de trabajo relacionados con el amianto y perspectivas de eliminación de todo el amianto existente<sup>72</sup>, en la que insta a la Unión Europea el cumplimiento de una serie de hitos que resumimos a continuación:

- La elaboración de modelos para supervisar la presencia de amianto en edificios públicos y privados.
- La elaboración de modelos para el control de la presencia de fibras de amianto dispersadas en el aire de los lugares de trabajo, centros urbanos y

---

<sup>71</sup> El Reglamento (CE) núm. 552/2009 de la Comisión, de 22 de junio de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) en lo que respecta a su anexo XVII señala, en relación con las fibras de amianto lo siguiente: “1. Se prohibirá la fabricación, comercialización y utilización de estas fibras y de los artículos que contengan estas fibras añadidas intencionadamente. No obstante, los Estados miembros podrán establecer una exención para la comercialización y utilización de los diafragmas que contengan crisólito [letra f)] destinados a instalaciones de electrólisis ya existentes hasta que alcancen el fin de su vida útil o hasta que se disponga de sustitutos adecuados sin amianto, en cualquier caso, lo que ocurra primero. Los Estados miembros que apliquen esta exención deberán presentar a la Comisión, no más tarde del 1 de junio de 2011, un informe sobre la disponibilidad de sustitutos sin amianto para las instalaciones de electrólisis y sobre los esfuerzos realizados para desarrollar este tipo de alternativas, sobre la protección de la salud de los trabajadores en las instalaciones, sobre la fuente y las cantidades de crisólito, sobre la fuente y las cantidades de los diafragmas que contienen crisólito y, por último, sobre la fecha prevista para la expiración de la exención. La Comisión hará pública esta información. Tras la recepción de dichos informes, la Comisión solicitará a la Agencia que prepare un expediente conforme al artículo 69 con vistas a la prohibición de la comercialización y el uso de diafragmas que contengan crisólito. 2. El uso de artículos que contengan las fibras de amianto mencionadas en el punto 1 que ya estaban instalados o en servicio antes del 1 de enero de 2005 se seguirá admitiendo hasta su eliminación o el fin de su vida útil. Sin embargo, los Estados miembros, por razones de protección de la salud, podrán restringir, prohibir o someter a condiciones específicas el uso de tales artículos antes de su eliminación o el fin de su vida útil. Los Estados miembros podrán autorizar la comercialización de los artículos completos que contienen fibras de amianto mencionados en el punto 1 que ya estaban instalados o en servicio antes del 1 de enero de 2005, en condiciones específicas que garanticen un nivel elevado de protección de la salud humana. Los Estados miembros comunicarán estas medidas nacionales a la Comisión, a más tardar el 1 de junio de 2011”.

<sup>72</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre los riesgos para la salud en el lugar de trabajo relacionados con el amianto y perspectivas de eliminación de todo el amianto existente (2012/2065(INI)). [Consultado 16 de febrero de 2021]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0093\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0093_ES.pdf).

vertederos, y de fibras presentes en el agua potable que se distribuye a través de conductos de amianto-cemento.

- La posibilidad de crear planes de acción para la eliminación segura del amianto de los edificios públicos y de aquellos en los que se prestan servicios de acceso público antes del año 2028.

- Con independencia del origen de la exposición o de la categoría profesional de la persona expuesta, todas las víctimas de amianto de la UE y sus familiares tienen derecho a recibir un tratamiento médico apropiado y oportuno, y apoyo financiero adecuado de sus regímenes nacionales de seguridad social.

- En colaboración con la OMS, terceros países y otros organismos internacionales, la UE debe promover en todo el mundo elevados niveles de salud y seguridad en el trabajo, por ejemplo, determinando los problemas relacionados con el amianto y fomentando soluciones encaminadas a proteger la salud.

- En el mismo sentido, el Comité Económico y Social Europeo en fecha 31 de julio de 2015 emite un dictamen sobre "Erradicar el amianto en la UE"<sup>73</sup>, en el que concluye lo siguiente:

- La completa eliminación de todo el amianto usado y de todos los productos que contengan amianto debe ser un objetivo prioritario de la Unión Europea.

- Los planes que se deberían desarrollar para la gestión y eliminación del amianto deben incluir: educación e información, formación para empleados públicos, formación nacional e internacional, programas para financiar la eliminación del amianto, actividades de sensibilización sobre la eliminación del amianto y de los productos que contengan amianto (incluso durante su erradicación en los edificios), instalaciones públicas y emplazamientos de antiguas fábricas de amianto, limpieza de recintos y construcción de instalaciones para la destrucción del amianto y de escombros que contengan amianto, supervisión de la eficiencia de los requisitos jurídicos vigentes, evaluación de la exposición del personal en riesgo y la protección de la salud.

- El objetivo es erradicar todo el amianto a finales del año 2032.

- La Comisión Europea debería considerar la posibilidad de abrir el acceso a sus Fondos Estructurales explícitamente para los planes de erradicación del

---

<sup>73</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Erradicar el amianto en la UE" (2015/C251/03). DOUE, 31 de julio de 2015. [Consultado 16 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5005&from=ES>.

amianto.

- En el verano del año 2019, se aprueba un dictamen del Comité Económico y Social sobre “Trabajo con amianto en la renovación energética”<sup>74</sup>, aprobado el 15 de mayo de 2019 y publicado en el DOUE el 16 de julio de ese mismo año, en el que concluye lo siguiente:

- Para alcanzar el ambicioso objetivo de renovar el parque inmobiliario europeo con vistas a crear viviendas y lugares de trabajo sanos y eficientes desde el punto de vista energético, el CESE considera necesario crear sinergias con la eliminación de sustancias nocivas durante la renovación energética, de modo que esta carga no se deje en manos de la próxima generación.

- Las legislaciones de la UE y nacionales deben evaluarse para garantizar la coherencia política en el tratamiento de las sustancias nocivas. Esto incluye la legislación sobre residuos y la garantía de un número suficiente de vertederos para tratar los residuos de amianto.

- Debería abrirse la participación a un amplio espectro de la sociedad civil organizada, ya que el amianto afecta a la vida laboral, la salud, la protección de los consumidores y el medio ambiente. Este es especialmente el caso cuando se trata de reconocer e indemnizar a las víctimas de enfermedades relacionadas con el amianto.

- La Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, en particular, su considerando 14 establece que *“los Estados miembros deben apoyar las mejoras en la eficiencia energética de los edificios existentes que contribuyan a la consecución de un entorno interior saludable, también a través de la eliminación del amianto y de otras sustancias nocivas, la prevención de la eliminación ilegal de sustancias nocivas, y facilitando el cumplimiento de actos legislativos vigentes, como las Directivas 2009/148/CE (1) y (UE) 2016/2284 (2) del Parlamento Europeo y del Consejo”*.

- Debido al uso de productos que contienen amianto en prácticamente todas las partes de los edificios existentes anteriores a la prohibición del amianto, cualquier

---

<sup>74</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Erradicar el amianto en la UE” (2015/C251/03). DOUE, 31 de julio de 2015. [Consultado 17 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE4791&from=ES>

tipo de actividad de renovación conlleva el riesgo potencial de liberar fibras de amianto. Es necesario controlar la exposición potencial al amianto de los trabajadores y la Comisión Europea debe iniciar una evaluación del actual valor límite europeo en el lugar de trabajo para las fibras de amianto de 100000 fibras/m<sup>3</sup> (Directiva 2009/148/CE) con el fin de determinar si garantiza o no una seguridad suficiente para los trabajadores. La Comisión internacional de Medicina del Trabajo (CIMT) recomienda reducir los valores límite a 1000 fibras/m<sup>3</sup>.

De acuerdo con lo señalado en el presente epígrafe, debemos afirmar con total rotundidad que la Unión Europea está intentando poner todos los medios a su alcance para erradicar el amianto a corto/medio plazo de todos sus Estados miembros. Los diferentes Estados miembros deberían contribuir en igual medida a lograr este objetivo ya que mientras unos, como Polonia que estableció un programa nacional para la erradicación de todo el amianto existente por un valor de 10.000.000.000 euros hasta 2030 o Lituania en donde se ha establecido un programa de sustitución de tejados de amianto, en otros todavía no se han realizado esfuerzos para erradicar este grandísimo problema para la salud de las personas<sup>75</sup>.

En nuestro país, por su parte, el pasado año se publicó la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. De acuerdo con su Disposición Adicional Decimocuarta de la, los ayuntamientos elaborarán un censo de instalaciones y emplazamientos con amianto incluyendo un calendario que planifique su retirada. Tanto el censo como el calendario, que tendrán carácter público, serán remitidos a las autoridades sanitarias, medioambientales y laborales competentes de las comunidades autónomas, las cuales deberán inspeccionar para verificar, respectivamente, que se han retirado y enviado a un gestor autorizado. Esa retirada priorizará las instalaciones y emplazamientos atendiendo a su grado de peligrosidad y exposición a la población más vulnerable. En todo caso las instalaciones o emplazamientos de carácter público con mayor riesgo deberán estar gestionadas antes de 2028.

La Comunidad Autónoma de Cataluña, en este sentido, ha aprobado su Plan para la erradicación del amianto en su territorio 2023-2032 en marzo de este año 2023. El objetivo de este plan es retirar al amianto de todos los edificios públicos antes del 2028 y de todo el territorio antes del año 2032. En el marco de este plan, en mayo de 2023 se

---

<sup>75</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Erradicar el amianto en la UE" (2015/C251/03). DOUE, 31 de julio de 2015. [Consultado 16 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5005&from=ES>.



han convocado dos líneas de subvenciones, una dirigida a particulares y otra al sector productivo para retirar el amianto de las cubiertas y sustituirlo por placas fotovoltaicas.

El pasado 22 de junio de 2023, la Comunidad Autónoma de Castilla y León ha convocado, en régimen de concesión directa, subvenciones públicas dirigidas a la retirada segura de las cubiertas ligeras que contengan materiales con amianto, así como en su caso, su sustitución por cubiertas resistentes y transitables libres de amianto, con la finalidad de mejorar la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo que supone la realización de trabajos en cubiertas ligeras, debido a la elevada incidencia de las caídas de altura durante la ejecución de estos trabajos, así como el riesgo de exposición a fibras de amianto durante la manipulación de las placas onduladas de fibrocemento que contienen dicho agente cancerígeno.

Para concluir, recientemente, el pasado 27 de junio de 2023, el Consejo de la UE ha alcanzado un acuerdo con el Parlamento Europeo sobre una nueva Directiva con la que se pretende reforzar la protección de los trabajadores contra los riesgos de exposición al amianto. Esta iniciativa está en consonancia con el pilar europeo de derechos sociales, en particular con su principio número diez sobre el derecho a un entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado, y con su plan de acción. La revisión del límite de exposición ocupacional (en adelante, OEL) para el amianto contribuye a lograr un alto nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores.

Esta iniciativa también se basa en el compromiso asumido por la Comisión en el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 y en el Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer de reducir aún más el OEL para el amianto en la Directiva sobre el amianto en el trabajo en 2022.

El acuerdo adoptado reducirá inicialmente el límite máximo de exposición a 0,01 fibras de amianto por  $\text{cm}^3$ , que es diez veces inferior al límite actual de 0,1  $\text{f}/\text{cm}^3$ . Tras un periodo de transición máximo de 6 años, los Estados miembros deberán aplicar un nuevo método para medir los niveles de amianto, la microscopia electrónica (ME) que es más sensible que la microscopia de contraste de fase (MCF) utilizada en la actualidad para medir las fibras finas de amianto. Una vez que se introduce la microscopia electrónica, los Estados miembros tendrán dos opciones:

- Medir las fibras finas de amianto, en cuyo caso el límite máximo de exposición será 0,1  $\text{f}/\text{cm}^3$ .
- No medir las fibras finas de amianto, en cuyo caso el límite máximo de exposición se reducirá a 0,002  $\text{f}/\text{cm}^3$ .

Se pedirá a los representantes permanentes de los Estados miembros ante la UE que aprueben el acuerdo alcanzado con el Parlamento en una próxima reunión del Comité de

Representantes Permanentes. A continuación, el texto de la Directiva será formalizado por los juristas-lingüistas antes de ser adoptado por los ministros en una próxima sesión del Consejo. Una vez adoptado, los Estados miembros dispondrán de dos años para introducir el nuevo nivel máximo de exposición de 0,01 f/cm<sup>3</sup> y de seis años para introducir la microscopía electrónica para medir los niveles de amianto en el lugar de trabajo<sup>76</sup>.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### 7.1. Artículos científicos y monografías

ARAGÓN BOMBÍN, R. *Guía para la protección de las víctimas del amianto*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2019. [Consultado 24 de julio de 2019]. Disponible en: [http://www.ugt.es/sites/default/files/guiaamianto\\_web.pdf](http://www.ugt.es/sites/default/files/guiaamianto_web.pdf).

BLASCO LAHOZ, J. F. *Enfermedades profesionales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

CÁRCOBA, A.; BÁEZ, F. y PUCHE, P. “El amianto en España: estado de la cuestión”, octubre, 2011. [Consultado 16 de febrero de 2021]. Disponible en: <http://www.ccoortva.org/docs/amianto.pdf>

CAVAS MARTÍNEZ, F. (coord.) *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la seguridad social*, Investigación financiada al amparo de lo previsto en la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo (Subvenciones para el fomento de la investigación social FIPROS). [Consultado 22 de abril de 2020]. Disponible en: [http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/cc901b09-e9fd-4565-87d46c8f117a6e99/F70\\_07N.pdf?MOD=AJPERES&CVID=](http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/cc901b09-e9fd-4565-87d46c8f117a6e99/F70_07N.pdf?MOD=AJPERES&CVID=).

C. PLINII SECUNDI, *Naturalis Historiae*, ed. TEUBNER, 1897, Lib. XXXVII, verso 146. [Consultado 9 de agosto de 2019]. Disponible en: [http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Pliny\\_the\\_Elder/home.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Pliny_the_Elder/home.html).

GOERLICH PESET, J.M. (Director) *Derecho del trabajo*, 8ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

HOMERO, *La Ilíada*. Traducción, estudio preliminar, notas y apéndices de BERGUA, J. B., Madrid: ed. Ibéricas, 1965.

LÓPEZ GANDÍA, J. y AGUDO DÍAZ, J. *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, Albacete: Bomarzo, 2007.

MONERRI GUILLÉN, C. “El concepto de enfermedad profesional”, Artículos

---

<sup>76</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/06/27/asbestos-council-and-parliament-strike-deal-on-new-rules-protecting-workers/>

doctrinales, noticias jurídicas, 18 de noviembre de 2016. [Consultado 22 de abril de 2020]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11457-el-concepto-de-enfermedad-profesional/>.

PRADO BURGUETE, C.; MARTÍNEZ GARCÍA, A. *El amianto en el ambiente laboral*, Monografías técnicas sobre seguridad y salud en el trabajo, núm. 3, Murcia: Región de Murcia, Consejería de Trabajo y Política Social, Instituto de Seguridad y Salud Laboral, 2000, ed. revisada 2006. [Consultado 24 de julio de 2019]. Disponible en: [https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=11424&IDTIPO=60&RASTRO=c911\\$m6407,3507,3671](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=11424&IDTIPO=60&RASTRO=c911$m6407,3507,3671).

REGUEIRO M. y GONZÁLEZ-BARROS, “El amianto: mineralogía del riesgo”, Demolición y Reciclaje, núm. 43, noviembre, 2008, pp. 34-53. [Consultado 9 de agosto de 2019]. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-15564/Amianto%20y%20asbestos%20-%20Manuel%20Requeiro.pdf>.

## 7.2. Legislación

Ley de accidentes de trabajo de 31 de enero de 1900. Gaceta de Madrid, núm. 31, pp. 363-364. [Consultado: 27 de enero de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1900/031/A00363-00364.pdf>

Ley de Bases del Seguro de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936. Gaceta de Madrid, núm. 197, pp. 515-517. [Consultado: 20 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1936/197/B00515-00517.pdf>

Decreto de 10 de enero de 1947 por el que se crea el Seguro de enfermedades profesionales. BOE núm. 21, de 21 de enero de 1947, pp. 486-490. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1947/021/A00486-00490.pdf>.

Orden de 19 de julio de 1949 por la que se aprueba el Reglamento del Seguro de Enfermedades Profesionales. BOE núm. 231, de 19 de agosto de 1949, pp. 3688-3695. [Consultado 28 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1949/231/A03688-03695.pdf>.

Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional. BOE, núm. 128, de 30 de mayo de 1961, pp. 8138-8146. [Consultado 18 mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1961-10345>.

Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. BOE, núm. 292, de 7 de diciembre de 1961, pp. 17259-17271. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en:

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1961-22449](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1961-22449).

Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. BOE, núm. 96, de 22 de abril de 1966, pp. 4778-4807. [Consultado 30 abril de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1966-6647>.

Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el texto del Código Alimentario Español. BOE núm. núm. 248, de 17 de octubre de 1967, pp. 14180-14187. [Consultado 27 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/d/1967/09/21/2484>.

Decreto 1779/1971, de 8 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la producción de seguros privados. BOE núm. 178, de 27 de julio de 1971, pp. 12255-12263. [Consulta 27 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-946>.

Constitución Española. BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424. [Consultado 23 de julio de 2019]. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con).

Real Decreto 2821/1981, de 27 de noviembre, por la que se modifica el párrafo cuarto, punto tercero, del apartado D del Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, que aprobó el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. BOE, núm. 287, de 1 de diciembre de 1981, pp. 28103-28103. [Consultado 18 mayo de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-27725>.

Directiva 83/477/CEE del Consejo, de 19 de septiembre de 1983, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (segunda Directiva particular con arreglo al artículo 8 de la Directiva 80/1107/CEE). DO n° L 263 de 24/09/1983, pp. 0025-0032. [Consultado 23 de julio de 2019]. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/1983/477/oj>.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE, núm. 102, de 29 de abril de 1986, pp. 15207-15224. [Consultado 24 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>.

Real Decreto 1406/1989, de 10 de noviembre, por el que se imponen limitaciones a la comercialización y al uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos. BOE, núm. 278, de 20 de noviembre de 1989, pp. 36363-36365. [Consultado 24 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1989/11/10/1406>.

Real Decreto 108/1991, de 1 de febrero, sobre la prevención y reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto. BOE, núm. 32, de 6 de febrero de 1991, pp. 4062-4064. [Consultado 24 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1991/02/01/108/con>.

Directiva 91/382/CEE del Consejo de 25 de Junio de 1991 por la que se modifica la Directiva 83/477/CEE sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (segunda directiva particular con arreglo al artículo 8 de la Directiva 80/1107/CEE). DO núm. L 206 de 29/07/1991 pp. 0016-0018. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/1991/382/oj>.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, pp. 32590-32611. [Consultado 23 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31/con>.

Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. BOE núm. 27, de 31 de enero de 1997, pp. 3031-3045. [Consultado 20 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/01/17/39/con>

Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. BOE, núm. 124, de 24 de mayo de 1997, pp. 16111-16115. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/05/12/665/con>.

Directiva 1999/77/CE de la Comisión de 26 de julio de 1999 por la que se adapta al progreso técnico por sexta vez el anexo I de la Directiva 76/769/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos (amianto) (Texto pertinente a efectos del EEE). DO núm. L 207 de 06/08/1999, pp. 0018-0020. [Consultado 26 de julio de 2019]. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/77/oj>.

Real Decreto 1124/2000, de 16 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. BOE, núm. 145, de 17 de junio de 2000, pp. 21443-21444. [Consultado 26 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2000/06/16/1124>.

Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. BOE, núm. 104, de 1 de mayo de 2001, pp. 15893-15899. [Consultado 26 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2001/04/06/374/con>.

Real Decreto 349/2003, de 21 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, y por el que se amplía su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos. BOE, núm. 82, de 5 de abril

de 2003, pp. 13297-13298. [Consultado 26 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2003/03/21/349>.

Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto. BOE núm. 86, de 11 de abril de 2006, pp. 13961-13974. [Consultado 26 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2006/03/31/396/con>.

Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE núm. 302, de 19 de diciembre de 2006, pp. 44487-44546. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2006/11/10/1299/con>.

Reglamento (CE) n o 552/2009 de la Comisión, de 22 de junio de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) n o 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) en lo que respecta a su anexo XVII. (Texto pertinente a efectos del EEE). DO núm. L 164 de 26/06/2009, pp. 263-287. [Consultado 30 de julio de 2019]. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/552/oj>

Directiva 2009/148/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo. Diario Oficial núm. L 330 de 16 de diciembre de 2009 pp. 28-36. [Consultado 8 de agosto de 2023]. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/148/oj>

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011, pp. 104593-104626. [Consultado 24 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/d/1967/09/21/2484>.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103291-103519. [Consultado 23 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>.

Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. BOE núm. 85, de 9 de abril de 2022, pp. 48578-48733. [Consultado 8 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/04/08/7>.

### **7.3. Instrucciones, órdenes, circulares, informes y comunicaciones**

Orden de 31 de octubre de 1984 por la que se aprueba el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto. BOE, núm. 267, de 7 de noviembre de 1984, pp. 32145-32149.

[Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en:  
[https://www.boe.es/eli/es/o/1984/10/31/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/o/1984/10/31/(1)).

Orden de 31 de marzo de 1986 por la que se modifica el artículo 13, control médico preventivo de los trabajadores, de la Orden de 31 de octubre de 1984 por la que se aprueba el Reglamento sobre Trabajos con riesgo por Amianto. BOE, núm. 96, de 22 de abril de 1986, pp. 14279-14279. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en:  
[https://www.boe.es/eli/es/o/1986/03/31/\(7\)](https://www.boe.es/eli/es/o/1986/03/31/(7)).

Convenio 162 OIT, sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad, adoptado en Ginebra, 72ª reunión CIT el 24 de junio de 1986. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en:  
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C162](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C162).

Orden de 7 de enero de 1987 por la que se establecen normas complementarias del Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto. BOE, núm. 13, de 15 de enero de 1987, pp. 1055-1055. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en:  
[https://www.boe.es/eli/es/o/1987/01/07/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/o/1987/01/07/(1)).

Orden de 26 de julio de 1993 por la que se modifican los artículos 2., 3.º y 13 de la Orden de 31 de octubre de 1984 por la que se aprueba el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto y el artículo 2.º de la Orden de 7 de enero de 1987 por la que se establecen normas complementarias al citado Reglamento. BOE, núm. 186, de 5 de agosto de 1993, pp. 23820-23821. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en:  
[https://www.boe.es/eli/es/o/1993/07/26/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/o/1993/07/26/(2)).

Protocolos de vigilancia sanitaria específica. Amianto. Comisión de Salud Pública, Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, 1999. [Consultado 8 de febrero de 2021]. Disponible en:

<https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/amianto.pdf>

Orden de 7 de diciembre de 2001 por la que se modifica el anexo I del Real Decreto 1406/1989, de 10 de noviembre, por el que se imponen limitaciones a la comercialización y al uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos. BOE, núm. 299, de 14 de diciembre de 2001, pp. 47156-47157. [Consultado 25 de julio de 2019]. Disponible en:  
[https://www.boe.es/eli/es/o/2001/12/07/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/o/2001/12/07/(1)).

Recomendación de la Comisión de 19 de septiembre de 2003 relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (Texto pertinente a efectos del EEE) [notificada con el número C(2003) 3297]. DOUE, núm. L 238, de 25 de septiembre de 2003, pp. 0028-0034. [Consultado 26 de enero de 2021]. Disponible en:  
<http://data.europa.eu/eli/reco/2003/670/oj>.

Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la

exposición al amianto. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Ministerio de Trabajo e Inmigración. [Consultado 17 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/203536/Gu%C3%ADa+t%C3%A9cnica+para+la+evaluaci%C3%B3n+y+prevenci%C3%B3n+de+los+riesgos+relacionados+con+la+exposici%C3%B3n+al+amianto/0aecc8f0-d55c-4eee-becb-17db44e5768c>

Orden TAS/1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales. BOE, núm. 4, de 4 de enero de 2007, pp. 482-487. [Consultado 26 de enero de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/o/2007/01/02/tas1>.

Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre los riesgos para la salud en el lugar de trabajo relacionados con el amianto y perspectivas de eliminación de todo el amianto existente [2012/2065(INI)]. [Consultado 16 de febrero de 2021]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0093\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0093_ES.pdf)

Protocolos de vigilancia sanitaria específica. Amianto. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Centro de Publicaciones, 2013. [Consultado 30 de julio de 2019]. Disponible en:

<https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/ProtoVigiAmianto1.pdf>

Medida fiable de las concentraciones de fibras de amianto en aire. Aplicación del método de toma de muestras y análisis MTA/MA-051/A04. [Consultado 6 de marzo de 2020]. Disponible en:

[https://www.insst.es/documents/94886/359418/CR\\_002\\_A05.pdf/6af535a7-c9f8-4006-a3f6-e12c4aa1bf1e](https://www.insst.es/documents/94886/359418/CR_002_A05.pdf/6af535a7-c9f8-4006-a3f6-e12c4aa1bf1e)

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Erradicar el amianto en la UE” (2015/C251/03). DOUE, 31 de julio de 2015. [Consultado 16 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5005&from=ES>.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Erradicar el amianto en la UE” (2015/C251/03). DOUE, 31 de julio de 2015. [Consultado 17 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE4791&from=ES>.

Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2021, con recomendaciones a la Comisión sobre la protección de los trabajadores contra el amianto [2019/2182(INL)]. [Consultado 8 de agosto de 2023]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0427\\_ES.html#title1](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0427_ES.html#title1).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM(2020) 662 final), sobre



“Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas”. [Consultado 4 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0662>.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/148/CE sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo, de 28 de septiembre de 2022. (COM (2022) 489 final). [Consultado 8 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12863-2022-INIT/es/pdf>.

Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2023, pp. 58762-58831. [Consultado 8 de agosto de 2023]. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10283](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10283).

Dictamen del Comité Europeo de las Regiones - Modificación de la Directiva sobre el amianto (2023/C188/07). DOUE, 30 de mayo de 2023. [Consultado 9 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022AR5655>.

## **SOBRE KAFKA Y EL AMIANTO O ASBESTO**

Por

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL  
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (UAM)  
Director del Bufete De La Villa

[lev@abogadosvs.com](mailto:lev@abogadosvs.com) | <https://orcid.org/0009-0005-8456-8916>

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

**RESUMEN:** Seguramente, por primera vez, un abogado alemán, de nombre Ulrich Fischer, ha escrito muy críticamente de Kafka, aunque no lógicamente sobre su sorprendente legado literario sino sobre su actuación como empleado de una aseguradora de accidentes de trabajo y como empresario de una fábrica de distribución del amianto o asbesto, en ambos casos con resultados personales y económicos desastrosos. El libro se tradujo, para el Colegio de Abogados de Madrid, por el letrado Román Gil Alburquerque, y al profesor De la Villa se le encomendó el prólogo, que es la parte que se reproduce ahora del libro editado primorosamente por la citada Corporación. Esta reproducción tiene como objeto acompañar al comentario del Doctor Crespo Fernández sobre el gravísimo riesgo de la manipulación de aquel mineral, desconocido en tiempos de Kafka.

**PALABRAS CLAVE:** Amianto o Asbesto. Accidentes de trabajo. Enfermedades profesionales. Convenio Nº 61 OIT (1986). Programa laboral de Kafka.

**SUMARIO:** I. Kafka, vida y trabajo.- II. La paradoja del Derecho: desprecio pero argumento recurrente.- III. Ideología de Kafka: los poderosos y los obedientes.- IV. El tormento de la triple actividad. La fábrica de amianto.- V. Una laguna literaria.

## **ABOUT KAFKA AND ASBESTOS**

**ABSTRACT:** Certainly, for the first time, a german Lawyer, Ulrich Fischer, has written very critically about Kafka, although not about his amazing literary legacy, but about his actions as an employee of a work accident insurance company and as an entrepreneur of an asbestos distribution factory, in both cases with disastrous personal and economic results. The book was translated for the Madrid Bar Association by the Lawyer Román Gil Alburquerque, and Professor De la Villa was instructed to write the prologue, which is the part that is now reproduced in the book edited with great care by the aforementioned Corporation. The purpose of this reproduction is to accompany the commentary of Dr. Crespo Fernandez on the very serious risk of handling that mineral, unknown in Kafka's time.

**KEY WORDS:** Asbestos. Labor accident. Professional Disease. Convention No.162 ILO (1986). Labor Program of Kafka.

**SUMMARY:** I. Kafka, Life and Work.- II. The Paradox of Law: contempt, but repeated Argument.- III. Kafka's ideology: the Powerfuls and the Obedients.- IV. The Torment of the triple activity. The Asbestos Factory.- V. A literary Gap.

## I. KAFKA, VIDA Y TRABAJO

Franz o František Kafka vivió los 41 años comprendidos entre su nacimiento en Praga, en 1883, y su fallecimiento en Kierling, cercano a Viena, en 1924; sus restos reposan en el cementerio judío de Praga. La mayor parte de su vida fue ciudadano del Imperio austro-húngaro, fundado en 1867, dentro del cual el Reino de Bohemia, y su capital Praga, tenían reconocida cierta singularidad. En el año 1910, la población checa era la tercera entre las doce que formaban el Imperio, con seis millones y medio de habitantes. Tras la primera guerra mundial, el Tratado de Saint-Germain-en-Laye de 1919 reconoció la independencia de Checoslovaquia como nueva República soberana. Pero ni antes ni después de este hecho, mostró Kafka ninguna pulsión nacionalista, que consideraba *'un sustitutivo de la religión'*. Su corta vida le privó de conocer la pacífica escisión checoslovaca, de 1993, con el nacimiento de las Repúblicas de Chequia y de Eslovaquia -ahora miembros de la Unión Europea desde el 2004-, y la desgraciada suerte de sus tres hermanas en los campos de exterminio.

Kafka eligió el alemán -lengua materna- para su actividad literaria, aunque lógicamente hablaba la lengua checa de su padre y de su país y como judío conocía y estudiaba el hebreo. Cuando nace Kafka la población de Praga era de unos 220.000 habitantes, 88% católicos, 2% protestantes y un 9% judíos.

Doctor en leyes en 1906, tras aprobar el examen conocido como Rigorosum, -y tras un breve espacio como pasante de bufete y empleado de una compañía de seguros privados- dedicó la mayor parte de su vida profesional, desde el 1908 hasta su jubilación por enfermedad en 1922, al asesoramiento sobre accidentes de trabajo en el seno del Arbeiter-Unfall Versicherungs-Anstalt für Königsreich Böhmen (Instituto de Seguros contra los Accidentes de Trabajo del Reino de Bohemia, en adelante AUVA). Se trataba de una importante entidad aseguradora semi-pública, financiada por los empresarios (90%) y por los trabajadores (10%), a la que estaban afiliadas 200.000 empresas, con un total de tres millones de trabajadores y una plantilla de empleados en régimen laboral, pese a que habitualmente eran denominados funcionarios. La entrada en el *staff* del AUVA no era sencilla, exigía unas pruebas rigurosas de acceso que Kafka preparó siguiendo cursos específicos de formación, aunque tan importante como la capacitación adquirida fue el empuje obsequiado por el influyente amigo de la familia, Otto Příbram (1844-1917), que en su momento sería el presidente de la Institución.

La ventaja que el AUVA ofrecía a Kafka, sobre sus empleos anteriores, era el régimen horario de mañana, que le liberaba la tarde para su ocio, apto para una rica vida cultural, largos paseos con los amigos, amoríos y la escritura de sus relatos, de los cuales el más

importante publicado en vida fue el cuento *Die Verwandlung* -La Metamorfosis- de 1915, su obra más popular, que él no consideraba tanto una confesión cuanto una indiscreción. Pero esa compartimentación del tiempo chocaba con la personalidad de Kafka, incapaz de resistir en paz tal 'doble vida', de mañana y de tarde ... "a resolver quizá con la locura", anotación que realizó el 19 de febrero de 1911 (*Diarios 1910-1923*. Tusquets, 2010, edición de Max Brod, traducción de Feliu Formosa, p. 28). Una doble vida que, Ulrich Fischer (1946), en la obra que se prologa, eleva a 'triple vida' desde 1912 hasta 1918, a causa de la peripecia empresarial acometida, tan agotadora como olvidada por los biógrafos más esforzados. Un esfuerzo inviable para un Kafka solitario, inseguro, neurótico, ambiguo y enfermizo, con la privilegiada inteligencia que le permitió crear un universo literario propio. En la *Carta* a su padre, que nunca se atrevió a enviarle, dice de sí mismo, en un contexto ajeno a la petulancia, 'ser Literatura', literatura nunca antes escrita, combinada de realidad y fantasía, de lo probable y lo improbable, de lo verosímil y lo inverosímil.

De sus múltiples amantes fue Dora Diamant (1898-1952), última de ellas, la que afirmó que la mente de Kafka conocía matices más finos que los que puede concebir la mentalidad moderna. El extravagante Vladimir Nabokov (1899-1977) llegó a decir que, a su lado, Reiner Maria Rilke (1875-1926) y Thomas Mann (1875-1955) eran 'enanos o santos de escayola'. Y para su albacea Max Brod (1884-1968), fue un profeta, con penetrantes ojos del alma, que debería haber dado nombre al siglo XX. Sabio pero débil en la lucha, según su admirada amante Milena Jasenská (1896-1944), carecía de las defensas de las que se vale el común de las personas para sobrevivir, un hombre desnudo pues entre los vestidos. En la carta de 1913 al padre de su prometida Felice Bauer (1887-1960), Kafka se definía como "taciturno, insociable, malhumorado, egoísta, hipocondríaco y realmente enfermizo", una fiel descripción que martirizó su corta vida, conjuntándose el dolor y las limitaciones de su mala salud con el sufrimiento que le imponía la sumisión a su padre, los fracasos en el amor y la angustia en el trabajo. Escribir era su tabla salvadora, al precio de reflejar en todas sus narraciones la soledad, la arbitrariedad y la injusticia padecidas por los personajes protagonistas, se llamarán Gregor Samsa, o Karl Rossmann o Josef K. o simplemente K ...

Un ciudadano política y religiosamente desubicado quien, pasados los años, sería un 'degenerado' para el nazismo y un 'pro-imperialista' para el comunismo. Un hombre que, según el testimonio de su 'discípulo', el poeta y musicólogo esloveno Gustav Janouch (1903-1968), luchaba amargamente por la verdad y por la vida, porque la vida sin verdad no sería posible y porque quizá, la verdad fuera la vida misma. Un joven que mantuvo numerosas reuniones personales con Kafka entre los años 1920 a 1923, plasmadas luego en el ajetreado libro *Gesprache mit Kafka* -Conversaciones con Kafka- publicado

inicialmente en 1951, y traducido al español en 1997 por Rosa Sala para Destino. Se citará en adelante con la referencia GJ, seguida de la página de la edición española de 1999, presumiendo la veracidad de las opiniones puestas en boca de Kafka, no siempre creíbles a juicio de algunos de sus biógrafos, porque en 1920 Janouch tenía solo 17 años y se teme que pudo malinterpretar, sacar de contexto o sencillamente no comprender lo que Kafka le hubiera manifestado en sus encuentros. Dicho lo cual, nadie con la ambición de penetrar en el alma de Kafka debería ignorar, con excusa en las dudas, los cientos de repuestas espontáneas que el genio improvisaba frente a la inocente curiosidad de su joven interlocutor.

## **II. LA PARADOJA DEL DERECHO: DESPRECIO, PERO ARGUMENTO RECURRENTE**

Es una conclusión contrastada la aversión de Kafka por el Derecho y el desprecio por su condición de jurista. Con ocasión de una broma gastada al joven Jenouch, le reconoció que lo manifestado era un engaño ... "no en vano soy jurista. Por eso no consigo desprenderme de la maldad" (GJ, 67). Le inquietaba sin embargo la presencia de un Derecho maniatado por la injusticia y la arbitrariedad. Así se refleja en la mayor parte de sus escritos y particularmente en sus tres grandes novelas todas ellas igualmente inconclusas y póstumas, *Amerika* o *Der Verschollene* -América o El Desaparecido- escrita en 1912-1913 y publicada en 1927; *Der Prozeß* -El Proceso- en la que esos dos momentos se distancian entre 1914 y 1925; y *Das Schloß* -El Castillo- acortados ahora entre 1922 y 1926. La afinidad de los tres relatos, siendo sus tramas tan distintas, se encuentra en que todos ellos contemplan el fracaso de las funciones esenciales del Derecho, la armonía social y la seguridad jurídica. Maldición que se reitera ineluctablemente en otras varias obras significativas, anunciada en la primera de todas, *Beschreibung eines Kampfes* -Descripción de una Lucha-, entre 1903 y 1907, premonitoria del permanente conflicto consigo mismo y con su medio, exacerbado por el temor al poder ejercido sin control, externo e interno en su propia familia, con un padre autoritario al que escribirá una truculenta carta que éste no llegará a recibir nunca. Inseguridad y angustia trasladada a los pobres y los débiles en numerosos relatos, como ejemplifican *Das Urteil* -El Juicio- de 1912, en el ámbito de la relación paterno filial, e *In der Strafkolonie* -En la Colonia penitenciaria- de 1914, dialéctica de la culpa y el castigo o, mejor, de la culpa y la tortura. Una descripción tan desgarradora de la infligida a los infractores en aquella Colonia, al extremo que algunos de los oyentes de su lectura pública -en la galería Gotz de München, el 10 de noviembre de 2016, entre ellos el poeta Rilke- no pudieron acabar la audición víctimas de sus arcadas.

En todo caso, como narra con detalle Ulrich Fischer, Kafka no se esforzó por dejar de ser un jurista mediocre y su inquietud por el Derecho fue exclusivamente literaria, lo que no resta un ápice a la valoración de sus escritos, pero sí modera las exageraciones que se leen en los admiradores de su trayectoria profesional. En su larga carrera en el AUVA no pasó de ejercer funciones secundarias, inicialmente administrativas -como *Aushilfsbeamter*, literalmente 'funcionario auxiliar', pero en realidad empleado temporal- hasta culminar su carrera como *Obersecretär* -literalmente Secretario Superior o Principal- aunque nunca sus funciones fueron de ese nivel superior, ni de envidia jurídica, sin apenas relación con los beneficiarios, sin grandes responsabilidades y sin asumir la defensa de los pleitos en los tribunales administrativos, competentes entonces en materia social a falta todavía en el Imperio de una jurisdicción especializada. En el otro lado del espejo, sus 'garabatos' -*Kritzenleien*-, dibujos con o sin escritos conjuntos, le ayudaban a sobrevivir, aunque tampoco le satisfacían plenamente, de lo que dan buena prueba lo inacabado de muchos de ellos, su escondrijo en un armario sin darlos a la imprenta. y su sincera petición de que fueran destruidos tras su muerte ... "*no soy una luz. No he hecho más que enredarme en mis propias espinas. Soy un callejón sin salida. Por eso mis garabatos deben ser destruidos*" (GJ, 258) ... *con mis garabatos salgo huyendo de mí mismo, pero me atrapo de nuevo al poner el punto final. No logro escapar de mí*" (GJ, 306). En el amor no llegaba a la misoginia, pero desconfiaba de la unión permanente con sus sucesivas amantes, rompiendo incluso ante los tribunales promesas formales de matrimonio ... "*las mujeres son trampas que acechan al hombre por todos los lados para arrastrarle hacia lo únicamente es finito. Pierden su peligrosidad cuando uno salta en la trampa por propia voluntad. Pero si la costumbre hace que uno las supere, todos los cepos femeninos se abren de nuevo*" (GJ, 299).

### III. IDEOLOGÍA DE KAFKA. LOS PODEROSOS Y LOS OBEDIENTES

La ideología de Kafka entraba plenamente en la laxa esfera de la actual socialdemocracia, pese a sus escauceos socialistas e incluso anarquistas, que le llevaron a profundizar, como el mismo reconocía ... "*en la vida y en las ideas de Godwin, Proudhon, Stirner, Bakunin, Kropotkin, Tucker y Tolstói invirtiendo mucho dinero y tiempo en ese asunto. Y en 1910 participé en las sesiones que los anarquistas checos celebraban en la posada del Karlín Zum Kanonenkreuz, donde se reunía el grupo anarquista 'Club de los Jóvenes', camuflado como club de músicos de mandolina*" (GJ, 165-166). Para Kafka el capitalismo era ... "*un sistema de dependencias que van de dentro a fuera, de fuera a dentro, de arriba a abajo y de abajo a arriba. Todo depende de todo, todo está atado. El capitalismo es un estado del mundo y del alma*" (GJ, 260). Y opinaba también que ... "*tanto la nación como la clase obrera no son más que*

*generalizaciones abstractas, conceptos dogmáticos, apariencias nebulosas que solo se han convertido en algo concreto gracias a una operación lingüística*” (GJ, 171).

En su literatura, las leyes, abstractas y opacas así mismo, son obra de las élites, únicas concededoras de sus preceptos y por tanto inmunes a sus daños, pero inaccesibles para los pobres y para los débiles -revestidos con frecuencia de ‘campesinos’-, irremisiblemente obligados a la obediencia ciega de las mismas. Vano sería pues cualquier intento de estas personas para conocer la ley, aunque dedicaran a ello la vida entera, una pretensión rodeada incluso de graves peligros ... *“lo que les aconseja conformarse con esperar”*, una de las pocas afirmaciones rotundas del alegórico y poliédrico cuento *Vor dem Gesetz* -Ante la ley-, publicado por el diario judío *Selbswehr* el 15 de septiembre de 1915. Con absoluta claridad, la parábola *Zur Frage des Gesetze* -Sobre la cuestión de las Leyes- de 1920, describe en su primer párrafo que ... *“en general nuestras leyes son ignoradas, porque constituyen un secreto del pequeño grupo aristocrático gobernante. Y aunque sabemos que esas leyes antiguas se cumplen rigurosamente, resulta desesperante quedar regido por leyes desconocidas”*. De ese modo, cuando K pretende hospedarse en la posada, uno de los hombres presentes le informa que allí no puede estar, aunque se trate de una excepción si ha sido llamado por los señores del Castillo ... *“porque nosotros, gente humilde, respetamos las normas”* (*El Castillo*, Cátedra, 8ª ed. 2021, p. 133, edición de Luis Acosta). Y esa negación a simplemente ‘estar’ que se describe en esta novela supone identificar el Derecho como *factum*, con el Poder misterioso e ilimitado que gobierna la vida de los hombres y particularmente de los trabajadores, sujetos invariablemente a la opresión de sus empleadores, que les condenan a cumplir penosas tareas apenas compensadas, víctimas propicias de los riesgos físicos que los mutilan y de los riesgos psíquicos que humillan su dignidad de personas.

Se manifiesta abusivamente también en la inoportuna presencia del ‘principal’ de la empresa para la que trabajaba Gregor Samsa en casa de los padres de éste. Contando con el beneplácito de los mismos, el ‘principal’ acusaba abiertamente a su viajante de comercio de haberse retrasado una hora sin causa alguna. Convertido ya en un insecto monstruoso, se preguntaba Gregor ... *“por qué trabajaba en una empresa en la que la más mínima ausencia despertaba inmediatamente las más trágicas sospechas ¿es que los empleados, todos en general y cada uno en particular, no eran sino unos pillos? ¿Es que no podía haber entre ellos algún hombre de bien que, después de perder aunque solo fuese un par de horas de la mañana, se volviese loco de remordimiento y no se hallase en condiciones de abandonar la cama? ¿es que no bastaba acaso con mandar a preguntar a un chico, suponiendo que tuviese fundamento esa manía de averiguar, sino que era preciso que viniera el mismísimo principal a enterar a toda una inocente familia*

*de que solo él tenía calidad para intervenir en la investigación de tan tenebroso asunto?"* La respuesta a estos interrogantes la proporcionó de inmediato el principal apegado a la puerta del cuarto de Samsa ... *"inquieta usted gravemente a sus padres y falta a su obligación de una manera inaudita. Ante esta incomprensible testarudez no me quedan ganas de seguir interesándome por usted y su posición no es ni mucho menos muy segura"* ... Las disculpas y promesas que voceaba Gregor se perdían irremisiblemente porque ninguno de sus interlocutores sabía traducir su lenguaje de insecto (pasajes de *La Metamorfosis*, en la edición de Bolsillo de Alianza Editorial, vigésima reimpresión, 1987, pp. 18 a 25). Y, escrito por las mismas fechas, el cuento *Der Dorfschullehrer* -El Maestro rural- o *Der Riesenmaulwurf* -El Topo gigante-, inacabado y no publicado hasta 1931, reitera que ... *"si personas sencillas, cuyo horario laboral apenas les deja un respiro, no se hubieran hecho cargo desinteresadamente del asunto, el rumor sobre el monstruo no habría salido de la comarca"* ...

A ese sometimiento personal del trabajador acompañaba Kafka su escepticismo sobre la fuerza transformadora de las masas obreras ... *"dominan la calle y creen por eso que dominan el mundo. Pero están equivocadas. Tras ellas ya están los secretarios, funcionarios y políticos profesionales, todos los sultanes modernos a quienes les están preparando el camino al poder ... esa fuerza amorfa y aparentemente indomable de las masas, en realidad está anhelando ser configurada y domada. Al final de cualquier proceso verdaderamente revolucionario siempre aparece un Napoleón Bonaparte"* (GJ, 210-211). Pensemos que ... *"el Instituto de Seguros contra Accidentes de Trabajo es un resultado del movimiento obrero. Así pues debería estar invadido por un luminoso espíritu de progreso. Y, en cambio, ¿con qué se encuentra usted aquí? El Instituto es un oscuro nido de ratas burocráticas en el que yo soy el único judío de muestra"* (GJ, 293-294).

Esa angustiosa pesadumbre que Kafka reproduce en toda su obra se extiende incluso a los ciudadanos de un 'Estado de Derecho' en las novelas *América* -título mucho más coherente con su argumento que *El Desaparecido*- y en *El Proceso*, la sublimación de la sumisión y la injusticia. Pero creo que es en la primera de ellas donde más extremadamente se refleja la inseguridad ciudadana, pues la sumisión de Karl Rossmann, hasta quedar convertido en un semi-esclavo, no se impone por la ley o por los jueces sino por particulares, cuyas acciones se desarrollan con impunidad. En *El Proceso* se describe terroríficamente, en los breves párrafos con los que se inicia y termina la narración, la insignificancia del ciudadano, un juguete en manos de los enigmáticos poderes públicos ... *"Alguien tuvo que haber calumniado a Josef K. pues, sin haber hecho nada malo, fue detenido una mañana"* ... Condenado al apuñalamiento en el corazón ... *"¡como un perro! ... fue como si la vergüenza hubiera de sobrevivirle"* ...



novelas ambas que siguen siendo objeto de interminables y encontrados comentarios, interrogándose acerca de la idea que Kafka ofrece sobre el Derecho, como han expuesto seriamente en España el abogado Lorenzo Silva (1966), en su ensayo *El Derecho en la obra de Kafka* (Rey Lear, 2008, pp. 53-61) y el magistrado Julio C. Picatoste (1947), en su discurso, *Kafka y el Derecho*, de ingreso en la Real Academia Galega de Jurisprudencia y Legislación (Vigo, 2017, pp. 81-123).

A la difusión universal de estos relatos ha contribuido fuertemente su traducción en imágenes. De las numerosas películas rodadas la más famosa es, probablemente, *The Trial*, la fascinante versión de Orson Welles (1915-1985) de 1962, una reconocida obra maestra, a pesar de que Antony Perkins (1932-1992) no hizo olvidar su creación de Norman Bates dos años antes. También se han hecho múltiples representaciones teatrales de estas obras y una de las cotas de ese arte, en manos de Andreas Kriegenburg (1963), fue la puesta en escena de la misma novela, con su personalísima confrontación de dos perspectivas simultáneas de la historia, que pudo verse en el teatro Valle Inclán de Madrid, en octubre de 2011. Ahora, en los días en que se escribe este prólogo, podemos meternos en el tenebroso relato asistiendo a la dignísima versión de Ernesto Caballero de las Heras (1958), en el madrileño teatro María Guerrero, con un Josef K. inteligentemente madurado por Carlos Hipólito (1956).

#### **IV. EL TORMENTO DE LA TRIPLE ACTIVIDAD**

La vida profesional de Kafka, repudiada por él permanentemente, pero imprescindible como el medio no peor de subsistencia, se bifurcó en dos actividades, por cuenta ajena y por cuenta propia, si así quiere decirse. Por cuenta ajena, como empleado del AUVA y por cuenta propia, a la cabeza de la empresa *Prager Asbestwerke Hermann&Co* -Fabrica de Asbesto de Praga Hermann&CO- dos actuaciones bien diferenciadas a las que conviene referirse separadamente. Pero no sin antes afirmar -una de las llamativas aportaciones de Fischer- que la superposición de ambas actividades durante siete años, entre 1911 y 1918- constituyó un ejemplo manifiesto de pluriempleo ilegal, pues Kafka, sujeto a plena dedicación en su trabajo por cuenta ajena en el AUVA, no solicitó en momento alguno la compatibilidad obligatoria para desempeñar su función de socio colectivo con responsabilidad y poderes plenos en la citada empresa de transformación y distribución del asbesto o amianto.

**IV.A)** Tras quince años de permanencia en el AUVA, desde su ingreso en 1908 a su jubilación anticipada en 1922, Kafka no solo no se integró en el organismo, sino que lo denostó continuamente, de palabra y por escrito. Sus interlocutores le oían con frecuencia decir que aquello era un 'nido de burócratas', por lo que ninguna de las

funciones desempeñadas en el aseguramiento de los accidentes de trabajo la llevó a cabo con ilusión calificando (*Diarios 1910-1923*, cit, p. 348), de insensatas sus funciones jurídicas y la oficina en la que las ejercía ... *“esto no es trabajar, sino pudrirse. Cualquier vida realmente activa y enfocada hacia un fin, una vida que absorba a un hombre por completo, posee el ímpetu y el resplandor de una llama. ¿Y qué es lo que hago yo? Paso el tiempo sentado en el despacho, que no es más que una maloliente fábrica de humos en la que la sensación de felicidad no existe. Por eso no me supone ningún problema mentirle a la gente que me pregunta por mi bienestar, en lugar de apartarme en silencio como un condenado, que es lo que realmente soy”* (GJ, 219-220) o ... *“soy una nada prendida en el pegajoso panal de funcionarios del Instituto de Seguros contra Accidentes de Trabajo”* (GJ, 285-286). Esta opinión de sí mismo casa plenamente con la valoración negativa de Fischer sobre la actuación de Kafka en el AUVA, ni siquiera un empleado diligente, pues aparte del pluriempleo ilegal reseñado era, en la terminología actual, un absentista por enfermedad recurrente, a pesar de su reflexión sobre la salud ... *“que no es una posesión personal de la que uno pueda disponer arbitrariamente. Solo es un bien prestado, una gracia. La mayoría de los hombres no lo saben. Por eso no economizan su salud”* (GJ, 195). Y, además, utilizaba parte de la jornada en asuntos propios, en recibir visitas frecuentes -de las que el libro de Janouch ofrece cumplido testimonio- en crear sus ‘garabatos’, hasta llegar al uso de algunos medios materiales de la oficina para sus necesidades privadas.

En una ocasión en que su habitual visitante le pidió disculpas por robarle su tiempo, Kafka contestó que ... *“mi tiempo se lo estoy regalando, además es un tiempo que no me pertenece a mí sino al Instituto de Seguros contra Accidentes de Trabajo. Es a él a quien le estamos robando mi tiempo juntos”* (GJ, 290). Y cuando, en otra de sus visitas, el mismo joven amigo quiso ordenarle los expedientes que obraban en su embrollada mesa de trabajo, Kafka le exigió dejar de hacerlo de inmediato, porque ... *“podría ocurrirnos la desgracia de poner estas cosas en orden por pura casualidad, y entonces yo estaría metido en un apuro. Podría perder la excusa, extremadamente importante para la conciencia de cualquier funcionario, de que no es mi ineficacia como oficinista la que me impide despachar el trabajo que me ha sido encomendado, sino solo el terrible desorden que hay en mi mesa. Eso sería un descubrimiento fatal que debo evitar como sea. Por eso tengo que proteger el desorden de mi mesa con sumo cuidado”* (GJ, 182-183).

Y, sin embargo, existen asimismo testimonios de que Kafka era excelentemente considerado por sus compañeros y por sus jefes de los que tanto aprendió, el eminente jurista Robert Marschner (1865-1934) y el reputado ingeniero Eugen Pfohl (1867-c.1919). Hasta el extremo que su condición de empleado de seguros ha pasado a la historia como un rasgo indeleble de su personalidad, recordado por el poeta Caballero Bonald

(1926-2021) ... “*si ahora de pronto optase/por no escribir (o no pudiera) y diera/el día por perdido, posponiendo/para quién sabe cuándo, y además/qué importa, la metódica/copia de mi agresividad/contra mí mismo, ¿pensaría/como Kafka (conocido empleado/de seguros) que esa dudosa obligación/no cumplida, se me iba a convertir/de alguna burocrática manera/en la razón de una desdicha irreparable?*” ...

En el 1908, cuando Kafka ingresó en el AUVA, regulaba el seguro de accidentes de trabajo en Austria y en Bohemia una Ley de 1887, a la medida del *Unfallversicherung* alemán de 6 de julio de 1884, el segundo seguro social del mundo tras el precedente, asimismo alemán, del *Krankenversicherung* de 15 de junio de 1883, debidas ambas leyes a la perspicaz política social auspiciada por el Canciller Von Bismarck (1815-1898) para apaciguar a la *Allgemeiner deutscher Arbeiterverein* -Asociación General de Trabajadores Alemanes- fundada en 1863 por impulso del socialista Ferdinand Lassalle (1825-1864). En Hungría la protección de los accidentes de trabajo se retrasó hasta 1900 para los trabajadores agrícolas y hasta 1907 para los de la industria. El 9 de octubre de 1924 se aprobó la Ley checoslovaca que implantaba el seguro de accidentes de trabajo en su territorio, con prestaciones mucho menos generosas que las dispensadas por la Ley de 1887, única por tanto que aplicó Kafka en los años de asesoría en el AUVA, pues de 1922 a 1924 su enfermedad impidió cualquier actividad profesional distinta de la literaria.

En el informe que acompañaba a los expedientes para la concesión de prestaciones a los accidentados, se ha dicho que aplicaba Kafka el principio de favor para posibilitar el acceso a la cobertura del seguro. Se cuenta con el dato ofrecido por Max Brod según el cual Kafka se asombraba de que los accidentados se conformasen con las exiguas prestaciones que, en el mejor de los casos, percibían del AUVA, poniendo en su boca estas palabras ... “*¡que modestos son estos hombres! ¡Nos piden pequeñeces en lugar de destruir el Instituto!*” (Kafka, Buenos Aires, Emecé, 3ª ed. 2000, p. 99). Llegando al extremo de asegurar que a veces escribía Kafka anónimamente en algunos medios artículos apoyando los derechos de los trabajadores y de los accidentados, frente al AUVA y/o frente a los empresarios, responsables de las secuelas de las lesiones, graves y frecuentes padecidas por la inexistencia o insuficiencia de las medidas preventivas imprescindibles. Hasta el punto de pagarles de su bolsillo los gastos de contratar a un abogado para su mejor defensa, acciones llamadas por sus admiradores ‘operaciones justicieras’ que podían arriesgar su empleo (GJ, 128-129). Pero nada de eso avala Fischer, poniendo contrariamente en duda que Kafka dispusiera del arrojo necesario para afrontar las consecuencias de una actuación que habría sido considerada deslealtad sancionable.

**IV.B)** Este libro de Ulrich Fischer es probablemente la única fuente de conocimiento y, en todo caso, por la cuidadosa investigación llevaba a cabo, la fuente más fiable de la actividad empresarial de Kafka, tras constituir con su cuñado Karl Hermann (1883-1939), la sociedad colectiva *Prager Asbestwerke*, para la transformación y distribución del asbesto o amianto, aprovechando sus múltiples aplicaciones industriales como material ignífugo y aislante. La parte de capital, nada simbólica, aportada por Kafka fue posible por un doble préstamo de su padre Hermann Kafka (1852-1931) y de su ‘tío rico’, hermano de su madre, Alfred Löwy (1852-1923), un curioso personaje que hizo carrera de distinguido ejecutivo en España, donde descansan sus restos. Empezó a funcionar en la primavera de 1912 en un patio trasero del suburbio de Žižkov. Se trataba de un pequeño taller local, al que no convenía ni la calificación tradicional alemana de fábrica (*Werke*), reservada para importantes complejos industriales, ni su ámbito a toda la ciudad de Praga, por lo que la ampulosa denominación de la sociedad fue considerada indebida, hasta el punto de poner en riesgo su registro mercantil. El taller empleaba a unas veinticinco mujeres bajo la dirección de un técnico alemán conocedor de las fibras del mineral y de su manipulación, pues ni Kafka ni su cuñado poseían la menor experiencia industrial, ni menos aún formación técnica sobre el proceso productivo iniciado. A esa ignorancia se unió la desidia de ambos, de manera que pocos meses después de su apertura la empresa mostró signos claros de inviabilidad. Y no es que Kafka ignorara lo que era o debía ser una fábrica ... *“las fábricas solo son órganos destinados a multiplicar los beneficios del dinero. En esto todos nosotros desempeñamos un mero papel secundario. Lo más importante es el dinero y la máquina. El hombre ya solo es un aparato de multiplicación del capital que ha quedado anticuado, un residuo de la historia cuya capacidad científicamente insuficiente pronto se verá reemplazada por autómatas cuya mente no presente dificultades”* (GJ, 186).

En los *Diarios* de Kafka consta una temprana anotación, el 10 de agosto de 2012, en la que se califica a la fábrica de ‘lamentable’, pese a lo cual no hubo empacho en utilizar publicidad engañosa y presentarla como ‘fábrica de primera clase’. Ni la incorporación como tercer socio, en abril de 1914, de su otro cuñado Paul Hermann (1890-1940), más dotado que los cofundadores para gobernar el negocio, ni los intentos de ampliación del capital social, dieron fruto alguno, anotando Kafka en sus *Diarios*, el 15 de octubre de 2014, que ‘la fábrica perece’, malviviendo hasta su liquidación a mediados de 1918.

De toda esta peripecia, descrita por Fischer con abundancia de detalles, interesa insistir en la actuación de Kafka como empresario, en verdad insignificante en su dimensión productiva y desasosegante en su dimensión personal. La presencia de Kafka en el taller era espaciada y generalmente se limitaba a algunas tardes, una vez liberada la jornada matinal en el AUVA. Su experiencia en el aseguramiento de los accidentes de

trabajo le servía para comprender los altísimos riesgos que las empleadas sufrían en el taller, inhalando el polvo que nublaba el ambiente y las emanaciones de los motores de gas empleados, mucho más económicos que los accionados por otras fuentes de energía menos nocivas. A ello se unía el ruido ensordecedor y la ausencia de ropa de trabajo adecuada, lo que producía frecuentes lesiones por enganches de las faldas y otras vestimentas femeninas en las correas de transmisión. Sin embargo, según la rigurosa investigación de Fischer -que contradice en este punto al autorizadísimo biógrafo de Kafka, Reiner Stach (1951)- no adoptó Kafka absolutamente ninguna medida preventiva, ni siquiera la instalación de aparatos aspiradores del polvo o la dotación a las trabajadoras de ropa de trabajo adecuada, pese a que otro tío suyo regentaba un almacén de esos productos en la ciudad de Praga. Ciertamente por aquellos tiempos no se conocían los gravísimos riesgos de las fibras de asbesto o amianto en la salud de los trabajadores y lo cierto es que ni los organismos internacionales ni las legislaciones nacionales adoptaron medidas de prevención para los trabajos tales, hasta el Convenio nº 162 de la OIT, de 1986, y mucho menos prohibieron la utilización y comercialización del mineral por sus demostrados efectos cancerígenos, lo que, por ejemplo en España se alargó hasta el quinquenio 2002 a 2006. Pero si debía conocer Kafka, por sus funciones en el AUVA, los daños que la inhalación de enormes cantidades de polvo y gases, cualquiera fuese su origen, habían de causar en la integridad física de cuantos trabajasen en esos ambientes.

Sin duda esa pasividad preventiva no fuera más que una manifestación lógica de la plena pasividad de Kafka hacia el taller, al cual dejó de asistir prácticamente pese a la fuerte presión familiar, incluso de su propia madre. La angustia de Kafka crecía por la 'triple vida' en la que se encontraba implicado y por el sufrimiento que le producía la convicción de que jamás podría hacer frente a la devolución del préstamo recibido en su día de sus parientes, lo que efectivamente nunca tuvo lugar. Desde luego nada hay en la vida de Kafka que permita afirmar su búsqueda de la riqueza, que a su juicio significaba ... *“una dependencia de las cosas que se poseen, a las que hay que proteger de la desaparición mediante nuevas posesiones y nuevas dependencias. No es más que una inseguridad materializada”* (GJ, 63). Pero una cosa era la riqueza y otra la indigencia y, sobre todo, la humillación de no hacer frente a su palabra empeñada.

Produce gran sorpresa que ese desinterés de Kafka por los derechos de los trabajadores en el sistema de economía liberal -sometidos siempre, en sus escritos, al poder arbitrario de sus empleadores, como normalidad inevitable e insuperable- le llevase a redactar un programa -que se dice utópico- sobre los derechos y deberes de aquéllos en los mismos días en que se liquidaba la fracasada *Prager Asbestwerke*. Un documento aparecido tras su muerte en el barullo de sus papeles, y actualmente a salvo

de duda sobre su autenticidad, una vez catalogado y publicado. De modo que la reproducción de ese programa, poco conocido y siempre dudosamente interpretado en cuando al lugar de su posible aplicación -remitido por Reiner Stach (1951) a los asentamientos judíos en Palestina-, es otra de las interesantes novedades que aporta Fischer en este libro. De tal programa -que interesa leer con atención en la fiel transcripción que se lleva a cabo- no sorprenden los derechos propuestos para los trabajadores, decididamente moderados, pero sí algunos de sus deberes, capaces de hacer de la que Kafka denomina "clase obrera desposeída", una mayor y sobrevenida desposesión. Así, no percibir otro salario que el de la subsistencia, comer únicamente lo que resultara imprescindible -alimentos solo mencionados, el pan, el agua y los dátiles- y aceptar cualquier trabajo, en cualquier circunstancia, salvo que graves consideraciones lo impidan, sin exigir nunca la mediación de los tribunales ...

## V. UNA LAGUNA LITERARIA

Permítaseme comentar mi extrañeza de que Kafka no escribiera una sola obra poética, reuniendo los mejores atributos para ello -la sensibilidad, la inteligencia y la insatisfacción vital- menos exigentes para la narrativa. De ese modo, su fastuoso 'mundo literario' no puede considerarse cerrado sino inconcluso, al igual que sus más importantes obras. Bien podría Kafka haber seguido el ejemplo de los excelsos autores de universos literarios cerrados, como Dante (1265-1321), Cervantes (1547-1616), Shakespeare (1564-1616), Goethe (1749-1832), Tolstói (1828-1910), Pessoa (1888-1935) o Borges (1899-1986). Y creo que la única razón para ese límite fue la convicción de que su vida no era libre, siendo, a su juicio, la libertad, una condición imprescindible para el arte poético, lo que por sí solo le llevaba a enaltecer la obra de Paul Adler (1878-1946), un poeta judío de corto vuelo, pero, en palabras de Kafka ... "*libre como hombre y como poeta. En su compañía siempre me remuerde la conciencia por permitir que mi vida se ahogue en una oficina*" (GJ, 50).

Con cierta frecuencia criticaba Kafka a los poetas expresionistas, en esta ocasión al hilo de valorar la poesía del poeta, dramaturgo, narrador y ensayista alemán Johannes Robert Becher (1891-1958) ... "*no entiendo estas poesías. En ellas hay tanto ruido, y tal profusión de palabras que uno no logra desprenderse de sí mismo. Las palabras no se convierten en un puente, sino en un muro elevado e infranqueable. La forma obliga a tropezar constantemente, de modo que uno no puede penetrar hasta el fondo. Sus palabras no se condensan para formar un lenguaje. Son un grito, eso es todo*" ... Y, sin embargo, Kafka -expresionista y existencialista- influyó necesariamente en numerosos poetas de vanguardia, como los de la tendencia *desilusionista* a la que perteneció, por ejemplo, el profesor de literatura y poeta alemán Hans Peter Keller (1915-1988), autor de

poemas que bien podría haberlos firmado Kafka. Así, en el titulado poema *Prisma - Prisma-*, del poemario *Die wankende Stunde* -La Hora oscilante- de 1958, desliza los versos ... *‘wenn die Nacht kommt, legen sich meine müden/Hoffnungen/in ihre schwarze Watte//al caer la noche, se acuestan mis fatigadas/esperanzas/en su negra colchoneta ...* Y en el poema *Kleiner guter Rat* -Un pequeño y buen Consejo-, del poemario *Auch Gold rostet* -El Oro también se oxida- se considera tranquilizador invertir el capital y la conciencia a salvo de catástrofes, en algún lugar cercano a la luna o en el Viento del Mundo -*Weltwind*-, sin necesidad de que el terreno exceda el tamaño de una tumba personal ...

Desde luego Kafka fue un atento lector y afinado crítico de la poesía ajena, según comenta en las *Conversaciones con Janouch*. Para Kafka la poesía ... *“transforma la vida (GJ 89) ... es una condensación, una esencia. La literatura, en cambio, es una disolución, una sustancia que facilita la vida inconsciente, un narcótico ... la poesía despierta ... y tiende a la oración (GJ 99)”* ... *“pero el poeta siempre es más pequeño y débil que el promedio social. Por eso siente el peso de la existencia terrenal con mucha mayor intensidad y fuerza que los demás. Para él sus cantos no son más que gritos. Para el artista el arte consiste en un sufrimiento que lo deja libre para otro sufrimiento nuevo. No es un gigante, sino solo un pájaro de colores más o menos brillantes encerrado en la jaula de su propia existencia” (GJ, 51).*

La preferencia de Kafka se inclinaba por los poetas clásicos, con Goete (1749-1832) a la cabeza, porque la mayoría de los nuevos poemarios ... *“no son más que trémulos reflejos de hoy que se apagarán enseguida ... Lo antiguo vuelve hacia el exterior su valor más íntimo, perdura. Lo únicamente nuevo es la caducidad misma, que hoy se presenta hermosa para mañana perecer ridículo. Es el camino de la literatura” (GJ, 88-89) ... “Goethe ha dicho casi todo lo que nos concierne a los hombres” (GJ, 142).* Un clasicismo que también apreciaba Kafka en Walt Whitman (1819-1892) ... *“por haber reunido en una vivencia única y embriagadora la contemplación de la naturaleza y de la civilización, aparentemente tan opuesta a ella, pues siempre ha sabido percibir la fugacidad de todas las apariencias. Dedicó su corazón a cada brizna de hierba y así es como me fascinó ya desde muy joven. Yo admiraba la coherencia que había entre su arte y su vida. Cuando en Norteamérica estalló la guerra entre los Estados del Norte y los del Sur ... se hizo enfermero. Actuó como hoy deberíamos actuar todos nosotros. Ayudó a los débiles, enfermos y vencidos. Él era un verdadero cristiano y por eso sabía medir muy bien la gradación y el valor de la humanidad, lo que emparentaba íntimamente con nosotros los judíos” (GJ, 283-284).*

Pero Kafka ni desconocía ni dejaba de valorar las corrientes de la poesía de vanguardia cuando no fueran mero ‘ilusionismo’. Ello explica su admiración por la

hondura de Rimbaud (1854-1891) y su rechazo por el virtuosismo de Apollinaire (1880-1918). Consideraba al simbolista ... *“un poeta que va más allá de las palabras y transforma las vocales en colores. Por medio de este embrujo de sonido y de color se acerca a las prácticas mágicas de la religión de los pueblos primitivos, quienes, sumidos en el miedo y en la sombra, se arrodillan ante ídolos de piedra o de madera. Sin embargo, el progreso ha traído consigo un abaratamiento de los materiales. Ahora nos convertimos en ídolos a nosotros mismos. A cambio, la sombra del miedo nos abraza y amasa con tanta mayor profundidad y dureza”* (GJ, 312). En cambio, el precursor de la poesía surrealista era tenido por Kafka como un malabarista del lenguaje ... *“y la habilidad del ilusionista siempre sitúa al virtuoso por encima del tema que está tratando. Y ¿cómo puede un poeta estar por encima de su objeto? ¡No! El mundo que experimenta y representa lo mantiene preso, al igual que a Dios lo mantiene preso su creación”* (GJ, 276-277) ...

\*\*\*\*\*

No daría por finalizado este prólogo, a cuya redacción me invitó generosamente mi amigo y compañero en la abogacía, traductor del libro de Fisher, Román Gil Alburquerque, si no añadiera que el valor de un artista no debe medirse por su comportamiento vital sino por sus obras de arte. No ha influido ni influirá en la máxima valoración universal del arte literario de Kafka su actuación como un mal trabajador por cuenta ajena, en el aseguramiento de los accidentes de trabajo, y como un pésimo trabajador por cuenta propia en la aventura empresarial de la fábrica de manipulación de las fibras de amianto o asbesto. Cierta moda de fundir y confundir ambos campos, desde planteamientos interesados, a veces dictados por el fanatismo, nunca podrá afectar al supremo arte literario de Kafka, al igual que nunca podrá afectar, en un ejemplo próximo, al supremo arte pictórico de Picasso.



**IMPLICACIONES LABORALES DE LA LEY 2/2023, REGULADORA DE LA  
PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE  
INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.  
EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA IMPLANTACIÓN Y  
DESARROLLO DE LOS CANALES INTERNOS DE DENUNCIA<sup>1</sup>**

Por

JOSÉ MANUEL PAZÓ ARGIBAY  
Profesor Asociado. Doctor en Derecho  
Universidad de Santiago de Compostela

[josemanuel.pazo@usc.es](mailto:josemanuel.pazo@usc.es)

*Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

RESUMEN: El establecimiento de unos estándares mínimos de protección para los ciudadanos que informen sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico en el marco de una relación profesional constituye la piedra angular de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Con ella se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Pese al esfuerzo del legislador nacional por ampliar el alcance protector de la misma, lo cierto es que otros aspectos, especialmente en lo afecta al desarrollo e implantación de los canales internos de denuncia, apenas han encontrado desarrollo alguno en la norma interna, para lo cual la negociación colectiva se erige como el instrumento idóneo. Este trabajo aborda las implicaciones en materia laboral de la Ley 2/2023, prestando especial atención al papel que puede jugar la negociación colectiva en la implantación de los canales internos de denuncia.

PALABRAS CLAVE: whistleblowing; canales de denuncia; protección de informantes; represalia.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El punto de partida: la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.- III. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.- IV. El papel de la negociación colectiva en la implantación y desarrollo de los canales internos de denuncia.- V. Bibliografía.

**LABOR IMPLICATIONS OF LAW 2/2023, ABOUT PROTECTION OF PEOPLE  
WHO REPORT REGULATORY INFRINGEMENTS AND FIGHT AGAINST  
CORRUPTION. THE ROLE OF COLLECTIVE BARGAINING IN THE**

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación PID2021-122254OB-I00 "La incidencia del derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales", concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

## IMPLEMENTATION AND DEVELOPMENT OF INTERNAL COMPLAINT CHANNELS

**ABSTRACT:** Establishment of minimum protection standards for citizens who report violations of the legal system within the framework of a professional relationship constitutes the main goal of Law 2/2023, February 20th, about protection of people who report regulatory violations and fight against corruption. This way, Directive (EU) 2019/1937, October 23th 2019, relating to the protection of people who report violations of Union Law, is incorporated into the Spanish legal system. Despite the efforts of the national legislator to expand its protective scope, other aspects, especially those affecting the development and implementation of internal reporting channels, have barely found any development in the national legal system, being collective bargaining the ideal instrument. This work study the labor implications of Law 2/2023, paying special attention to the role that collective bargaining can play in the implementation of internal reporting channels.

**KEYWORDS:** whistleblowing; complaint channels; whistleblowers protection; reprisal.

**SUMMARY:** I. Introduction.- II. starting point: Directive (EU) 2019/1937, 23th October 2019, protection of persons who report infringements of Union law.- III. Law 2/2023, 20th February 2023, regulating the protection of people who report regulatory infractions and fight against corruption.- IV. The role of collective bargaining in the implementation and development of internal complaint channels.- V. Bibliography.

### I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento de unos estándares mínimos de protección a los ciudadanos que informen sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico en el marco de una relación profesional -*whistleblowers*- constituye la piedra angular de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción<sup>2</sup>.

Si bien no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico la posición del ciudadano como elemento indispensable para el buen funcionamiento del Estado de Derecho, otorgándole la no siempre agradecida función de informador de irregularidades de las que pueda ser conocedor<sup>3</sup>, la Ley 2/2023 pretende fortalecer esta función garantizando un nivel mínimo de protección, de tal manera que su participación informadora de dichas irregularidades no pueda suponerle ningún tipo de represalia<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> BOE núm. 44, de 21 de febrero de 2023.

<sup>3</sup> Recuérdese que el art. 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga, aunque con matices, a cualquier ciudadano que “presenciare la perpetración de cualquier delito público a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare”. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>4</sup> Entendida, con carácter general, tal y como se define en el art. 5.11 de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, como “toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por

Desde una perspectiva laboral, el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga ya a las personas que “por razón de sus cargos, profesiones u oficios” tengan conocimiento de la comisión de algún delito público, a su denuncia inmediata “ante el Ministerio fiscal, el Tribunal competente, el Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante”, bajo apercibimiento de sanción.

No es, por tanto, innovador el papel del ciudadano-trabajador como partícipe del buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas como transmisor de irregularidades de las que tuviera conocimiento. Lo es, eso sí, el nivel de protección que la Ley 2/2023 le brinda para el ejercicio de este deber y que se aparta del que, a título individual y en su condición de trabajador, le ofrecería la garantía de indemnidad para la defensa de sus derechos, mucho más limitada<sup>5</sup>, reforzando también los criterios jurisprudenciales de dicha protección<sup>6</sup>, libertad de expresión VERSUS libertad de información, ex artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 20 de la Constitución Española<sup>7</sup>.

---

una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante”.

<sup>5</sup> “Como regla general, las reclamaciones en el seno de la empresa no activan la garantía de indemnidad”. STS de 15 de noviembre de 2022, rec. 2645/2021; “[...] una actuación de reivindicación interna en la empresa puede ser objeto de la protección de la garantía de indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva cuando resulta ser preparatoria o previa a la reclamación jurisdiccional [...] pero no cuando no consta este elemento del propósito del trabajador”. STS de 19 de abril de 2013, rec. 2255/2012. Dos interesantes trabajos acerca del alcance de la garantía de indemnidad desde la perspectiva de la doctrina judicial en Gómez Abelleira, F. J. (2023). La activación de la garantía de indemnidad. El Foro de Labos. Fecha de consulta: 04/07/2023 (<https://www.elforodelabos.es/2023/06/la-activacion-de-la-garantia-de-indemnidad/>); Todolí Signes, A. (2020). La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450 (pp. 89-114).

<sup>6</sup> “El enjuiciamiento por parte de los tribunales laborales se vería facilitado en gran medida cuando existan y se utilicen canales de denuncia y sistemas de información tanto internos como, en su caso, externos ante autoridades competentes a las que dirigir la denuncia. En tales supuestos ya no sería necesario realizar la ponderación que tradicionalmente han tenido que efectuar los jueces y juezas entre los derechos de libertad de expresión y/o de información, los deberes de buena fe y los derechos de la empresa”. Rojas Rivero, G.P. (2022). Los sistemas internos de denuncias (*Whistleblowing*) en la Directiva 2019/1937 y el anteproyecto de Ley sobre informantes. *Revista Documentación Laboral* nº 126. Vol. II. (p. 100).

<sup>7</sup> Un detallado análisis de los matices y perímetros jurisprudenciales, TC y TEDH, en la protección de la libertad de información y la libertad de expresión de los trabajadores en Sáez Lara, C. (2018). Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y protección en España de los *Whistleblowers*. *Revista Temas Laborales*, nº 145. (pp. 243-280); Sáez Lara, C. (2020). La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva *Whistleblowing*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. (pp. 109-130); Ron Latas, R.P. y Lousada Arochena, J. F. (2020). Libertad de expresión en el trabajo y represalias por denunciar irregularidades. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Vol. 24 (pp. 192 - 212); Teixeira Alves, L. (2021). Whistleblowing: La tutela del trabajador denunciante en Portugal. Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo. Volumen XIII. (pp. 269-273).

Aunque tímidamente, tampoco los canales internos de información o denuncia de infracciones normativas suponen un mecanismo novedoso en nuestro ordenamiento jurídico. A modo de ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla como medida específica para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, entre otras, “la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo”<sup>8</sup>, estableciendo protocolos de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo como el “tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo”, y la “identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia”<sup>9</sup>, consecuencia de lo cual incurrirían en nulidad las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores “como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”<sup>10</sup>.

También la Ley Orgánica de Protección de Datos regulaba<sup>11</sup>, ya antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2023, la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales podría ponerse en conocimiento de una entidad, pública o privada, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable<sup>12</sup>. En su redacción actual, la propia LOPD remite, en su artículo 24, relativo al tratamiento de datos para la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas, a la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

---

<sup>8</sup> Art. 48.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>9</sup> Art. 62.b) *Ibid.*

<sup>10</sup> Art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>11</sup> Art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su versión anterior a la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

<sup>12</sup> En detalle sobre este sistema de denuncias internas amparado por el antiguo art. 24 LOPD, Sáez Lara, C. (2020). *Op. Cit.* (pp. 85-108).

En la misma dirección, el artículo 31 *bis* del Código Penal<sup>13</sup> descarga ciertas responsabilidades por delitos cometidos por las personas jurídicas que, en el ejercicio de sus actividades, hayan adoptado medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión<sup>14</sup>; hayan adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión<sup>15</sup>; y que realicen una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios<sup>16</sup>.

Ciertamente, la novedad de la Ley 2/2023 radica en la especificidad y transversalidad de su aplicación, huyendo así de la tradicional dispersión y fragmentación de estos mecanismos de protección, la vocación expansiva de sus ámbitos objetivo y subjetivo, así como por el establecimiento de mecanismos y procedimientos de actuación generales que garantizan la protección de todas las personas que informen de infracciones del ordenamiento jurídico de las que hayan sido conocedoras en el marco de un contexto laboral.

En este contexto, el papel de la negociación colectiva se erige como instrumento esencial en el establecimiento y control de los procedimientos de carácter interno de cuyo desarrollo, tal vez como consecuencia de la premura en su aprobación<sup>17</sup>, adolece la norma. Este es el objeto de este estudio: el análisis de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, desde el prisma laboral, explorando las posibilidades que la negociación colectiva puede ofrecer para su desarrollo y efectividad.

---

<sup>13</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>14</sup> Art. 31 bis, 2. *Ibid.*

<sup>15</sup> Art. 31 bis, 4. *Ibid.*

<sup>16</sup> Art. 31 bis, 6. *Ibid.*

<sup>17</sup> El art. 26 de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, dispone su transposición por parte de los Estados miembros “a más tardar el 17 de diciembre de 2021”; incumplimiento que provocó la apertura de un expediente a España, entre otros Estados, en febrero de 2022. Sobre las consecuencias de una eventual ausencia o irregularidad de transposición de las Directivas véase Alzaga Ruiz, I. (2009). La eficacia de las Directivas comunitarias en el ámbito laboral. Thomson Reuters. Navarra (pp. 57-74).

## II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA DIRECTIVA (UE) 2019//1937, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Con la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción se incorpora al Derecho español<sup>18</sup> la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión<sup>19</sup>.

Partiendo de la idea de que las personas que trabajan para una organización pública o privada, o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales, son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto, la Directiva (UE) 2019/1937 les atribuye un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad<sup>20</sup>. No obvia la Directiva el comprensible temor a represalias de los potenciales denunciadores, de ahí la importancia de una protección equilibrada y efectiva, superando la fragmentación y desigualdad que existe actualmente en (ni siquiera todos) los Estados miembros<sup>21</sup>, mediante la aplicación de normas mínimas comunes que garanticen una protección efectiva<sup>22</sup>.

El contexto laboral<sup>23</sup>, sea público y privado, se constituye en la Directiva (UE) 2019/1937 como el espacio de protección por excelencia, habida cuenta de que es en este contexto donde la persona denunciante tiene acceso a la información susceptible de ser denunciada<sup>24</sup>. Dentro de este, el ámbito de protección, o aplicación material, abarca a un amplio espectro de personas que, con mayor o menor intensidad, tienen vinculación

---

<sup>18</sup> Tal y como dispone su preámbulo II.

<sup>19</sup> DOUE nº L 305/17, de 26.11.2019.

<sup>20</sup> Considerando 1. *Ibid.*

<sup>21</sup> Considerando 4. *Ibid.*

<sup>22</sup> Considerando 5 *Ibid.*, en relación con el Considerando 104 *Ibid.*, que habilita la posibilidad para los Estados miembros de “introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para el denunciante, siempre que dichas disposiciones no interfieran con las medidas para la protección de las personas afectadas” y prohíbe “la disminución del nivel de protección de que ya gozan los denunciadores en virtud del Derecho nacional en sus ámbitos de aplicación”.

<sup>23</sup> Lo que en opinión de Rodríguez-Piñero “confirma el objeto laboral de la protección, aunque esta protección persiga también una tutela de intereses públicos, asegurar el cumplimiento del Derecho y de las políticas de la Unión”. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2022). La protección de los trabajadores que informen sobre infracciones normativas. En Sánchez Bravo, A. (Dir.). *Laborum et Scientiae*. Libro homenaje al Profesor Dr. Juan Raso Delgue. Editorial Alma Mater. Madrid. (p. 18).

<sup>24</sup> Acerca de su necesaria “veracidad” y los “motivos razonables” que deben sustentarla, véase Mercader Uguina, J. R. (2020). La protección de alertadores, informantes o denunciadores: una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. *Revista Trabajo y Derecho* nº 64. La Ley Digital.

con el mismo. Así, el artículo 4 de la Directiva despliega su efecto protector sobre las personas que tengan la condición de trabajadores<sup>25</sup>; las personas que tengan la condición de trabajadores no asalariados<sup>26</sup>; las personas que trabajen bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores; los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos, así como los voluntarios y los trabajadores en prácticas, perciban o no una remuneración. El carácter expansivo de la protección que brinda la Directiva no se limita únicamente a quienes mantienen un vínculo con el contexto laboral en el que se haya obtenido información sobre determinadas infracciones, sino también a aquellas personas que ya no mantienen dicho vínculo e, incluso, a aquellas otras que aún no han llegado a mantenerlo. De esta forma, se garantiza el mismo nivel de protección a quienes informen sobre infracciones de las que hubieran sido conocedores en el marco de una relación laboral ya finalizada, y también a aquellas otras personas cuya relación laboral todavía no hubiera comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida, por ejemplo, durante el proceso de selección o de negociación precontractual.

No obstante, este último nivel de protección que ofrece la Directiva parece entrar aparentemente en contradicción con lo que, en sus propias palabras, debe entenderse como “contexto laboral”, esto es, actividades de trabajo “presentes o pasadas” en el sector público o privado<sup>27</sup>, omitiendo las actividades futuras que, en propiedad, serían aquellas que se encuentran en proceso de selección o de negociación precontractual. Pese a ello, la mención expresa a estas actividades profesionales en proceso de formalización en el artículo 4, dedicado a la determinación del ámbito de aplicación personal, llevan a aceptar su plena inclusión bajo el paraguas protector de la Directiva, pese a que se devalúe, en parte, el elemento central del contexto laboral.

Esta interpretación extensiva de la protección se alinea con la establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia *Hakelbracht*<sup>28</sup>, en la que el

---

<sup>25</sup> En el sentido del art. 45, apartado 1 TFUE, aunque incluyendo expresamente a los funcionarios. Acerca de los elementos caracterizadores del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión, Cabeza Pereiro, J. (2020). El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea. Editorial Bomarzo. Albacete (pp.17-30).

<sup>26</sup> En el sentido del art. 49 TFUE; esto es, la libertad de establecimiento para el acceso a actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades. Sobre este particular, Del Rey Guanter, S. (2018). La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales. En Casas Baamonde, M.E. y Gil Alburquerque, R. (Dir.). Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Lefebvre. Madrid. (pp. 557-578).

<sup>27</sup> Art. 5.9 Directiva (UE) 2019/1937.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 2019, *Hakelbracht*, asunto C-404/18, (ECLI:EU:C:2019:523).

Tribunal, aunque en el marco de la Directiva 2006/54<sup>29</sup>, estableció que la protección por discriminación no quedaría garantizada si aquella no cubriera también las medidas que un empresario pueda tomar contra trabajadores que, de manera formal o informal, defiendan a la persona protegida o declaren como testigos en su favor. En este caso, la persona afectada era una candidata que había sido rechazada para un puesto de trabajo debido a su estado de gestación, rechazo que fue combatido por otra empleada de la empresa, encargada del proceso de selección, y cuya oposición provocó su despido como represalia<sup>30</sup>.

Ahondando en esta idea, el Tribunal estableció que esos trabajadores, que *están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario, podrían verse desalentados de intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales, lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54, reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo*<sup>31</sup>. Además, la extensión de la protección en el tiempo reconocida en la Sentencia *Hakelbracht* coincide con la que brinda la Directiva (UE) 2019/1937, protegiendo al trabajador frente a represalias que sufra desde la fase inicial de acceso al empleo, durante la relación laboral, e incluso concluida esta<sup>32</sup>.

Finalmente, vinculándose nuevamente al contexto laboral, ofrece la Directiva protección a aquellas personas físicas que asistan a un denunciante en el proceso de denuncia<sup>33</sup>, así como a terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias<sup>34</sup>, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante<sup>35</sup>,

---

<sup>29</sup> Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO N.º 2006, L 204).

<sup>30</sup> En detalle Maneiro Vázquez, Y. (2021). La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra (pp. 83-93).

<sup>31</sup> Apartado 34. Cit. (ECLI:EU:C: 2019:523).

<sup>32</sup> Maneiro Vázquez, Y. (2021). *Op. Cit.* (p. 89).

<sup>33</sup> A quienes la Directiva define como “facilitadores”, y cuya asistencia debe ser confidencial.

<sup>34</sup> Lo que, retomando la Sentencia *Hakelbracht*, representaría un claro supuesto de discriminación por asociación, supuesto en el que, como señala Maneiro Vázquez “cualquier persona que hubiera prestado apoyo a la víctima de discriminación por razón de sexo disfrutará de la misma protección que esta frente a las represalias de tal apoyo”<sup>35</sup>. Maneiro Vázquez, Y. (2021). *Op. Cit.* (p. 88).

<sup>35</sup> “La Directiva parte de una certeza: que la capacidad de las organizaciones para tomar represalias se extiende más allá de las personas que se encuentran bajo su organización”. Torrent I Santamaría, J. M<sup>a</sup>.; Pérez Gil de Gómez, L. (2020). Análisis de la Directiva Europea de



así como las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral<sup>36</sup>.

Como se observa, pone especial énfasis la Directiva en identificar y enumerar un amplio elenco de personas que, en un contexto laboral, podrían tener conocimiento de sobre infracciones del Derecho de la Unión. No obstante, de ningún modo debe entenderse esta enumeración como cerrada, siendo clara la Directiva a la hora de manifestar que se trata de una enumeración mínima<sup>37</sup>, posibilitando la ampliación de sujetos protegidos por parte de los Estados miembros.

En lo que concierne al ámbito de aplicación material de la Directiva (UE) 2019/1937, su artículo 2.1 despliega su efecto protector sobre las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión relativas a contratación pública; servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capital, así como la financiación del terrorismo; seguridad de los productos; seguridad del transporte; protección del medio ambiente; protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear; seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales; salud pública; protección de los consumidores; protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información; infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión e infracciones relativas al mercado interior<sup>38</sup>. Pese a esta enumeración aparentemente cerrada de materias bajo protección, la Directiva, como instrumento de mínimos, otorga a los Estados miembros la facultad de ampliar esta protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en la misma<sup>39</sup>.

Pese a que el contexto laboral es el espacio de protección por excelencia de la Directiva, como puede observarse, guarda silencio la enumeración del artículo 2.1 acerca de infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral o de Seguridad Social susceptibles de protección por esta vía. El considerando 21 de la misma expresa que su estándar mínimo de protección debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores cuando informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia

---

Whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *Revista Derecho PUCP*, nº 85. (p. 95).

<sup>36</sup> Para garantizar su protección “frente a represalias por asociación”. Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P. (2020). La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (*Whistleblowing*). Editorial Bomarzo. Albacete. (p. 17).

<sup>37</sup> “incluyendo, como mínimo, a”. Art. 4.1 *Ibid*.

<sup>38</sup> Incluidas las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades.

<sup>39</sup> Art. 2.2 Directiva (UE) 2019/1937.

laboral<sup>40</sup>; una omisión que voces autorizadas de la doctrina ha entendido como una salvaguarda de las vías tradicionales de protección de los trabajadores en el ámbito social<sup>41</sup>. A mayor abundamiento, el considerando 29 desafecta de la misma a las normas nacionales sobre el ejercicio de los derechos de información, consulta y participación en las negociaciones colectivas de los representantes de los trabajadores y a sus derechos en materia de defensa de los trabajadores. Con todo, nada impediría su expresa inclusión por parte de los Estados miembros a la hora de su transposición nacional por la facultad que habilita su artículo 2.2.

Establecidos los perímetros materiales y personales de la protección, aborda la Directiva (UE) 2019/1937 la naturaleza de las irregularidades y de la información objeto de denuncia. Respecto de las primeras, entiende por irregularidades la Directiva, en sentido amplio, tanto la ilicitud como la desvirtuación del objeto o la finalidad de las normas establecidas en los actos y ámbitos de actuación de la Unión. Esta ilicitud o desvirtuación puede ser directa, por una acción determinada, o indirecta, por simple omisión<sup>42</sup>.

Por su parte, la información sobre infracciones no tiene por qué sustentarse en pruebas sólidas, siendo suficiente para el amparo protector de la Directiva aquellas infracciones que se informen sobre la base de sospechas razonables<sup>43</sup>. Además, esta puede ser trasladada en forma escrita o verbal, dejando la Directiva libertad a los Estados miembros acerca de la aceptación, o no, del anonimato en su formalización<sup>44</sup>. Se cuida, eso sí, la Directiva de advertir que los denunciadores deben tener motivos razonables para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos, siendo irrelevante la motivación de los denunciadores. No obstante, excluye la Directiva de

---

<sup>40</sup> Remitiendo, en su Considerando 21 y, en particular, en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, al art. 11 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo que ya obliga a los Estados miembros a velar por que los trabajadores o los representantes de los trabajadores no sufran perjuicios a causa de sus peticiones o propuestas a los empresarios para que tomen medidas adecuadas para paliar cualquier riesgo para los trabajadores o eliminar las fuentes de riesgo. Los trabajadores y sus representantes tienen derecho en virtud de esa Directiva a plantear cuestiones ante la autoridad competente si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo.

<sup>41</sup> “Más efectivas y acordes con nuestro sistema constitucional de relaciones laborales, basado en la libertad sindical y en la negociación colectiva”. Sáez Lara, C. (2020). *Op. Cit.* (p. 165).

<sup>42</sup> Art. 5.1 Directiva (UE) 2019/1937.

<sup>43</sup> “Que se hayan producido o que muy probablemente puedan producirse”. Art. 5.2 Directiva (UE) 2019/1937.

<sup>44</sup> “Sin perjuicio de la obligación vigente de disponer de mecanismos de denuncia anónima en virtud del Derecho de la Unión, la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones”. Art. 6.2. *Ibid.*

su protección las denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas, garantizando que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección, con la salvedad de protección a quienes comuniquen información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe<sup>45</sup>.

En lo que en ningún modo pretende ser un análisis exhaustivo de la Directiva (UE) 2019/1937, sino un mero encuadre de lo que se analizará *infra*, cabe atender también a los cauces que contempla la Directiva para el traslado de las infracciones de las que se quiere informar. Sustentada en un triple cauce, contempla la Directiva la posibilidad de comunicación de infracciones a través de canales de denuncia interna<sup>46</sup>, a través de canales de denuncia externa<sup>47</sup>, y a través de la revelación pública de la información<sup>48</sup>; cauces subsidiarios unos de los otros y en ese orden de actuación.

La Directiva contempla en su artículo 7, como principio general, que la información sobre infracciones podrá comunicarse a través de los canales de denuncia interna, emplazando a los Estados miembros la promoción de su uso antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias. Para ello, los Estados miembros deberán velar por que las entidades jurídicas públicas<sup>49</sup> y privadas establezcan canales y procedimientos de denuncia interna<sup>50</sup>, así como para su seguimiento. Habilita la Directiva en su artículo 10 una segunda vía para la comunicación de información sobre infracciones por canales externos, tras haberla comunicado en primer lugar a través de los canales de denuncia interna o bien comunicándola directamente a través de los canales de denuncia externa.

Salta a la vista la ambigüedad de un precepto que, si bien inicialmente condiciona el acceso al segundo canal de denuncia, el externo, al hecho de haber utilizado previamente el canal interno, termina por habilitar directamente el canal de denuncia externa. No obstante, y no sin ciertas discrepancias respecto de la interpretación que

---

<sup>45</sup> Considerando 32. *Ibid.*

<sup>46</sup> Arts. 7 a 9. *Ibid.*

<sup>47</sup> Arts. 10 a 12. *Ibid.*

<sup>48</sup> Art. 15. *Ibid.*

<sup>49</sup> En detalle Blázquez Agudo, E. M<sup>º</sup>. (2021). El desarrollo del canal de denuncias en la Administración Pública en su rol de empleadora. En Olaizola Nogales, I.; Sierra Hernaiz, E.; López López, H. (Dirs.). Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera. Thomson Reuters Arazandi. Navarra. (pp. 289-312)

<sup>50</sup> Que podrán gestionarse internamente por una persona o departamento designados al efecto o podrán ser proporcionados externamente por un tercero. Art. 8.5 Directiva (UE) 2019/1937.

debe darse a la redacción del artículo 10<sup>51</sup>, tanto del artículo 7.2, como de los considerandos 61, y 62 de la Directiva se desprende una clara preferencia por los canales de denuncia interna, dejando el recurso a los canales externos ante la inexistencia, ineficacia o inseguridad que puedan presentar los primeros.

Como se ha señalado, el artículo 7.2 emplaza a los Estados miembros a promover la comunicación a través de canales de denuncia interna “antes” que la comunicación a través de canales de denuncia externa, en un claro posicionamiento en favor de los primeros y en detrimento de los segundos, a los que cabría recurrir ante la inexistencia de canales internos o un funcionamiento defectuoso de los mismos<sup>52</sup>, o cuando los denunciadores tengan razones válidas para pensar que podrían sufrir represalias en relación con la denuncia de infracciones por la vía interna derivadas de la falta de confidencialidad, la implicación del responsable último en el contexto laboral en la infracción, el riesgo de destrucción de pruebas, etc.<sup>53</sup> Por tanto, solo ante estas circunstancias podría recurrirse al uso directo de los canales externos de denuncia, sin una comunicación previa de las infracciones a través de los canales internos<sup>54</sup>.

Como tercera vía, el artículo 15 de la Directiva (UE) 2019/1937 contempla la posibilidad de una revelación pública de la información, entendida, tal y como se define en la propia Directiva, como la puesta a disposición del público de información sobre infracciones<sup>55</sup>. Como cauce subsidiario a la comunicación por canales internos y externos, exige la Directiva el sometimiento previo a los mismos, posibilitando el recurso a esta figura el hecho de que a través de los anteriores no se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en un plazo comprendido entre los tres<sup>56</sup> y los seis meses<sup>57</sup>. Por añadidura a lo anterior, el recurso al cauce de la revelación pública debe llevar necesariamente implícito el hecho de que la persona denunciante tenga motivos

---

<sup>51</sup> Mientras que Ron Latas y Lousada Arochena afirman que “La literalidad de la norma coloca al canal externo en relación de alternancia con el interno: el potencial denunciante puede acudir, a su voluntad, tanto al canal interno como al externo, sin que decidirse por uno u otro, o ambos, haga merma en las garantías frente a las represalias”, Goñi Sein sostiene que “tampoco cabe deducir de ello un régimen de alternatividad [...] la Directiva deja amplio margen de decisión al denunciante sobre la vía que debe seguir, pero no hasta el punto de dejar a la total conveniencia o libérrima voluntad del denunciante”. Ron Latas, R.P. y Lousada Arochena, J.F. (2020). *Op. Cit.* (p. 210). Goñi Sein, J.L. (2021). El sistema europeo de protección del denunciante en la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 151. (pp. 233-234).

<sup>52</sup> Considerando 61 de la Directiva (UE) 2019/1937.

<sup>53</sup> Considerando 62. *Ibid.*

<sup>54</sup> “Un acceso directo a la vía externa supondría un incumplimiento de la Directiva”. Goñi Sein, J.L. (2021). *Op cit.* (p. 234).

<sup>55</sup> Art. 5.6 Directiva (UE) 2019/1937.

<sup>56</sup> Art. 9.1. *Ibid.*

<sup>57</sup> Art. 11.2.d). *Ibid.*

razonables para pensar que la infracción pueda constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público o, en los supuestos de denuncia externa previa, que exista riesgo de represalias, una escasa probabilidad de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción, que puedan ocultarse o destruirse pruebas, que una autoridad esté implicada en la infracción, etc.<sup>58</sup>

Finalmente, respecto al nivel de protección que brinda la Directiva (UE) 2019/1937, acorde con los elementos personales, materiales y procedimentales descritos, esta emplaza en su artículo 19 a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para prohibir cualquier forma de represalia, tanto las que se produzcan de manera efectiva, como las que adopten la forma de amenaza o, simplemente, la propia tentativa de represalia. Además, hace hincapié la Directiva en el nexo o la relación de causalidad que debe darse entre el hecho de haber informado sobre infracciones y las medidas de represalia adoptadas para que pueda activarse la protección frente a las mismas<sup>59</sup>.

Como contenido mínimo y de forma no exhaustiva, enumera la Directiva actos de represalia como la suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; la degradación o denegación de ascensos; el cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; la denegación de formación; la evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; la imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; las coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; la discriminación, o trato desfavorable o injusto; la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; la no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; los daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; la inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; la terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; la anulación de una licencia o permiso; o las referencias médicas o psiquiátricas. Cabe recordar que todas estas medidas de represalia

---

<sup>58</sup> Excepto en los supuestos en que una persona revele información directamente a la prensa con arreglo a disposiciones nacionales específicas por las que se establezca un sistema de protección relativo a la libertad de expresión y de información. Art. 15.2 Directiva (UE) 2019/1937. En detalle, Goñi Sein, J.L. (2021). Canal de denuncias en la empresa y protección de datos. En Olaizola Nogales, I.; Sierra Hernaiz, E.; López López, H. (Dir.). Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera. Thomson Reuters Arazandi. Navarra. (pp. 238-242).

<sup>59</sup> Considerando 44. *Ibid.*

resultarían protegidas tanto de manera directa para la propia persona informante como para cualquier otra persona que, por asociación a esta, pudiese resultar afectada<sup>60</sup>.

No obstante, como se ha señalado, el carácter de norma mínima de la Directiva deja libertad a los Estados miembros para que determinen la condición de represalia de cuantas situaciones o actuaciones estimen necesarias bajo su legislación nacional, en cuanto que la propia Directiva les conmina a prohibir “todas las formas de represalias” y, “en particular”, aquellas que el artículo 19 enumera expresamente.

Frente a todas ellas, garantiza la Directiva el acceso a medidas de apoyo como la información y asesoramiento completos, independientes y gratuitos sobre los procedimientos y recursos disponibles; la asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes ante cualquier autoridad implicada en su protección frente a represalias o, incluso, ahora ya de carácter opcional para los Estados miembros, la asistencia financiera o el apoyo psicológico a la persona denunciante<sup>61</sup>; medidas de protección frente a represalias como la presunción de la existencia de represalia y la inversión de la carga de la prueba, etc.,<sup>62</sup> y medidas de protección de las personas afectadas como la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia, el derecho de defensa y, de manera especial, la protección de la identidad de las personas afectadas mientras cualquier investigación desencadenada por la denuncia o la revelación pública esté en curso<sup>63</sup>.

### **III. LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN**

Resultado de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, el 21 de febrero de 2023 fue publicada la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción<sup>64</sup>, con la finalidad de proteger adecuadamente frente a represalias a las personas físicas que en un contexto laboral o profesional sean conocedoras de infracciones, por acción o por omisión, y las comuniquen a través de los mecanismos articulados por la propia Ley.

---

<sup>60</sup> Un minucioso estudio sobre la discriminación por asociación en Maneiro Vázquez, Y. (2021). *Op. Cit.*

<sup>61</sup> Art. 20. *Ibid.*

<sup>62</sup> Art. 21. *Ibid.*

<sup>63</sup> Art. 22. *Ibid.* En detalle sobre las medidas de protección del denunciante, Goñi Sein, J.L. (2021). *Op cit.* (pp. 236-255).

<sup>64</sup> Con fecha de entrada en vigor el 13 de marzo de 2023.

Se proporciona así un estándar de protección mínimo y uniforme frente a la regulación fragmentada existente hasta el momento<sup>65</sup>.

De forma introductoria, debemos comenzar señalando que, pese a la regulación de mínimos que ofrece la Directiva (UE) 2019/1937 y la potestad de los Estados miembros para mejorar y ampliar el alcance protector de la misma, la Ley española adolece de ciertas carencias o limitaciones que muestran cierta tibieza del legislador español. Una primera prueba de ello, sin adentrarnos siquiera en el contenido normativo de la misma, es la diferencia semántica que el legislador quiere emplear para referirse a quien, conocedor de una infracción en un contexto laboral, decide informar sobre la misma. Mientras que la Directiva (UE) 2019/1937 se refiere a estas personas como “denunciantes”, la Ley 2/2023 opta por el término “informante”, mucho más dócil y, si se quiere, menos peyorativo que el utilizado por la Directiva.

Desde el punto de vista de su aplicación material, el artículo 2 la circunscribe a cualesquiera acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea, tales como las que, parafraseando, contempla la Directiva (UE) 2019/1937. No obstante, en uso de la facultad que la Directiva confiere a los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos, el artículo 2.1.b) de la Ley 2/2023 incluye expresamente dentro de su ámbito de aplicación material las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, comprendiendo, en todo caso, las infracciones penales o administrativas, graves o muy graves, que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social. Precisa también la Ley, en su artículo 2.3, que la protección prevista para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, debe entenderse sin perjuicio de la establecida en su normativa específica. Esto supone, por tanto, que la Ley 2/2023 ofrece una protección reforzada a la ya prevista en el ámbito laboral, con la que debe coordinarse<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> A modo de ejemplo de esta fragmentación normativa a nivel autonómico, Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante; Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña; Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana; Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares; Decreto de la Comunidad de Madrid 63/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece y regula el canal interno para el tratamiento de las informaciones sobre posibles infracciones; Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

<sup>66</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Del Rey Guanter, S. (2023). Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/20223 reguladora de la protección de las personas que

Respecto del ámbito de aplicación personal, la Ley 2/2023 resulta de aplicación, con carácter general, a informantes que trabajen en el sector público o privado, que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional, que la Ley no define, incluyendo expresamente a las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; personas autónomas; accionistas, partícipes y personas pertenecientes a los órganos de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; personas que trabajen para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores; voluntarios; becarios; trabajadores en periodos de formación, con independencia de que perciban o no una remuneración. Incluye también expresamente, a los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual, hayan resultado seleccionados finalmente, o no<sup>67</sup>.

Extiende también su protección la Ley 2/2023 sobre las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso; las personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares<sup>68</sup>; y las personas jurídicas, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa. Como novedad frente a la Directiva, la Ley 2/2023 brinda también protección expresa a los representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante. Dicha protección debe entenderse como complementaria de la que dicha representación ostenta ex artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores<sup>69</sup>.

---

informen sobre infracciones y delitos. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264/2023. (pp. 131-196).

<sup>67</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Del Rey Guanter, S. (2023). *Op. Cit.*

<sup>68</sup> Una inclusión genérica de “familiares” de la persona informante, sin precisión del grado de parentesco al que alcanzaría dicha protección y sobre la que algunos autores han convenido precisar su extensión “a la proyectada Ley de Familia, en la que se consideran como integrantes de la familia a un conjunto de personas que le dotan de una acentuada amplitud, especialmente por lo que se refiere a la inclusión de aquellas que pueden entenderse como comprendidas en un núcleo estable de convivencia, más allá, por tanto, no solo de lazos de afinidad o consanguinidad, sino incluso de lazos de adopción, acogimiento, etc”. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Del Rey Guanter, S. (2023). *Op. Cit.*

<sup>69</sup> Como apunta Rodríguez-Piñero “esa protección ya se deduce de la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical, del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia constitucional”. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2020). *Op. Cit.* (p. 28).



En lo relativo a los cauces de denuncia, al igual que hace la Directiva, la Ley 2/2023 contempla una triple vía, aunque muestra también una clara preferencia por el cauce interno para la comunicación de infracciones<sup>70</sup>, siempre que estas puedan ser tratadas de manera efectiva y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia<sup>71</sup>. Para ello, obliga a determinadas personas jurídicas, públicas y privadas, a la implantación de un sistema interno de información, bajo la responsabilidad directa del órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado, y previa consulta con la representación legal de los trabajadores. La gestión de estos sistemas internos de información se podrá llevar a cabo directamente por la propia entidad u organismo, o a través de un tercero externo a la organización, para lo que se exige que este ofrezca garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones.

Pese a que el artículo 8.1 de la Directiva (UE) 2019/1937 establece la obligación del establecimiento de canales de denuncia interna, con carácter general, a las “entidades jurídicas” de los sectores privado y público, y la propia Ley 2/2023, en su artículo 4.2, habla inicialmente de “personas jurídicas obligadas”, lo cierto es que en su artículo 10 se incluye dentro de las entidades obligadas del sector privado tanto a las “personas físicas” como a las jurídicas que tengan contratados cincuenta o más trabajadores<sup>72</sup>. De esta manera, el legislador español da un primer paso en la ampliación del elenco de entidades obligadas a la implantación de los canales de información internos, estableciendo dicha obligación también para personas físicas, autónomos, con cincuenta o más trabajadores a su cargo. Así, del mismo modo que la Ley 2/2023 les protege a la hora de informar de infracciones de las que sean conocedores en el marco de su actividad profesional, les obliga a establecer dichos canales si superan el umbral de trabajadores señalado.

En la misma línea, exige también la Ley 2/2023 el establecimiento de canales internos de información a los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales,

---

<sup>70</sup> Los cuales “pese a no ser prevención en *stricto sensu* y tener un importante componente “reactivo”, pues la conducta ya se ha producido, tiene un efecto destacado a la hora de implementar nuevas medidas preventivas y evitar casos futuros”, tal y como señala Igartua Miró acerca de los canales de denuncias internas frente al acoso. Igartua Miró, M<sup>a</sup>. T. (2020). Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 447 (p. 56).

<sup>71</sup> “Los canales de denuncia no vienen a sustituir a los cauces habituales de comunicación e información, a través de los mandos o superiores jerárquicos, o a través de los representantes de los trabajadores, sino a complementarlos con mayores garantías de eficacia para eludir el temor a posibles represalias. Lo que diferencia a los sistemas de denuncia del resto de cauces de queja es su carácter imparcial e independiente: las denuncias se reciben y se transmiten a investigadores imparciales, que gestionan de forma independiente”. Goñi Sein, J.L. (2021). *Op. Cit.* (p. 235).

<sup>72</sup> Sin perjuicio de su implantación con carácter voluntario, pero acorde a los requisitos de la propia Ley 2/2023, si no alcanzan este umbral de trabajadores.

así como a las fundaciones de unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos. En este caso, la obligatoriedad de implantación de dicho canal interno no está condicionada a la existencia de un número determinado de trabajadores al servicio de estas entidades, sino a la percepción o gestión de fondos públicos, siendo irrelevante el número de trabajadores que en ellas presten servicios.

Más estricta se muestra la Ley 2/2023 con la exigencia de estos canales internos de información en relación con el sector público, en el cual, con independencia del número de trabajadores tenga adscritos cada entidad, su creación resulta de carácter obligatorio. Se esmera, además, la Ley en clarificar qué debe entenderse comprendido en el sector público: la Administración General del Estado; las Administraciones de las comunidades Autónomas; ciudades con Estatuto de Autonomía; las entidades que integran la Administración Local; los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos; las autoridades administrativas independientes, el Banco de España y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; las universidades públicas; las corporaciones de Derecho público; las fundaciones del sector público; las sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria en su capital social; y los órganos constitucionales, los de relevancia constitucional e instituciones autonómicas análogas.

Determinada la finalidad y naturaleza del canal interno de información, garantizando su seguridad, la protección de datos y la posibilidad de comunicación verbal o escrita de la información, así como el procedimiento de gestión de las informaciones recibidas<sup>73</sup>, la Ley 2/2023 regula también aspectos como la posibilidad de su gestión interna o externa a la organización<sup>74</sup>, la determinación de la responsabilidad del sistema interno de información<sup>75</sup>, o el procedimiento de gestión de las informaciones<sup>76</sup>; aspectos que, en este momento, exceden del objeto de este trabajo.

Como segundo cauce, en similar clasificación que la Directiva, ofrece la Ley 2/2023 la posibilidad de información de infracciones a través de canales externos. No obstante, frente a la ambigüedad de la Directiva respecto de la necesidad, o no, de la utilización previa de los canales internos como requisito para el acceso a los externos, la Ley 2/2023 se muestra claramente a favor del uso indistinto de uno u otro. En su artículo 16.1 establece la posibilidad de cualquier persona de informar de infracciones de las que haya sido conocedora utilizando los canales externos “ya sea directamente o previa

---

<sup>73</sup> Art. 5 de la Ley 2/2023.

<sup>74</sup> Art. 6. *Ibid.*

<sup>75</sup> Art. 8. *Ibid.*

<sup>76</sup> Art. 9. *Ibid.*

comunicación a través del correspondiente canal interno”. Por tanto, siguiendo el tenor literal de la Ley, la persona informante puede utilizar, a su elección, el canal que estime más adecuado para el traslado de dicha información.

Consecuencia y elemento necesario de este canal externo de información es la creación de la Autoridad Independiente de Protección al Informante, en adelante A.A.I. A su creación, como autoridad administrativa independiente de derecho público estatal, dedica la Ley 2/2023 sus artículos 42 y siguientes, reguladores de aspectos como su naturaleza y funciones; su régimen jurídico y de personal; su régimen de contratación, patrimonial y asistencia jurídica; su régimen presupuestario, de contabilidad y control económico y financiero; o su régimen de recursos.

A través de dicho canal externo, acogiéndose a la posibilidad que ofrece, pero a la que no obliga, la Directiva, la Ley 2/2023 permite que la información pueda llevarse a cabo de forma anónima, por escrito<sup>77</sup> o verbalmente<sup>78</sup>, y dirigida al canal externo de informaciones de la A.A.I., donde se procederá a su registro en el Sistema de Gestión de Información, siéndole asignado un código de identificación.

Registrada la información, la A.A.I., deberá comprobar si aquella expone hechos o conductas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley, decidiendo, en un plazo que no podrá ser superior a diez días, su admisión o inadmisión<sup>79</sup>.

La A.A.I. llevará a cabo todas las actuaciones necesarias para comprobar la verosimilitud de los hechos relatados, entrando en juego en este momento la doble protección que contempla la Ley y que no solo se limita a la persona informante, sino también a aquellas otras personas que puedan estar afectadas por la información. Al respecto, en el artículo 19.2 se garantiza que la persona afectada por la información tenga noticia de la misma, así como de los hechos relatados de manera sucinta y del derecho que tiene a presentar alegaciones<sup>80</sup>, a fin de garantizar el derecho de defensa. Obviamente, en ningún caso se comunicará a la persona afectada por la información la identidad del informante ni se le dará acceso a la comunicación efectuada. En línea con

---

<sup>77</sup> A través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto.

<sup>78</sup> Por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz. En los casos de comunicación verbal se advertirá al informante de que la comunicación será grabada y se le informará del tratamiento de sus datos.

<sup>79</sup> Cuando los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud; cuando no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito de aplicación de esta ley; cuando carezcan manifiestamente de fundamento o existan indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito; cuando la comunicación no contenga información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una comunicación anterior respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos, a menos que se den nuevas circunstancias de hecho o de Derecho que justifiquen un seguimiento distinto.

<sup>80</sup> Aunque la Ley contempla la posibilidad de que el traslado de esta información a la persona afectada podrá efectuarse en el trámite de audiencia si se estima que su aportación con anterioridad pudiera facilitar la ocultación, destrucción o alteración de las pruebas.

esto, el artículo 39 dispone como medidas específicas para la protección de las personas afectadas el garante del derecho a la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho de acceso al expediente, así como a la misma protección establecida para los informantes, de manera especial, la preservación de su identidad y la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento.

A la Autoridad Independiente de Protección al informante es a quien compete la potestad sancionadora<sup>81</sup>, graduándose en el artículo 63 las infracciones como muy graves<sup>82</sup>, graves<sup>83</sup> o leves<sup>84</sup>. Sus funcionarios, en el ejercicio de las actividades de investigación que desarrollen, tendrán la consideración de agentes de la autoridad y estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan con ocasión de dicho ejercicio.

Finalmente, como tercer cauce para el traslado de la información sobre infracciones, el artículo 27 de la Ley 2/2023 da cobertura a quienes opten por la revelación pública, entendida esta como la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones constitutivas de infracción. A quienes opten por este tercer cauce contemplado

---

<sup>81</sup> El art. 65 de la Ley 2/2023 contempla sanciones de carácter económico que oscilan entre los 1.001 y el 1.000.000 de euros, amén de una amonestación pública, la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años o la prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años en aquellos supuestos de infracciones muy graves.

<sup>82</sup> Infracciones tales como actuaciones que supongan limitaciones de los derechos y garantías previstos en la propia ley; cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello; la adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación frente a los informantes o las demás personas incluidas en el ámbito de protección establecido en la Ley; vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en la ley, y de forma particular cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato, aunque no se llegue a producir la efectiva revelación de la misma; vulnerar el deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado con la información; la comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado mediante resolución firme por dos infracciones graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones; comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad; o el incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos en la Ley.

<sup>83</sup> Cualquier actuación que suponga una limitación de los derechos y garantías previstos en la ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave; vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley cuando no tenga la consideración de infracción muy grave; vulnerar el deber de secreto en los supuestos en que no tenga la consideración de infracción muy grave; incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones; o la comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves, graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones.

<sup>84</sup> Remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del Responsable del Sistema, a la Autoridad, o fuera del plazo concedido para ello; incumplimiento de la obligación de colaboración con la investigación de informaciones; o cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en la ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave.

en la Ley, les será aplicable el régimen de protección establecido en la misma, aunque condicionado a que, o bien se haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en los plazos establecidos para cada cauce; que se tengan motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público<sup>85</sup>, o en caso de comunicación a través de canal externo de información, que exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso<sup>86</sup>. Por tanto, frente a la libertad de uso de los dos primeros cauces para la persona informante, interno y externo, el recurso a la revelación pública está sujeto a determinadas condiciones por parte del legislador nacional, en idénticos términos que la propia Directiva (UE) 2019/1937.

Las personas que comuniquen infracciones en la forma y a través de los canales descritos tendrán derecho a protección cuando tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o la revelación pública. Basta, por tanto, la existencia de una razonable veracidad para su admisión, tal y como contempla la Directiva, aunque sobre el que incide la Ley cuando admite expresamente su validez aun cuando “no se aporten pruebas concluyentes”. Sin embargo, quedan al margen de la protección de la Ley 2/2023 quienes revelen información contenida en comunicaciones que hayan sido inadmitidas previamente por algún canal interno de información, que ya estén disponibles para el público, meros rumores o vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación.

El contenido esencial de la protección que brinda la Ley, aunque no el único, es la prohibición de represalias, las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas que presenten una comunicación conforme a lo previsto en la misma y en el plazo de dos años desde la comunicación de dicha información<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> En particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona. Art. 28.1.b) de la Ley 2/2023.

<sup>86</sup> Tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción. *Ibid.*

<sup>87</sup> Sin perjuicio de que, como señala el art. 36.4 de la Ley “La persona que viera lesionados sus derechos por causa de su comunicación o revelación una vez transcurrido el plazo de dos años, podrá solicitar la protección de la autoridad competente que, excepcionalmente y de forma justificada, podrá extender el período de protección, previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados”

A modo ilustrativo, el artículo 36 ofrece una generosa enumeración de ciertas acciones y omisiones consideradas represalias, que en gran medida representan medidas de carácter laboral por la parte empresarial, tales como la suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación; daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional; Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios; denegación o anulación de una licencia o permiso; denegación de formación; discriminación, o trato desfavorable o injusto.

La enumeración que ofrece el artículo 36 debe entenderse, como el mismo dispone, “a título enunciativo”, pudiendo ampliarse dicha enumeración con cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública.

Frente a todas ellas, la Ley impone su nulidad de pleno derecho, dando lugar, en su caso, a medidas correctoras disciplinarias o de responsabilidad, pudiendo incluir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a la persona perjudicada.

No obstante, la protección que ofrece la Ley no se limita únicamente a la sanción de la acción u omisión constitutiva de la represalia, sino que ofrece también una serie de medidas de apoyo desde el momento en que la persona comunica o revela algún tipo de infracción, tales como la información y asesoramiento sobre los procedimientos y recursos disponibles, protección frente a represalias y derechos de la persona afectada; la asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos de conformidad con la normativa comunitaria; e incluso, el apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si así lo decidiese la Autoridad Independiente de Protección del

Informante, A.A.I. tras la valoración de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación.

Además, se confiere presunción de veracidad al informante en los procedimientos ante un órgano jurisdiccional, una vez que este haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública y que ha sufrido un perjuicio como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública.

#### **IV. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA IMPLANTACIÓN Y DESARROLLO DE LOS CANALES INTERNOS DE DENUNCIA**

Pese a su carácter transversal a todas las ramas del ordenamiento jurídico, la Ley 2/2023 sitúa al trabajador como elemento central de su corpus normativo, en cuanto que es el trabajador el sujeto sobre quien la Ley hace pivotar su regulación, destacando su protagonismo a la hora de informar sobre infracciones de las que haya sido conocedor en el contexto laboral. Como se ha indicado, el nivel de protección que ofrece la Ley 2/2023 debe entenderse como complementario al que, en su condición de trabajador, la normativa laboral le ofrece ante acciones u omisiones del empresario en su perjuicio.

La Directiva (UE) 2019/1937 impone en su artículo 8 a los Estados miembros la obligación de velar por que las entidades jurídicas de los sectores privado y público establezcan canales y procedimientos de denuncia interna, “previa consulta a los interlocutores sociales y de acuerdo con ellos cuando así lo establezca el Derecho nacional”. Es decir, deja en manos de cada Estado miembro la exigencia, o no, de acuerdo con los interlocutores sociales para la implantación de dichos canales internos de información<sup>88</sup>.

Por su parte, el artículo 5 de Ley 2/2023 obliga al órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado a la implantación de un canal interno de información “previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras”, pero sin exigir acuerdo alguno para su implantación.

Llama la atención que, mientras que la Directiva deja en manos de los interlocutores sociales dicha consulta y posibilidad de acuerdo, entendidos estos en su acepción

---

<sup>88</sup> “Lo que viene a ser una recomendación implícita en favor de abrir un proceso de negociación [...] No resultaría lógico que se les diese un trámite de consulta -con una recomendación implícita en aras a alcanzar un acuerdo-, y luego los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo no tuviesen campo para mejorar la regulación legal - respetando siempre el mínimo establecido en la Directiva y legislación interna que traspone-” Lousada Arochena, J.F.; Ron Latas, R.P. (2020). *Op. Cit.* (p.34).

natural de organizaciones sindicales y empresariales, la Ley 2/2023 descarga en la representación legal de los trabajadores esta tarea.

Además, como se observa, el legislador nacional ha desechado la oportunidad de dar un mayor protagonismo a la representación legal de los trabajadores para la determinación, diseño y puesta en marcha de los canales de información internos en aquellas entidades para las cuales resulta obligatorio, en cuanto solo le confiere la tarea de consulta y no la de acuerdo. No obstante, su participación, en mayor o menor grado, queda fuera de toda duda al exigir la Ley la consulta previa a los representantes de los trabajadores, entendida esta como el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo<sup>89</sup>. A mayor abundamiento, debe traerse a colación en este punto la libertad que el artículo 85.1 ET confiere a las partes para, dentro del respeto a las leyes, puedan regular a través del convenio colectivo materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales.

Por tanto, cabe deducir que la implantación y ejecución de los canales internos de información entran dentro del ámbito de actuación de la negociación colectiva, en cuanto puedan afectar al ámbito de las relaciones de los trabajadores y empresarios<sup>90</sup>.

Como refuerzo a este argumento, en su artículo 3.4, la Directiva (UE) 2019/1937 dispone su no afectación a las normas nacionales relativas al ejercicio del derecho de los trabajadores a consultar a sus representantes o sindicatos, ni a la autonomía de los interlocutores sociales y su derecho a celebrar convenios colectivos.

---

<sup>89</sup> Art. 64.1 ET.

<sup>90</sup> En este sentido, Mercader Uguina considera que “Tal requerimiento introduce el diálogo social en el establecimiento de estos canales e invita al legislador a incorporar una nueva competencia a la acción de los representantes de los trabajadores que puede llevar [...] a que estos procedimientos también puedan ser negociados en el marco de los convenios colectivos”. Mercader Uguina, J.R. (2020). *Op. Cit.* Con idéntica interpretación, Rodríguez-Piñero y Del Rey Guanter sostienen que “lo cierto es que aunque no se prevea expresamente una obligación de negociar de la empresa respecto al sistema interno, nada parece obstaculizar ni en la ley ni en la normativa propiamente laboral el que determinados aspectos de este sistema/canal interno puedan ser objeto de negociación y acuerdo colectivo, siempre y cuando en los términos acordados no se alteren las garantías y requisitos establecidos en la ley respecto al sistema”. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Del Rey Guanter, S. (2023). *Op. Cit.* Por su parte, Sáez Lara destaca que “Los interlocutores sociales tienen un papel esencial y polifacético que desempeñar en la aplicación de las normas sobre protección de los denunciantes, los trabajadores y sus sindicatos deben ser plenamente consultados sobre los procedimientos internos previstos para facilitar la denuncia de infracciones; estos procedimientos también pueden ser negociados en el marco de los convenios colectivos”. Sáez Lara, C. (2021). La trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 al ordenamiento jurídico laboral español. En Olaizola Nogales, I.; Sierra Hernaiz, E.; López López, H. (Dirs.). *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Thomson Reuters Arazandi. Navarra (p. 223).



## V. BIBLIOGRAFÍA

Alzaga Ruiz, I. (2009). La eficacia de las Directivas comunitarias en el ámbito laboral. Thomson Reuters. Navarra.

Blázquez Agudo, E. M<sup>a</sup>. (2021). El desarrollo del canal de denuncias en la Administración Pública en su rol de empleadora. En Olaizola Nogales, I.; Sierra Hernaiz, E.; López López, H. (Dir.). Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera. Thomson Reuters Arazandi. Navarra.

Cabeza Pereiro, J. (2020). El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea. Editorial Bomarzo. Albacete.

Del Rey Guanter, S. (2018). La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales. En Casas Baamonde, M.E. y Gil Alburquerque, R. (Dir.). Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Lefebvre. Madrid.

Gómez Abelleira, F. J. (2023). La activación de la garantía de indemnidad. El Foro de Labos. Fecha de consulta: 04/07/2023 (<https://www.elforodelabos.es/2023/06/la-activacion-de-la-garantia-de-indemnidad/>)

Goñi Sein, J.L. (2021). El sistema europeo de protección del denunciante en la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* N° 151.

Goñi Sein, J.L. (2021). Canal de denuncias en la empresa y protección de datos. En Olaizola Nogales, I.; Sierra Hernaiz, E.; López López, H. (Dir.). Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera. Thomson Reuters Arazandi. Navarra.

Igartua Miró, M<sup>a</sup>. T. (2020). Los canales de denuncia internos (Whistleblowing) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 447.

Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P. (2020). La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing). Editorial Bomarzo. Albacete.

Maneiro Vázquez, Y. (2021). La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.

Mercader Uguina, J. R. (2020). La protección de alertadores, informantes o denunciadores: una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. *Revista Trabajo y Derecho*, nº 64. La Ley Digital.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2022). La protección de los trabajadores que informen sobre infracciones normativas. En Sánchez Bravo, A. (Dir.). *Laborum et Scientiae*. Libro homenaje al Profesor Dr. Juan Raso Delgue. Editorial Alma Mater. Madrid.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Del Rey Guanter, S. (2023). Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/20223 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264/2023.

Rojas Rivero, G.P. (2022). Los sistemas internos de denuncias (Whistleblowing) en la Directiva 2019/1937 y el anteproyecto de Ley sobre informantes. *Revista Documentación Laboral*, nº 126. Vol. II.

Ron Latas, R.P. y Lousada Arochena, J. F. (2020). Libertad de expresión en el trabajo y represalias por denunciar irregularidades. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Vol. 24.

Sáez Lara, C. (2018). Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y protección en España de los Whistleblowers. *Revista Temas Laborales*, nº 145.

Sáez Lara, C. (2020). La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.

Sáez Lara, C. (2021). La trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 al ordenamiento jurídico laboral español. En Olaizola Nogales, I.; Sierra Hernaiz, E.; López López, H. (Dir.). *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Thomson Reuters Arazandi. Navarra.

Teixeira Alves, L. (2021). Whistleblowing: La tutela del trabajador denunciante en Portugal. *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*. Vol. XIII.

Todolí Signes, A. (2020). La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 449-450.

Torrent I Santamaría, J. M<sup>a</sup>. y Pérez Gil de Gómez, L. (2020). Análisis de la Directiva Europea de Whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *Revista Derecho PUCP*, nº 85.

## **ALGORITMOS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONDICIONES DE TRABAJO, ¿SON COMPATIBLES?**

Por

RAQUEL POQUET CATALÁ  
Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad Internacional de La Rioja

[raquel.poquet@unir.net](mailto:raquel.poquet@unir.net)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

**RESUMEN:** En la actualidad, no cabe duda que, en la conformación y definición de las condiciones de trabajo, los algoritmos y la inteligencia artificial están adquiriendo cada vez un mayor peso. La utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la configuración de la relación laboral, concretamente, en la prestación de trabajo conlleva, por un lado, una optimización del ciclo productivo y, por tanto, un aumento de la rentabilidad desde el punto de vista empresarial. Pero, por otro lado, ello supone una afectación a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente, al derecho a la intimidad y a la protección de datos personales. Principalmente, cuando estas nuevas tecnologías se utilizan en la gestión de la organización empresarial, y en la gestión de la prestación de trabajo, pudiendo comportar situaciones discriminatorias por su falta de transparencia. La cuestión no es baladí, pues se están creando importantes conflictos en torno a la transparencia y equidad de los algoritmos y la inteligencia artificial en la gestión de las condiciones de trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Algoritmo; Inteligencia artificial; Condiciones laborales; Discriminación; Datos personales.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ALGORITMOS.- III.USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ALGORITMOS EN LA RELACIÓN LABORAL.- 1.Selección y contratación de personal.- 2.Gestión a través de plataformas digitales.- IV. ASPECTOS SOBRE EL USO DE ALGORITMOS EN LA RELACIÓN LABORAL.- 1. Planteamiento general.- 2. Protección de datos de carácter personal.- V. ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN LABORAL.- VI. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

## **ALGORITHMS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND WORKING CONDITIONS, ARE THEY COMPATIBLE?**

**ABSTRACT:** Currently, there is no doubt that algorithms and artificial intelligence are gaining more and more weight in shaping and defining working conditions. The use of new information and communication technologies in the configuration of the employment relationship, specifically, in the provision of work entails, on the one hand, an optimization of the production cycle and, therefore, an increase in profitability from the business point of view. But, on the other hand, this implies an affectation to the fundamental rights of workers, especially the right to privacy and the protection of personal data. Mainly, when these new technologies are used in the management of the business organization, and in the management of the provision of work, and may lead to discriminatory situations due to their lack of transparency. The question is not trivial, since important conflicts are being created around the transparency and fairness of algorithms and artificial intelligence in the management of working conditions.

KEY WORDS: Algorithm; Artificial Intelligence; Work conditions; Discrimination; Personal data.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.- II. FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ALGORITHMS.- III. USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ALGORITHMS IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP.- 1. Selection and hiring of personnel.- 2. Management through digital platforms.- IV. ASPECTS ON THE USE OF ALGORITHMS IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP.- 1. General approach.- 2. Personal data protection.- V. ALGORITHMS AND LABOR DISCRIMINATION.- VI. NEED FOR REGULATION.- VII. BIBLIOGRAPHY.

## I. INTRODUCCIÓN

La introducción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el entorno laboral, especialmente, la inteligencia artificial y la utilización de algoritmos como gestión de los modelos de negocio es una práctica cada vez más creciente en el ámbito empresarial.

Ello comporta, necesariamente, una recopilación de datos personales de las personas trabajadoras por las empresas, y su tratamiento mediante algoritmos, los cuales, muchas veces, no responden a los parámetros de justicia, equidad y transparencia, sino que encubren situaciones discriminatorias y de vulneración de derechos fundamentales.

De ahí, la necesidad de establecer unas pautas que traten de regular qué puede llevar a cabo la inteligencia artificial en las relaciones laborales, hasta dónde puede llegar y cuáles son los límites de actuación de estos nuevos instrumentos algorítmicos.

Así el informe “Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights”<sup>1</sup> lleva a cabo un estudio sobre cómo están afectando las nuevas tendencias basadas en datos en el lugar de trabajo, así como un marco de los derechos tecnológicos que las personas trabajadoras necesitan. Realiza un análisis de cómo se están utilizando las tecnologías basadas en datos y cuáles son los daños que pueden causar en las personas trabajadoras. Asimismo, expone un nuevo conjunto de derechos aplicables a las personas trabajadoras en relación con sus datos, que regula cómo las empresas utilizan los algoritmos, fijando las posibles responsabilidades para las empresas por los daños causados por sus sistemas informáticos y digitales. Concretamente, contempla medidas de actuación en materia de divulgación, uso de datos de las personas trabajadoras, uso de la supervisión electrónica, uso de algoritmos, discriminación, organización y negociación, evaluaciones de impacto y mecanismos de aplicación de la normativa.

---

<sup>1</sup> Informe elaborado por el Centro de Trabajo de la Universidad de California Berkeley. Disponible en <https://laborcenter.berkeley.edu/data-algorithms-at-work/>

De hecho, como es sabido, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, modifica el ET introduciendo en su art. 64 ET el derecho de la representación unitaria de ser informada por “la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”.

## II. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ALGORITMOS

La cuarta revolución industrial o digitalización industrial viene a mostrar un nuevo modelo de organización basado en sistemas automatizados que conllevan para la empresa una producción más eficiente y la disminución del número de trabajos manuales.

En este proceso de digitalización empresarial, son muchas las tecnologías utilizadas por las organizaciones, destacando el Big Data, Blockchain, Cloud computing, Impresión 3D, inteligencia artificial, realidad virtual, ciberseguridad, robots colaborativos o el denominado Internet de las Cosas. En todas estas diferentes tecnologías destaca la facilidad de interconexión entre personas y cosas, esto es, entre personas trabajadoras y sistemas de inteligencia artificial, siendo pues, este sistema un elemento base en la conformación de los nuevos modelos de negocio, junto con el uso de los algoritmos en la gestión de las condiciones de trabajo.

No existe una definición jurídica de lo que debe entenderse por inteligencia artificial. Si partimos del concepto de inteligencia, esta puede ser definida como la facultad que tiene la mente para entender, aprender y adquirir una conceptualización de la realidad. Es decir, la inteligencia permite recoger, analizar y procesar información, y a partir de ello, poder tomar decisiones. Por tanto, permite llevar a cabo procesos de captación de datos, análisis y de decisión. Obviamente, este conjunto de procesos debe guiarse por unos principios, criterios, valores y con unos fines y objetivos que sean éticos y lícitos<sup>2</sup>.

Según la Comunicación de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial de 25 de abril de 2018 (COM 2018, 237 final) la inteligencia artificial hace referencia a “sistemas que muestran un comportamiento inteligente a través del análisis de su entorno y actuando -con algún nivel de autonomía- para alcanzar metas específicas”; o como “sistemas de software (y posiblemente también hardware) diseñados por humanos que, recibiendo un fin o meta complejos, actúan en la dimensión física o digital mediante la

---

<sup>2</sup> OROZCO GONZÁLEZ, M., “Inteligencia artificial y robótica. Propuestas para la configuración de un estatuto jurídico”, *RAD*, núm. 8, 2021.

percepción de su entorno a través de la obtención de información, la interpretación de datos tanto estructurados como desestructurados, el razonamiento del conocimiento adquirido, o procesamiento de la información, y la toma de decisiones acerca de cuál es la mejor acción/es a realizar para la consecución del objetivo”<sup>3</sup>. Estos sistemas se basan en el uso de software y en un entorno virtual, o bien se encuentran integrados en dispositivos de hardware.

En esta misma línea, la Propuesta de Reglamento presentada por el Parlamento Europeo sobre los principios éticos para el desarrollo, la implementación y el uso de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, aprobada el 8 de octubre de 2020, la define en su art. 1 como “un sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que manifiesta un comportamiento inteligente al ser capaz, entre otras cosas, de recopilar y tratar datos, analizar e interpretar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos”. Según la Carta ética europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno<sup>4</sup>, es el “conjunto de métodos, teorías y técnicas cuya finalidad es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos”. En similar sentido, un sector de la doctrina lo define como el conjunto de “sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos. Estos sistemas pueden consistir en un simple programa informático (por ejemplo, motores de búsqueda o sistemas de reconocimiento facial o de voz), pero también pueden estar incorporados en dispositivos de hardware (como robots o automóviles autónomos)”<sup>5</sup>.

Debe diferenciarse la inteligencia artificial de la robótica en que esta última consiste en una “máquina física que se ha de enfrentar con las dinámicas, incertezas y la complejidad del mundo físico”<sup>6</sup>. Eso sí, en el diseño y funcionamiento de los robots interviene la inteligencia artificial, así como otras ciencias como la ingeniería mecánica.

---

<sup>3</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE DE LA COMISIÓN EUROPEA, “A definition of AI: Main Capabilities and disciplines”, 8 de abril de 2019, p. 3.

<sup>4</sup> De 4 de diciembre de 2018.

<sup>5</sup> COTINO HUESO, L.; VALERO TORRIJOS, J.; PONCE, J.; MARTÍN, I.; CERILLO, A.; ARROJO, L.; PAREJO, L.; ALAMILLO, I.; VELASCO, C.; BOIX, A.; RESTREPO-AMARILES, D., *Conclusiones del I Seminario internacional sobre Derecho administrativo e inteligencia artificial*. Barcelona, Universitat de Barcelona, 1 de abril de 2019. p. 1. Disponible en <https://www.um.es/idertec/conclusiones-del-i-seminario-internacional-derecho-administrativo-e-inteligencia-artificial/>

<sup>6</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE DE LA COMISIÓN EUROPEA, “A definition of AI... *op. cit.* p. 3.

Por su parte, el algoritmo puede ser definido como el conjunto sistematizado de operaciones que, partiendo de una información tratada previamente, decide la respuesta a un problema técnico o jurídico. Según la Carta ética europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno, un algoritmo se define como la “secuencia finita de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que hacen posible obtener un resultado a partir de la entrada de información”. En matemáticas, los algoritmos son un “conjunto de reglas que, aplicadas sistemáticamente a unos datos de entrada apropiados, resuelven un problema en un número finito de pasos elementales”<sup>7</sup>. Según la Guía y Herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral<sup>8</sup>, puede definirse como un “conjunto ordenado y finito de operaciones o reglas que permite hallar la solución de un problema, que puede implementarse o no a través de programas informáticos”. Asimismo, el sistema de decisión automatizada puede ser conceptualizado como “un proceso automatizado mediante el uso de datos y algoritmos para optimizar la toma de una decisión”.

Estrechamente unidos a los algoritmos se halla el “big data”. La recopilación de datos a gran escala o big data se define por su gran volumen, variabilidad y velocidad de crecimiento, lo cual dificulta su captura, gestión, procesamiento o análisis mediante tecnologías y herramientas convencionales<sup>9</sup>.

No obstante, desde el punto de vista ético, el uso de los algoritmos y la inteligencia artificial en el contexto laboral puede tener efectos contraproducentes. Queda claro que la inteligencia artificial está destinada a facilitar y hacer más cómodas nuestras vidas, pero también puede generar situaciones de injusticia por la aplicación no filtrada de decisiones predictivas basadas en un sistema de caja negra que devuelve conclusiones supuestamente objetivas, pero no las motiva<sup>10</sup>.

Por ejemplo, en la selección de personal, si el algoritmo está diseñado para entender que una pauta repetida es la más correcta, de tal forma que aquella que más veces se repite es lo correcto, sin analizar si en el fondo es no correcto, puede conllevar que si

---

<sup>7</sup> PEÑA MARÍ, R., *De Euclides a Java, la historia de los algoritmos y de los lenguajes de programación*. Madrid: Nívola, 2006.

<sup>8</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía y Herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*. Madrid: MTES, 2022. Disponible en [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio\\_destacados/Guia\\_Algoritmos\\_ES.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf)

<sup>9</sup> POWER DATA, *Big Data: ¿En qué consiste? Su importancia, desafíos y gobernabilidad*, <https://www.powerdata.es/big-data>

<sup>10</sup> TUFEKCI, Z., “La inteligencia artificial hace que la moral humana sea más importante” [TED], minuto 9, 13. Disponible en [https://www.ted.com/talks/zeynep\\_tufekci\\_machine\\_intelligence\\_makes\\_human\\_morals\\_more\\_important?language=es](https://www.ted.com/talks/zeynep_tufekci_machine_intelligence_makes_human_morals_more_important?language=es)

para un puesto de trabajo en el que tradicionalmente se ha seleccionado a hombres de entre 30 y 40 años, el algoritmo decidirá, de entre todas las candidaturas volcadas en la base de datos, aquel que se ajuste a ese patrón, sin aplicar, por consiguiente, el principio de igualdad de trato<sup>11</sup>.

Ello significa, por tanto, que cuando el algoritmo se utiliza para adoptar decisiones a partir de unos parámetros y de un tratamiento automatizado de datos, analizando únicamente una gran base de datos y estadísticas sin tener en cuenta elementos o parámetros de igualdad de trato y no discriminación, puede generar situaciones discriminatorias. Es decir, si el algoritmo parte de la base de datos previamente e históricamente utilizada en una empresa, la respuesta va a seguir esa misma tendencia, perviviendo así las situaciones discriminatorias existentes. De ahí, la necesidad de garantizar la transparencia en la gestión de esta información.

Pero, además, como es sabido, los algoritmos, como sistema de inteligencia artificial que son, poseen la capacidad de llevar a cabo un aprendizaje automático, ya sea a través del método de regresión, el de clasificación o el de ranking, de tal forma que en la relación laboral pueden ordenar a las personas trabajadoras según el objeto que tenga establecido la empresa.

En este sentido, el aprendizaje automático constituye un tipo de inteligencia artificial que consiste en la identificación de patrones en los datos y en la aplicación del conocimiento adquirido en los nuevos datos. Cuantos más datos contenga la base de datos, mejor podrá la inteligencia artificial aprender relaciones entre los datos. De esta forma, los algoritmos pueden clasificar correctamente objetos que nunca han visto con una precisión superior a las de las personas. Los algoritmos, además, pueden extraer conclusiones, garantizando así que las contrataciones o extinciones de contratos se basan en razonamientos lógicos<sup>12</sup>.

La Recomendación CV/Rec (2020) señala que los sistemas algorítmicos se emplean “con fines predictivos (...) en entornos laborales (...), incluso como parte de los procesos de contratación y selección públicos y privados”. Algunas empresas han puesto en manos de un software los procesos de selección de sus personas trabajadoras, ya que “los seres humanos son muy buenos en especificar lo que se necesita para un

---

<sup>11</sup> RIVAS-VALLEJO, P., “Discriminación algorítmica: detección, prevención y tutela”, Jornadas Catalanas de Derecho Social, 2021. p. 5. Disponible en <file:///C:/Users/Raquel/Downloads/DISCRIMINACI%CC%81N-ALGORI%CC%81TMICA-PILAR-RIVAS-JORNADES-CATALANES-9-ABRIL-con-bibliografi%CC%81a.pdf>

<sup>12</sup> MERCADER UGUINA, J. R., “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del Trabajo”, *Diario La Ley*, núm. 48, 2021.



determinado puesto y obtener información de los candidatos, pero son muy malos en la ponderación de los resultados”<sup>13</sup>.

Teniendo en cuenta lo indicado anteriormente, del uso de previa base de datos de la empresa que tienen una línea o tendencia repetida y marcada, el algoritmo va a continuar con esa misma tendencia, pero, además, de forma opaca, pues al aplicar el aprendizaje autónomo, va a dificultar poder establecer la conexión entre los datos de alimentación y los resultados. En definitiva, el algoritmo se convierte en un ámbito inaccesible donde resulta difícil poder conectar los resultados con los inputs, ya que el propio algoritmo ha llevado a cabo un autoaprendizaje, siendo este proceso de aprendizaje totalmente culto.

### **III. USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ALGORITMOS EN LA RELACIÓN LABORAL**

Como se ha indicado, estas nuevas tecnologías digitales basadas, principalmente, en la inteligencia artificial, están afectando profundamente a las relaciones laborales. Además, como ya advierte el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa”, estos riesgos no solo afectan a las personas trabajadoras por cuenta ajena, sino que “el desarrollo de la subcontratación en línea, del trabajo en plataformas y de las distintas formas de trabajo participativo va acompañada también de nuevos sistemas de gestión automatizados del rendimiento y la asistencia, cuyos límites éticos parecen franquearse en ocasiones (activación de la webcam del trabajador por la plataforma, capturas de pantalla a distancia, etc.)”.

Existe una importante problemática en el uso de la inteligencia artificial en la relación laboral, pues, por un lado, se plantea hasta qué punto los datos utilizados por esos sistemas para el cumplimiento de su función afectan a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, así como también la transparencia de su funcionamiento. Por otro lado, muchos mecanismos de aprendizaje de la inteligencia artificial no son transparentes, especialmente, en lo que respecta a la toma de decisiones y ejecución de actividades laborales, conocidas, así como “black box A” o “inteligencias artificiales de caja negra”, donde es muy difícil trazar las bases y razonamientos internos que han conducido a la decisión final. La Estrategia Española de Inteligencia Artificial (2019), siguiendo esta línea, subraya que “es una condición en el desarrollo de las tecnologías y aplicaciones de la IA ligado a esta Estrategia de I-D-I evitar el sesgo negativo y los

---

<sup>13</sup> NATHAN, N.R.; ONCE, D.S.; KIEGER, D.M., “In Hiring, Algorithms Beat Instinct”, *Harvard Business Review*, 2014. Disponible en <https://hbr.org/2014/05/in-hiring-algorithms-beat-instinct>

prejuicios de los que adolece nuestra sociedad, como el de género, raza, u otras formas de discriminación, y que deberán evitar los sistemas de soporte a la toma de decisiones”.

Las nuevas tecnologías constituyen una herramienta empresarial fundamental para la mejora de la producción y la rentabilidad, vinculadas a una mayor eficiencia por la automatización de actividades. De esta forma, pueden tener diferentes funciones en la gestión empresarial.

En el ámbito laboral, como ya se ha indicado, básicamente los datos utilizados por los algoritmos son el reflejo de comportamientos previos e históricos, de tal forma que se reduce a un patrón, y con ello replica o reproduce consolidando el sesgo o prejuicio que pudiera contener la anterior base de datos, amplificando así las desigualdades.

Concretamente, los posibles ámbitos en los que se podrían utilizar los algoritmos son en materia de selección y contratación de personas trabajadoras; evaluación de capacidades y promoción profesional; evaluación de los horarios y tiempos de trabajo; evaluación de rendimiento y afectación sobre el salario; o evaluación de rendimiento y afectación sobre el poder disciplinario empresarial.

## **1. Selección y contratación de personal**

En primer lugar, los algoritmos se están utilizando cada vez más como métodos de selección de personal. Además, con los algoritmos se puede definir con detalle un perfil profesional concreto, conformando la titulación exigida, los años de experiencia, aptitudes o habilidades, y extraer de la documentación y los *curriculum vitae* presentados por las personas candidatas la información relevante y así poder, mediante la combinación de datos, extraer el perfil más ajustado a dicho perfil profesional.

En el diseño de estos programas informáticos se establecen unos parámetros de análisis de datos y árboles de decisión que generan los modelos predictivos, mediante sistemas automatizados de decisión.

Sin embargo, en el diseño de estos algoritmos y software, el GT29 o Comité Europeo de Protección de Datos ya ha advertido en sus “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679)” (WP251rev.01) los riesgos que estas fórmulas pueden comportar. Concretamente, señala que “la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden ser opacos. Puede que las personas no sean conscientes de que se está creando un perfil sobre ellas o que no entiendan lo que implica. La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren (...) En algunos casos, la

elaboración de perfiles puede llevar a predicciones inexactas. En otros, puede llevar a la denegación de servicios y bienes, y a una discriminación injustificada”.

En el mismo sentido, se sitúa la Recomendación CM/Rec (2020), la cual señala que debe evitarse que los “desequilibrios sociales y laborales que aún no se han eliminado de nuestras sociedades no se perpetúen deliberada o accidentalmente a través de sistemas algorítmicos”.

El problema se halla en que no existe ninguna normación jurídica sobre esta fase de acceso al empleo, de tal forma que existe un vacío legal en esta fase de la relación laboral. Desde la perspectiva de género, el vacío legal castiga especialmente a las mujeres, pues, como resultado de la escasa atención legal a este momento, existe una considerable libertad empresarial que le permite utilizar cualquier tipo de inteligencia artificial que, incluso, puede comprometer el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras<sup>14</sup>.

Desde el punto de vista de la igualdad de trato, este mismo vacío legal afecta negativamente a las mujeres trabajadoras, pues, como se ha indicado, debido a que tradicionalmente han tenido una escasa contratación, el algoritmo replica el modelo tradicional. De hecho, existen empresas que cuentan con algoritmos que buscan características de los candidatos a un puesto de trabajo que coincidan con la plantilla actual de una empresa, replicando la demografía de la plantilla, siendo la mayoría masculina y blanca. Ello supone que, especialmente, las mujeres y las personas trabajadoras de color pueden estar desproporcionadamente expuestas a los perjuicios de las tecnologías basadas en datos debido a las ocupaciones en las que trabajan, básicamente empleos con salarios bajos como centros de llamadas, donde es bastante fácil que exista una supervisión o gestión basada en los algoritmos<sup>15</sup>.

Incluso, un sector de la doctrina apunta a la expulsión del mercado de trabajo de aquellas personas trabajadoras que tengan unos determinados rasgos, como la tendencia a la depresión<sup>16</sup>.

Para llevar a cabo la selección de personas trabajadoras pueden utilizarse diversos sistemas digitales. Por un lado, las plataformas digitales se basan en un algoritmo de selección que sustituye a la empresa o persona reclutadora en una primera criba,

---

<sup>14</sup> BAYLOS GRAU, A.P., “En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencia y vida privada del trabajador”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1980. p. 307.

<sup>15</sup> Así lo señala el Informe elaborado por el Centro de Trabajo de la Universidad de California Berkeley, “Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights”. Disponible en <https://laborcenter.berkeley.edu/data-algorithms-at-work/>

<sup>16</sup> TUFEKCI, Z., “La inteligencia artificial hace... *op. cit.* min. 9,13.

dejando paso a una fase de selección más personalizada, en la que accederán únicamente las personas candidatas que hayan sobrevivido al algoritmo. Existe una incorporación masiva de la inteligencia artificial en la combinación de criterios automatizados de selección de personal con el fin de reducir costes y de una mayor eficacia. De hecho, muchas empresas cuentan con su propia plataforma digital dedicada a la recepción de demandas de empleo, posicionándose como empresa de prestigio a través de métodos de “*employes branding*”, que utilizan curriculums ciegos o anónimos, o bien simplemente administran datos curriculares y personales para efectuar su elección<sup>17</sup>.

Por otro lado, las ofertas de empleo también se están basando en muchas ocasiones en estos sistemas de tal forma que se permite seleccionar al público potencial receptor de la oferta el perfil de usuario de cada plataforma de la red social. Son los anuncios que se insertan de manera flotante en distintas plataformas digitales y redes sociales que se dirigen a un público concreto en base a un algoritmo que decide a qué categoría de personas debe mostrarse. Esta publicidad selectiva es, por consiguiente, totalmente diferente a las tradicionales ofertas de empleo publicitadas en medios de comunicación escrita, las cuales se dirigen a cualquier persona. De esta forma, los citados anuncios digitales únicamente interactúan con las personas usuarias de la plataforma en la que se ubique, impidiendo, por consiguiente, que las personas excluidas de su visualización puedan acceder a dichos anuncios<sup>18</sup>.

En cuanto al procedimiento de selección digital, este puede evaluar múltiples rasgos y aptitudes, adaptándose a las necesidades y exigencias de la empresa. Las agencias de talentos o “*headhunters digitales*” utilizan técnicas de “*engagement*” para hacer atractivos los puestos de trabajo a los potenciales candidatos mediante métodos de “*employer*”

---

<sup>17</sup>Un ejemplo lo constituye Amazon, que utiliza el algoritmo k-vecino más cercano o KNN, que detecta rasgos de proximidad con el perfil de un puesto de trabajo o para captar perfiles determinados. Se detectó que su sistema de contratación excluía los currículos que contenían la palabra “*mujer*”, ocasionando así situaciones discriminatorias. Ello se debía a inexactitudes en el algoritmo del proceso automático de calificación, posiblemente debido a que el sistema analizaba los datos de los curriculum vitae en un periodo de 10 años y elaboraba un esquema para determinar qué personas trabajadoras resultaban más idóneas, pero su base estaba compuesta mayoritariamente por hombres.

<sup>18</sup> RIVAS-VALLEJO, P., “*Discriminación algorítmica: detección, prevención...* *op. cit.* p. 30. Cita como ejemplo a Facebook que ha sido criticada por llevar a cabo una selección de potenciales candidatos para ofertas de empleo fundamentados en discriminación por razón de edad y género. Concretamente, la American Civil Liberties Union y Communications Workers of America interpusieron una reclamación contra Facebook por la colocación de anuncios de empleo en su web dirigidos a personas usuarias previamente seleccionadas por edad o sexo. Como consecuencia, Facebook indemnizó a las personas perjudicadas y asumió el deber de desarrollar un nuevo portal de publicidad con límites significativos a la capacidad de una empresa de colocar anuncios basados en características personales de los potenciales candidatos, eliminando los rangos de edad, género y datos demográficos asociados a raza o patrimonio que puedan discriminar.

branding”, haciendo acopio de datos de potenciales candidatos de forma indiscriminada para confrontarlas con su respectivo algoritmo de selección. De esta forma, el sistema o algoritmo de Applicant Tracking Systems (ATS) efectúa la selección en base a los datos de los que ya dispone la empresa, por lo que el resultado no va a ser siempre totalmente justo.

Otra técnica es la entrevista digital, la cual sustituye a la personal, y se realiza mediante inteligencia artificial. Se aplaude que esta técnica no funciona por prejuicios sociales y que los sesgos de los entrevistadores humanos sí se filtran en la selección mediante entrevista<sup>19</sup>. Como ejemplo, la empresa Amelia de IPSoft cuenta con un sistema de chatbot perfeccionado que utiliza para la entrevista digital, abarcando hasta un total de 670 perfiles posibles según las habilidades que requiera cada puesto de trabajo, basándose en técnicas de psicogenia.

Al respecto, debe señalarse que el art. 22.1 RGPD recoge una prohibición general de las decisiones basadas “únicamente” en el tratamiento automatizado, al señalar que “el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Sin embargo, se prevén una serie de situaciones excepcionales, señalando el art. 22.2 RGPD que la regla anterior no será de aplicación si la decisión es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; si está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de la persona interesada; o se basa en el consentimiento explícito de la persona interesada.

Cuando se trate de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles que producen efectos jurídicos sobre la persona interesada o le afectan de forma significativamente, los derechos de las personas interesadas deben contar con garantías reforzadas. Así, se debe aplicar el principio de garantía de minimización de los datos tratados para estos fines, pues el art. 5.1 c) RGPD señala que con carácter general los datos deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. En este sentido, el GT20 recoge en las indicadas Directrices que “los algoritmos de aprendizaje automático están diseñados para procesar grandes volúmenes de información y generar correlaciones que permitan a las organizaciones crear perfiles de personas muy

---

<sup>19</sup> RICE, C., “How blind auditions help orchestras to eliminate gender bias”, *The Guardian*, 14 de octubre de 2013; [www.theguardian.com/women-in-leadership/2013/oct/14/blind-auditions-orchestras-gender-bias](http://www.theguardian.com/women-in-leadership/2013/oct/14/blind-auditions-orchestras-gender-bias)

exhaustivos y sólidos. Aunque, en el caso de la elaboración de perfiles, conservar datos puede presentar ventajas, dado que el algoritmo podrá aprender de un mayor número de datos, los responsables del tratamiento deben cumplir el principio de minimización de datos al recoger datos personales y garantizar que conservan dichos datos durante no más tiempo del necesario y de forma proporcional a los fines del tratamiento de los datos personales”.

En esta misma línea, la LO 3/2018 recoge en su art. 11 que cuando los datos personales sean obtenidos de la persona afectada, el responsable del tratamiento puede dar cumplimiento del deber de información del art. 13 RGPD facilitando a la persona afectada la información básica e indicándole como acceder a la restante información y, en dicho caso, la información básica debe comprender expresamente la circunstancia de que los datos serán tratados para elaborar perfiles.

Además, debe aplicarse el principio de información significativa sobre la “lógica aplicada”, esto es, transparencia algorítmica. El art. 14.2 g) RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada, esto es, “la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4 y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado”. De cualquier forma, la información facilitada debe ser suficientemente exhaustiva para que la persona interesada entienda los motivos de la decisión.

El responsable del tratamiento debe diseñar diferentes métodos y vías para informar de forma fácil, accesible y sencilla a la persona interesada sobre la lógica aplicada o los criterios utilizados para extraer y obtener la decisión. En este sentido, el considerando 58 RGPD señala que el principio de transparencia “es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para la persona interesada saber y comprender si se están reconociendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea”.

El GT29 propone que, en vez de “ofrecer una compleja explicación matemática sobre cómo funcionan los algoritmos o el aprendizaje automático, el responsable del tratamiento debe considerar la utilización de formas claras y exhaustivas de ofrecer información al interesado, por ejemplo: (i) las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; (ii) por qué estas categorías se consideran pertinentes; (iii) cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas utilizadas en el

análisis; (iv) por qué este perfil es pertinente para el proceso de toma de decisiones automatizadas; y (v) cómo se utiliza para una decisión relativa al interesado”.

Para asegurar la licitud de estas actuaciones, las personas responsables del tratamiento de datos deben llevar a cabo auditorías algorítmicas, es decir, evaluaciones de los datos tratados, introduciendo medidas y procedimientos para evitar discriminaciones o imprecisiones.

## **2. Gestión a través de plataformas digitales**

Uno de los ámbitos en los que ha tenido también mucho éxito ha sido en la organización de la actividad productiva y de servicios de la empresa, especialmente, cuando esta tiene lugar a través de plataformas digitales propias de los modelos empresariales de economía digital. Se trata de plataformas digitales donde los sujetos proveedores pueden proporcionar de forma directa sus servicios al mercado. Estas plataformas, profesionales, se sustentan sobre la actuación a través de algoritmos que efectúan las asignaciones de actividades a los sujetos profesionales que están incluidos en la plataforma.

El Comité Económico y Social Europeo ha señalado, en su Dictamen “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa”, que los algoritmos empleados en las plataformas de servicios definen, entre otros aspectos, la remuneración de la persona trabajadora, su reputación digital y sus posibilidades de acceso a las tareas, pero son opacos, que no explican sus modos de funcionamiento a las personas trabajadoras, las cuales quedan privadas de acceso a los criterios de funcionamiento que se les aplican. Si, además se considera que los sistemas de evaluación de rendimiento pautan tareas y fragmentan minuciosamente los tiempos que dedican a ellas, sin considerar el factor humano y, por consiguiente, sin reservar tiempos para necesidades personales como las básicas, en detrimento de la puntuación que cada persona trabajadora va a recibir y las consecuencias de tal valoración dentro de la dinámica de su relación de trabajo, agrava aún más las consecuencias.

Este es el modelo de negocio utilizado también por las plataformas de servicios, como el reparto a domicilio, o el servicio de transporte, donde los algoritmos gestionan eficientemente el reparto asignando dicha tarea a la persona prestadora del servicio que se encuentre en la mejor posición. Como señala nuestro alto tribunal, la plataforma “se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor”, de tal forma que “la empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo a través de medios de control que operan sobre

la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante”<sup>20</sup>.

Por tanto, en estas plataformas, los algoritmos tienen como objetivo la asignación de las tareas, de modo que es con la APP con la que se asigna el trabajo a aquella persona prestadora de servicios que se encuentre en la mejor ubicación y disponibilidad. Estos algoritmos se basan en los criterios de número de trabajos aceptados y rechazados, las puntuaciones obtenidas en las valoraciones realizadas por las personas usuarias y la cercanía, realizándose de esta forma una especie de subasta, pero sin ser pública.

Además, estos algoritmos tienen también la función de calcular las tarifas y recalcular dichas tarifas según la ley de la oferta y la demanda. Es decir, partiendo de una tarifa estándar, esta puede ir subiendo o bajando según la ley del mercado, pudiendo establecer así precios dinámicos<sup>21</sup>. Este modelo de gestión algorítmica destaca por su rapidez en el recálculo de los precios y la asignación de las tareas aplicando estos parámetros, de tal forma, que en milésimas de segundo puede llevar a cabo unos cálculos que serían harto complejos para una persona.

Y, en esta línea, de hecho, se ha propuesto llevar a cabo una nueva definición de persona trabajadora más ajustada a estos modelos empresariales por parte de la Ley 12/2021, que añade una DA 23 al ET con una presunción de laboralidad sobre las personas repartidoras.

Sobre la fijación de los precios y del salario, cabe tener en cuenta que el algoritmo puede ser discriminatorio y generar una brecha salarial de género, pues aunque el algoritmo maneja todas las variables propias de la ejecución del trabajo, el trabajo de las mujeres es calificado con menor valor.

Por último, el algoritmo también puede llevar a cabo la evaluación del rendimiento de las personas trabajadoras, pues, con estos sistemas se pueden valorar y, por consiguiente, catalogar a las personas trabajadoras en función de la aceptación o rechazo de los pedidos, y de la valoración obtenida por las personas usuarias<sup>22</sup>. Es más, esta información no solo queda en el ámbito de la privacidad de la persona trabajadora o de la empresa, sino que es de conocimiento público, pues los perfiles de las personas trabajadoras están disponibles en la aplicación de la persona usuaria de tal forma que

---

<sup>20</sup> STS de 25 de septiembre de 2020, st. núm. 805/2020.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *TL*, núm. 138, 2017; GINÉS I FABRELLAS, A., “Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español”, *RTSS*, núm. 425-426, 2018; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Economía de las plataformas (platform economy) y contrato de trabajo”, *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i Relacions Laborals*, 2019.

<sup>22</sup> MERCADER UGUINA, J. R., “Algoritmos: personas y números... *op. cit.*”



puede acceder al perfil de cualquier persona trabajadora pudiendo ver sus valoraciones, felicitaciones...

En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, una Agenda Europea para la economía colaborativa (2016/0000/(INI)), destaca que las personas trabajadoras de las plataformas deben poder “beneficiarse de la portabilidad de las evaluaciones y calificaciones, que constituyen su valor en el mercado digital, así como de facilitar la transferibilidad y acumulación de las evaluaciones y calificaciones en las diferentes plataformas al tiempo que se respetan las normas relativas a la protección de datos y la privacidad de todas las partes implicadas”.

Debe destacarse que este sistema de evaluación mediante algoritmos, aparentemente, genera mucha confianza entre los proveedores de servicios y las personas usuarias, generando, en principio, una buena imagen y reputación. Sin embargo, esta gestión algorítmica puede tener efectos contrarios, cuando se configuran unos criterios que únicamente tienen en cuenta los intereses y beneficios empresariales, sin aplicar la ética o la empatía, de tal forma que pueden generar efectos negativos sobre las personas trabajadoras, como su desactivación de la plataforma sin más, o incluso generar problemas de salud psicosociales como estrés o sensación de control y acoso<sup>23</sup>. Además, no cabe duda de que muchas veces se utilizan para automatizar los trabajos, que, aunque su objetivo es aumentar la eficiencia, el resultado para las personas trabajadoras puede ser la desestructuración de los puestos de trabajo y el aumento de la repetitividad, lo cual genera salarios más bajos y menor movilidad laboral. Es decir, no cabe duda que la gestión algorítmica puede comportar el riesgo de que las personas trabajadoras pierdan su autonomía al estar gestionada su actividad en los algoritmos que microgestionan y supervisan a cada tarea, eliminando todo margen de discreción que pueda tener la persona trabajadora. En otras palabras, la inteligencia artificial en el trabajo comporta un riesgo de deshumanización que puede tener efectos muy negativos sobre el rendimiento y motivación.

---

<sup>23</sup> En el caso de Amazon quedó patente que las personas trabajadoras estaban sometidas a un elevado índice de estrés, debido al carácter exhaustivo de las tareas a desarrollar y a la evaluación del rendimiento con un sistema de inteligencia artificial, de forma automatizada, de tal forma que dicho sistema automatizado determina que el programa detecte automáticamente en los casos de baja productividad, así como el tiempo fuera del puesto de Trabajo, y de la misma forma automática genera advertencias a las personas trabajadoras o procesa su despido sin intervención de una persona supervisora. Vid: SANDRI, P. M., “Cuando quien te despide es un algoritmo”, *La Vanguardia*, 5 de mayo de 2019.

## IV. ASPECTOS SOBRE EL USO DE ALGORITMOS EN LA RELACIÓN LABORAL

### 1. Planteamiento general

Como se ha observado, el uso de algoritmos puede ser generalizado en toda la relación laboral, desde el proceso de ingreso a la empresa, en los procesos de selección, hasta la supervisión y dirección de la actividad laboral, y la finalización de la misma a través del despido. Ello plantea un escenario con mucha opacidad y sin una cara visible sobre la que poder exigir o reclamar responsabilidades, de tal forma que la persona trabajadora queda totalmente desprotegida. Ello genera un espacio de dificultades que, bajo esta mano oculta, puede generar un marco desincentivador para las personas trabajadoras en su derecho a reclamar contra una decisión llevada a cabo por un algoritmo.

Se ha señalado que los algoritmos son modelos matemáticos que se basan en tres criterios, cuales son incontestables, secretos e injustos. Este secretismo viene dado en el sentido de que los algoritmos se basan en criterios secretos, pues se desconoce “sobre qué reglas han sido construidos y a menudo no somos conscientes de que nos estamos sometiendo a su juicio. La transparencia importa, pero en estos casos siempre hay un secreto industrial que impide conocer el origen y la existencia de estos algoritmos”. Ello contribuye a agravar los sesgos discriminatorios. De ahí, que hayan sido calificados como “armas de destrucción matemática”<sup>24</sup>. De hecho, investigadores de minerías de datos e inteligencia artificial han mostrado cómo con estos algoritmos un grupo de personas que ya parten de una situación de desventaja pueden resultar aún en mayor desventaja debido al algoritmo<sup>25</sup>, ya que, al basarse en patrones históricos de discriminación, ese sesgo se perpetúa e incluso se agrava.

Este impacto discriminatorio, muchas veces, aparece sin ser consciente de ello, pues, como se ha indicado, al basarse en datos históricos reales donde existieron conductas discriminatorias reales, las dificultades para las personas trabajadoras afectadas por tales decisiones se incrementan. Es decir, aunque estos sistemas se presentan como neutros, objetivos y asépticos, sin ser conscientes ni existir intención alguna, sin embargo, el resultado que generan no lo es.

---

<sup>24</sup> O'NEIL, C., “Los algoritmos aumentan las desigualdades sociales”, *La Vanguardia*, 4 de noviembre de 2018. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20181104/452679547719/algoritmos-aumentan-desigualdades-sociales.html>

<sup>25</sup> HAJIAN, S.; BONCHI, F.; CASTILLO, C., “Algorithmic Bias: From Discrimination Discovery to Fairness-aware Data Mining”, *Conference The 22nd ACM SIGKDD International Conference*, agosto 2016. p. 2125, 2126.

Para poder corregir los efectos negativos y los sesgos discriminatorios del algoritmo debe accederse a su código fuente, esto es, “el conjunto de líneas de texto que son las directrices que debe seguir la computadora para realizar dicho programa; por lo que es en el código fuente donde se encuentra escrito el funcionamiento de la computadora” y “acceder al código fuente de un programa consiste en tener acceso a los algoritmos desarrollados por sus creadores”<sup>26</sup>. En otras palabras, es “todo texto legible por un ser humano y redactado en un lenguaje de programación determinado. El objetivo del código fuente es crear normas y disposiciones claras para el ordenador y que este sea capaz de traducirlas a su propio lenguaje. De este modo, el texto fuente es la base de los programas de las páginas web”. Pero, además, aunque se acceda al código fuente, este posiblemente no será inteligible, pues se precisan conocimientos de lenguaje de programación para poder interpretarlo, ya que los códigos fuentes están escritos en un lenguaje de programación determinado que haya elegido la persona programadora, ya sea Basic, Java, Perl...

Además, el algoritmo puede estar protegido por los derechos de autor, pues, según el art. 96.1 LPI<sup>27</sup> se define programa de ordenador como “toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación”. La protección amparada por esta ley abarca a toda la documentación técnica y manuales de uso del programa, del mismo modo que el algoritmo o programa. No obstante, el art. 96.4 LPI excepciona de esta protección de los derechos de autor “las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces”.

De cualquier forma, el art. 96.2 LPI señala que “el programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor”. Esto significa que una empresa no puede oponer la supuesta propiedad intelectual sobre un algoritmo para no descubrir su código fuente ante reclamaciones de trabajadores perjudicados por decisiones automatizadas, sino que solo podría hacerlo la persona propietaria. Ello significa que si una empresa cuenta con un software concreto para la selección de personal que ha adquirido de una empresa dedicada a ello no puede negarse a revelar el código fuente. Es decir, al no ser la persona creadora del algoritmo, no puede negarse a revelar el código fuente. Sólo las

---

<sup>26</sup> (s.n.) Concepto definición. Disponible en <https://conceptodefinicion.de/codigo-fuente>

<sup>27</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, pro el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad Intelectual.

empresas que hayan creado el código fuente que están aplicando en su empresa pueden negarse a que se acceda a su código fuente. Así si la empresa hubiera obtenido una copia con licencia del algoritmo, puede “observar, estudiar o verificar el funcionamiento de un programa de ordenador con el fin de determinar las ideas y los principios implícitos en cualquier elemento del programa”, pues estas no están protegidas por los derechos de autor<sup>28</sup>. Como indica la sentencia “el titular de los derechos de autor sobre un programa de ordenador no puede invocar el contrato de licencia para impedir que quien haya obtenido esa licencia determine las ideas y los principios implícitos en todos los elementos de ese programa cuando realiza las operaciones autorizadas por dicha licencia (...) siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos de ese titular sobre tal programa”.

Todo ello genera impedimentos y obstáculos en las reclamaciones contra este tipo de decisiones basadas en algoritmos.

## **2. Protección de datos de carácter personal**

El algoritmo se sustenta sobre una base de datos para poder llevar a cabo sus decisiones. Y aquí se halla un escollo importante, pues si los datos a los que accede, no está autorizado, su decisión será nula.

No obstante, no es un aspecto nada fácil, sino todo lo contrario. De hecho, la AEPD, en su Informe Jurídico 0036/2020 señala que se trata de una “cuestión compleja, sometida a interpretación, respecto de la cual no se pueden extraer conclusiones generales, debiendo atenderse al caso concreto según los datos tratados, las técnicas empleadas para su tratamiento y la consiguiente injerencia en el derecho a la protección de datos, debiendo, en tanto en cuanto no se pronuncie al respecto el comité europeo de protección de datos o los órganos jurisdiccionales, adoptarse, en caso de duda, la interpretación más favorable para la protección de los derechos de los afectados”.

Especialmente es más controvertida aquella situación en la que entran en juego datos de carácter personal, datos que son procesados de forma automatizada y creando perfiles a partir de los mismos.

En este sentido, cabe recordar el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio núm. 108), de 18 de mayo de 2018, que establece “el marco general para que las partes apliquen políticas y medidas apropiadas para hacer efectivos los principios y disposiciones del Convenio 108 en el contexto del Big Data”. Este Convenio define en su

---

<sup>28</sup> STJUE de 2 de mayo de 2012, asunto SAS Institute Inc contra World Programming LTD.

art. 2 b) el procesamiento de datos como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales como la recopilación, el almacenamiento, la conservación, la alternación, la recuperación, la divulgación, la puesta a disposición, el borrado, la destrucción o realización de operaciones lógicas y/o aritméticas sobre tales datos”.

Por su parte, el art. 9.1 c) Convenio núm. 108 garantiza el derecho individual a la comunicación de los datos procesados de una forma inteligible, señalando que toda la información sobre su origen, sobre el periodo de preservación, así como cualquier otra información, con el fin de garantizar la transparencia del tratamiento, prevé una excepción, que es la referente a los datos personales que no se recopilan de las personas interesadas, pues en este caso la persona responsable está exenta de la obligación si el procesamiento implica “esfuerzos desproporcionados”. Además, la persona interesada puede conocer la motivación del algoritmo cuando este se utiliza para elaborar perfiles, esto es, conocer el “razonamiento subyacente” en el procesamiento de datos.

Según la STC 76/2019, de 22 de mayo, “el tratamiento de las categorías especiales de datos personales es uno de los ámbitos en los que de manera expresa el Reglamento General de Protección de Datos ha reconocido a los Estados miembros un margen de maniobra a la hora de especificar sus normas, tal como lo califica su considerando 10”. Este margen de maniobra afecta tanto a la determinación de las causas habilitantes para el tratamiento de datos especialmente protegidos, como al establecimiento de “medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado” (art. 9.2 g RGPD).

El art. 11.2 LO 3/2018 se refiere a los datos obtenidos para la realización de perfiles, reconociendo el derecho de la persona afectada a ser informada de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre ella o le afecten significativamente de modo similar, cuando concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el art. 22 RGPD.

Se ha planteado la posibilidad de que la previsión que contiene el art. 15 RGPD y el art. 13 LO 3/2018 de prohibir el tratamiento de datos personales que revelen las opiniones políticas, de origen étnico o racial, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical y el tratamiento de datos genéticos, y los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, los datos relativos a la salud o a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física y, por otra parte, el derecho de acceso a los datos por parte del afectado, pueda ser trasladada al acceso al algoritmo utilizado en la decisión empresarial. Debe partirse de que tales datos deberían tener más bien el tratamiento de datos estadísticos convencionales por lo que se refiere a las

reclamaciones vinculadas a decisiones discriminatorias, pues los preceptos citados amparan el acceso a los datos personales de la persona afectada, pero no a ningún otro dato que pudiera afectarle, ni tampoco a una fórmula algorítmica automatizada que ha generado una decisión.

Ello se enmarca en el conocido derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática. Según el TC<sup>29</sup> este derecho comprende el derecho a la información sobre la existencia, contenido y finalidad de ficheros automatizados de titularidad pública en los que consten datos personales. No obstante, como se observa, queda referido al ámbito del tratamiento de los datos, por lo que no es aplicable al ámbito privado.

## V. ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN LABORAL

Estos sistemas de inteligencia artificial basados en los algoritmos pueden llevar a situaciones discriminatorias, pues, como se ha dicho, pueden basarse en criterios y parámetros que no sean totalmente equitativos o lícitos. Dicha discriminación puede ser, además, tanto directa como indirecta, pues el algoritmo puede estar diseñado con finalidad estricta de descartar ciertas características cuando se trata de selección de personal o para realizar una evaluación a partir de criterios aparentemente neutros que perjudiquen a los individuos de ciertas características o que deliberadamente ignoren tales características claramente condicionantes de la valoración de su productividad. Por ello, tanto si se está ante una práctica neutral como no, pero que pueda implicar una desventaja para determinadas personas que respondan a unas características concretas, o bien supone una desventaja particularmente para personas en función del sexo, en relación con las personas del otro sexo, la decisión será discriminatoria<sup>30</sup>.

En este sentido, la discriminación algorítmica ha sido definida por la doctrina como “la que se produce cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento arbitrario como consecuencia de la toma de decisiones automatizadas”<sup>31</sup>. Así lo ha indicado claramente la UE manifestando que el “uso de algoritmos, datos e inteligencia artificial en recursos humanos y contratación abre vías para la discriminación”<sup>32</sup>.

Evaluar cuál es el impacto discriminatorio de las decisiones basadas en algoritmos conlleva valorar si la empresa introduce o se basa en parámetros de sesgo en la base de datos sobre la que opera el algoritmo. Si el algoritmo valora los datos para tomar una

---

<sup>29</sup> SSTC 254/1993, de 20 de julio; 94/1998, de 4 de mayo; 202/1999, de 8 de noviembre.

<sup>30</sup> RIVAS-VALLEJO, P., “Discriminación algorítmica: detección, prevención...*op. cit.* p. 52.

<sup>31</sup> MERCADER UGUINA, J. R., “Algoritmos: personas y números... *op. cit.*

<sup>32</sup> EUROFOUND (2020), *Employee monitoring and surveillance: The challenges of digitalisation*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

decisión actuando como una caja negra, dicha decisión puede conllevar a un supuesto de discriminación, aunque la empresa no sea consciente de ello. En este contexto, se ha abogado por considerar el elemento intencional o volitivo de la empresa, de tal forma que si la misma actúa de forma pasiva sin hacer nada frente al posible efecto negativo, será responsable de la decisión del algoritmo<sup>33</sup>. De ahí, que la doctrina haya planteado si la empresa debe responder ante estas situaciones de “discriminación directa inconsciente”, esto es, cuando el algoritmo crea situaciones discriminatorias sobre la base inconsciente por parte de la empresa.

De ahí, la necesidad de garantizar la transparencia en los criterios de funcionamiento de los algoritmos, así como que se basen en parámetros totalmente equitativos y sin ningún sesgo discriminatorio.

En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”<sup>34</sup> ha señalado la necesidad de “consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de IA que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores”.

El citado Informe “Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights” señala que determinadas empresas utilizan algoritmos para predecir si las personas trabajadoras tienen pensado dejar la empresa, o en el caso de las mujeres si planean quedarse embarazadas, lo que afecta a las decisiones de la empresa sobre la asignación de puestos de trabajo y la promoción. Las empresas de atención telefónica al cliente utilizan también los algoritmos para analizar las llamadas y dar instrucciones a las personas trabajadoras que las atienden en tiempo real para que adecuen su actitud y comportamiento; y los supermercados online supervisan a las personas trabajadoras y calculan la velocidad mientras rellenan las listas de la compra. Asimismo, destaca como esta supervisión algorítmica puede tener como fin identificar a las personas trabajadoras que intentan crear un sindicato, con el fin de intentar evitar dicha asociación sindical.

De hecho, el tribunal italiano, Tribunale Ordinario di Bologna, ha tenido oportunidad de pronunciarse declarando que el algoritmo Frank que utiliza la plataforma Deliveroo para clasificar el ranking profesional de los repartidores es discriminatorio<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> TUFEKCI, Z., “La inteligencia artificial hace... *op. cit.*”

<sup>34</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones -Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano” [COM (2019) 168 final] (DOUE, 11 de febrero de 2020).

<sup>35</sup> Sentencia de 31 de diciembre de 2020, N.R.G. 2949/2019.

Concretamente, analiza el funcionamiento de dicha plataforma destacando que los riders reciben los encargos de viajes a través de dos vías, esto es, reservando sesiones de forma previa a través del sistema de reserva SSB (Self-Service Booking) o bien iniciando sesión en tiempo real. El sistema de reserva SSB proporciona a los riders un calendario de disponibilidad de la semana entrante para poder recibir encargos de viaje según un ranking de clasificación que tiene establecido, siendo los parámetros de dicha clasificación la tasa de fiabilidad (número de veces en el que el repartidor no tiene una sesión que había reservado), y la tasa de participación en los picos (número de veces en que el rider estuvo disponible en los horarios más relevantes, esto es, de 20 a 22 horas de viernes a domingo). Sobre dicha base, la empresa utiliza un algoritmo que penaliza tanto a los riders que se ausentan de forma temporal por motivos injustificados como a los que lo hacen por motivos justificados (enfermedad, cuidado de menores o huelga). Por ello, el tribunal considera que existe una discriminación.

## VI. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN

En este contexto, y ante los peligros y riesgos que puede conllevar el uso de estos sistemas de inteligencia artificial, queda constatada la necesidad de una regulación que establezca unas limitaciones a estos sistemas de control basados en los algoritmos, el Big Data o, en definitiva, la inteligencia artificial. De igual forma que existe una regulación de la protección de datos de carácter personal, debería existir en torno a la forma, procedimiento y sistema de decisiones basadas en modelos algoritmos.

De hecho, el citado Informe “Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights” subraya que “lo que necesitamos, por tanto, es un Nuevo conjunto de normas laborales del siglo XXI que establezcan los derechos de los trabajadores y las responsabilidades de los empleadores para el lugar de trabajo impulsado por los datos. Estas normas deben establecerse tanto en las políticas públicas, como en los convenios colectivos de los centros de trabajo”.

En este sentido, el Consejo de Europa realizó un estudio por una comisión de expertos<sup>36</sup> en la que se hace hincapié en la dimensión de los derechos humanos en el tratamiento de los mismos, pero también especialmente en el uso de algoritmos. Así, se destacan las implicaciones que puede tener para los derechos la elaboración de rankings

---

<sup>36</sup> CONSEJO DE EUROPA, *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications. Committee of experts on internet intermediaries*, MSI-NET (2016) 06, rev6, 2017. Disponible en <https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html>



de trabajadores de la empresa con efectos que pueden comprometer las oportunidades de su carrera profesional, y que suponen retos adicionales de la protección de los derechos fundamentales, especialmente cuando se elaboran perfiles de personas trabajadoras o se realiza una lista preordenada de personas trabajadoras. Todo ello exige que se apliquen criterios de transparencia, así como también de auditoría y que se base en parámetros éticos.

Así, la UNESCO acaba de aprobar, el pasado 24 de noviembre de 2021, la “Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”<sup>37</sup>, que constituye la primera norma a nivel mundial sobre la inteligencia artificial. Esta Recomendación parte de la omnipresencia de la inteligencia artificial en todos los ámbitos de nuestra vida, y, entre ellos, el laboral. Esta Recomendación ha sido aprobada por los 193 países miembros de UNESCO, y aunque no es específica de la relación de trabajo, sino que trata de establecer unas pautas o directrices sobre el uso de la inteligencia artificial en general, destaca el hecho de que se acuerde que no se use la inteligencia artificial para la vigilancia masiva, o la toma de decisiones importantes sin supervisión humana. Pero, como se ha indicado, se trata de una Recomendación, no una norma.

Esta Recomendación tiene como objetivo hacer realidad las ventajas de la inteligencia artificial sobre la sociedad y reducir los riesgos que conlleva. Tiene como fin también garantizar que las transformaciones digitales promuevan los derechos humanos y contribuyan a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Asimismo, se hace hincapié en la necesidad de que se garantice una mayor protección de la privacidad de las personas, asegurando la “transparencia, la capacidad de actuar y el control de sus datos personales”. Destaca la prohibición expresa del uso de sistemas de inteligencia artificial para la vigilancia masiva, pues ello es muy invasivo y vulneraría los derechos fundamentales.

La Recomendación tiene muy en cuenta la primacía de la ética en el uso de estos sistemas de inteligencia artificial para lo cual propone llevar a cabo una Evaluación del Impacto Ético con el fin de que las empresas que utilicen estos sistemas evalúen como están afectando los mismos sobre las personas, la sociedad y el medio ambiente. Reitera la necesidad de que existan evaluaciones adecuadas del impacto en la privacidad de los sistemas algorítmicos, incluyendo también consideraciones sociales y éticas.

Un principio fundamental de la Recomendación es evitar situaciones o resultados discriminatorios o sesgados, a fin de garantizar la equidad de dichos sistemas algorítmicos. Otro principio base es la privacidad, que constituye un derecho esencial

---

<sup>37</sup> Disponible en [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920\\_spa.page=15](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920_spa.page=15)

para la protección de la dignidad, la autonomía y la capacidad de actuar de los seres humanos. De ahí, la importancia de la protección de datos personales.

Por último, la Recomendación contiene un ámbito de actuación -el número 10- dedicado a la economía y trabajo donde recomienda que los Estados miembros evalúen el impacto de los sistemas de inteligencia artificial en los mercados de trabajo. Propone que “junto a las competencias técnicas especializadas, así como a las tareas poco especializadas, deberían enseñarse competencias como “aprender a aprender”, comunicación, pensamiento crítico, trabajo en equipo, empatía y la capacidad de transferir los conocimientos propios a diversos ámbitos”.

Asimismo, a nivel comunitario, la Comisión Europea ha publicado, el pasado 9 de diciembre de 2021, una propuesta de Directiva Europea para regular de forma homogénea el trabajo en plataformas y fijar unas condiciones laborales mínimas en toda la UE -Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work<sup>38</sup>.

En el preámbulo de la propuesta de Directiva se justifican los propósitos de la misma destacando que uno de los objetivos de la UE es favorecer el bienestar de las personas trabajadoras y tratar de alcanzar el pleno empleo. Para ello, es fundamental que todas las personas trabajadoras tengan unas condiciones de trabajo dignas.

Además, señala que las plataformas digitales son sistemas automatizados que ponen en contacto a personas demandantes de trabajo con ofertas laborales, y aunque, en muchos aspectos utiliza algoritmos y la propia plataforma digital para asignar tareas, controlar o evaluar a las personas trabajadoras, sin embargo, es un modelo de negocio. De ahí, la necesidad de regular estas nuevas organizaciones empresariales, y establecer unos estándares mínimos en materia de condiciones de trabajo para poder afrontar los retos que surgen con este nuevo modelo empresarial.

Esta propuesta de Directiva establece tres proposiciones normativas importantes. En primer lugar, la Directiva propone crear una presunción de laboralidad de las personas trabajadoras de plataformas digitales, pero no sólo de las personas repartidoras de comida o mercancías o riders, sino de todos los sectores productivos, esto es, de plataformas que operan en atención a personas mayores, ejercicio de la abogacía... Esta presunción se activará cuando las plataformas actúen como una empresa, esto es, cuando “controlen” el trabajo.

En segundo lugar, incide en la necesidad de regular el uso de los algoritmos en el trabajo, de tal forma que deben asegurarse los derechos de información y transparencia sobre el uso de los algoritmos en el trabajo. La Directiva obliga a las plataformas a

---

<sup>38</sup> Disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_6605](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605)

aumentar la transparencia, reconociendo el derecho de los riders a ser informados sobre los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones que utiliza la compañía y cómo afectan a sus condiciones laborales, debiendo recibir, por ejemplo, información sobre cómo están siendo evaluados.

En tercer lugar, también incide en el contenido mínimo que debe incluir la plataforma en la parte de los “términos y condiciones”, pues considera que la plataforma debe incluir de forma clara en dicha parte las condiciones ofrecidas a las personas trabajadoras de plataformas indicando el estatuto jurídico que ofertan.

En España, solamente contamos con una referencia al empleo de algoritmos en la Administración Pública. Se trata de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Su art. 23<sup>39</sup> recoge unas obligaciones para las Administraciones Públicas en relación con los algoritmos de inteligencia artificial que estas utilicen para la toma de decisiones. Este precepto establece que las Administraciones Públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en sus tomas de decisiones, tengan en cuenta los criterios de: (i) minimización de sesgos; (ii) transparencia; y (iii) rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente.

Según esta previsión normativa, las Administraciones Públicas que utilicen algoritmos para la toma de decisiones, favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que dichos algoritmos tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.

---

<sup>39</sup> Literalmente, indica “1. En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.

2. Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos.

3. Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido.

4. Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos”.

De hecho, en su exposición de motivos se indica que “con esta ley se pretende dar respuesta a una necesidad normativa concreta: crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos”. Se trata, pues, no de “una Ley más de derechos sociales sino, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas”.

Este art. 23 se sitúa “en el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial”. Según este precepto, cuando las administraciones utilicen algoritmos para la toma de decisiones, deberán favorecer que los mismos estén dotadas de unos mecanismos y que tengan en cuenta una serie de criterios.

Por un lado, los sesgos discriminatorios, pues a diferencia de lo que sucede con la discriminación directa, la discriminación algorítmica no se enfoca necesariamente en la existencia de un tratamiento desigual de ciertos colectivos, sino en un impacto desigual, debido a las correlaciones de las categorías de datos, parámetros y atributos utilizados por los algoritmos para alcanzar una decisión, recomendación o predicción.

Por otro lado, la transparencia algorítmica. En este sentido los arts. 13 y 52 del Proyecto Reglamento comunitario de Inteligencia Artificial<sup>40</sup>, regulan la información que ha de comunicarse. Por ejemplo, en el caso de los sistemas de alto riesgo: (i) la identidad y los datos de contacto del proveedor; (ii) las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA y sus cambios; o (iii) las medidas de vigilancia humana incorporadas. La transparencia de los sistemas algorítmicos se refiere tanto a la información sobre el hecho de que se está utilizando un algoritmo para la toma de decisiones, como el propósito de la herramienta en términos de para qué ha sido diseñada y para qué no; los beneficios que se espera que aporte la herramienta algorítmica, así como una justificación ampliada de por qué se utiliza la herramienta y los tipos de métodos o modelos que utiliza el algoritmo.

Asimismo, por otra parte, en el contexto laboral, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, introduce una nueva letra d) en el art. 64.4 ET, que determina la información que la empresa debe proporcionar al comité de empresa sobre los algoritmos, estableciendo así el derecho del comité de empresa a ser “informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia

---

<sup>40</sup> Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8115-2021-INIT/es/pdf>

artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”.

En este sentido, cabe citar la Guía Práctica y Herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral. El propósito de la guía y la herramienta es reunir en un documento las obligaciones y derechos en materia de información algorítmica del ámbito laboral. Se pretende recoger las obligaciones empresariales respecto de la información que debe facilitar a la representación legal de las personas trabajadoras, así como la información que puede solicitar la representación legal de las personas trabajadoras o las propias personas trabajadoras. Además, se analizan las obligaciones empresariales en torno a la negociación del algoritmo, auditoría y evaluación de impacto. Se incluye también una herramienta que sistematiza las obligaciones de información sobre el uso de algoritmos y sistemas de decisión automatizada en el ámbito laboral. Una de las principales aportaciones de dicha guía es detallar la obligación de transparencia de las empresas en el caso de que utilicen algoritmos o sistemas de inteligencia artificial para tomar decisiones de forma automatizada que afecten a las personas trabajadoras. La guía diferencia tres facultades empresariales donde estos sistemas tienen un especial énfasis, cuales son, la selección y contratación de personas trabajadoras, la monitorización y vigilancia en el ámbito laboral mediante sistemas de reconocimiento facial, tecnologías wearables, teléfonos inteligencias... y la dirección y gestión del trabajo mediante sistemas de decisión automatizada para la asignación de tareas, fijación de horarios o control de la productividad, entre otros. En definitiva, esta guía establece la obligación que tienen todas las empresas de informar a las personas trabajadoras sobre las decisiones automatizadas sin intervención humana que les puedan afectar.

Por último, la rendición de cuentas. Al respecto, debe hacerse referencia a la objetivización de la responsabilidad de las consecuencias potencialmente negativas de los sistemas de inteligencia artificial, así como al proceso de notificación e información posterior a sus damnificados. En este sentido, resulta esencial la auditabilidad de los sistemas de inteligencia artificial, pues no cabe esperar que cada ciudadano comprenda en toda su extensión el funcionamiento y los efectos de los algoritmos.

Se deberá seguir el mismo procedimiento que en las evaluaciones de impacto de protección de datos del art. 35 RGPD. Sobre los datos usados para entrenar los sistemas de inteligencia artificial y sus redes neuronales, el art. 10 Propuesta Reglamento de inteligencia artificial explicita los requisitos para su utilización. Entre otros, su carácter pertinente y representativo, completo y carente de errores, teniendo en cuenta, además, en función de su finalidad prevista, las características o elementos particulares del

contexto geográfico, conductual o funcional específico en el que se pretende utilizar el sistema de inteligencia artificial de alto riesgo.

Por último, sería también recomendable llevar a cabo una auditoría en el uso e impacto de los algoritmos. De hecho, la evaluación del impacto está prevista en el RGPD en su art. 35.3 a) “cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas”. Asimismo, el Considerando 91 RGPPD señala que “la evaluación de impacto relativa a la protección de datos debe realizarse también en los casos en los que se tratan datos personales para adoptar decisiones relativas a personas físicas concretas a raíz de una evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales propios de personas físicas, basadas en la elaboración de perfiles de dichos datos” o a raíz del tratamiento de categorías especiales de datos personales, datos biométricos.

En este sentido, debería llevarse siempre un estudio del impacto del algoritmo en cualquier proceso de contratación o de evaluación del rendimiento, o de elaboración de rankings o perfiles. En definitiva, cuando es utilizado en cualquier decisión empresarial, pues es la vía para poder detectar y controlar cualquier tipo de sesgo.

De hecho, un sector de la doctrina<sup>41</sup> ha propuesto que esta transparencia algorítmica podría ser también un criterio aplicable en el uso de algoritmos por entidades públicas sujetas a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, pero no solucionaría el acceso al algoritmo en el ámbito del empleo en empresas privadas, no sujetas a estos compromisos propios de la gestión de lo público.

De igual forma, la negociación colectiva debería incluir la auditoría de algoritmos en los convenios colectivos con el fin de controlar su uso de forma aleatoria, así como también negociando la participación de representación de las personas trabajadoras en su diseño y configuración.

En este sentido, el convenio colectivo del sector de la banca<sup>42</sup> regula en su art. 79 los derechos de información y participación, reconociendo el derecho a las personas trabajadoras, así como a los órganos de representación de acceder a la información sobre los procedimientos, métodos y soporte técnico que pudieran ponerse en marcha fruto de la implementación del teletrabajo. Asimismo, reconoce el derecho de la representación legal de las personas trabajadoras de recibir la información sobre las

---

<sup>41</sup> RIVAS-VALLEJO, P., “Discriminación algorítmica: detección, prevención...*op. cit.* p.67

<sup>42</sup> Resol. de 17 de marzo de 2021.

instrucciones sobre confidencialidad y protección de datos, medidas de vigilancia y control sobre la actividad.

El art. 80.5 del citado convenio reconoce el derecho de las personas trabajadoras “ante la inteligencia artificial” y el empleo de algoritmos, excluyendo las decisiones íntegramente automatizadas, y prohíbe totalmente que su uso comporte discriminaciones. Reconoce, asimismo, el derecho a acceder a la información sobre el uso de analítica de datos o sistemas de inteligencia artificial cuando “las decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana”. Se establece el derecho de información en “los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionalmente y la evaluación de los resultados”.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, A.P., “En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencia y vida privada del trabajador”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1980.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Economía de las plataformas (platformeconomy) y contrato de trabajo”, *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i relacions laborals*, 2019.

CENTRO DE TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA BERKELEY, “Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights”. Disponible en <https://laborcenter.berkeley.edu/data-algorithms-at-work/>

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones -Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano” [COM (2019) 168 final] (DOUE, 11 de febrero de 2020).

CONSEJO DE EUROPA, *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications. Committee of experts on internet intermediaries*, MSI-NET (2016) 06, rev6, 2017. Disponible en <https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html>

COTINO HUESO, L.; VALERO TORRIJOS, J.; PONCE, J.; MARTÍN, I.; CERILLO, A.; ARROJO, L.; PAREJO, L.; ALAMILLO, I.; VELASCO, C.; BOIX, A.; RESTREPO-AMARILES, D., *Conclusiones del I Seminario internacional sobre Derecho administrativo e inteligencia artificial*. Barcelona, Universitat de Barcelona, 1 de abril de 2019. p. 1.

DE LA PUEBLA, A. Y MERCADER, J. R., "El RDL 2/2021, de 26 de enero: nueva entrega de la prórroga de los ERTE y el aterrizaje del Big Data en la ITSS", *Foro de Labos*, 2021.

EUROFOUND (2020), *Employee monitoring and surveillance: The challenges of digitalization*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

GINÉS I FABRELLAS, A., "Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español", *RTSS*, núms. 425-426, 2018.

GOERLICH, J. M., "Algoritmos en el procedimiento sancionador en el orden social y en la gestión recaudatoria de la Seguridad Social: las decisiones automatizadas en el Real Decreto-ley 2/2021", *Foro de Labos*, 2021.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas", *TL*, núm. 138, 2017.

HAJIAN, S.; BONCHI, F.; CASTILLO, C., "Algorithmic Bias: From Discrimination Discovery to Fairness-aware Data Mining", *Conference The 22nd ACM SIGKDD International Conference*, agosto 2016.

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE DE LA COMISIÓN EUROPEA, "A definition of AI: Main Capabilities and disciplines", 8 de abril de 2019.

MERCADER UGUINA, J. R., "Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del Trabajo", *Diario La Ley*, núm. 48, 2021.

MERCADER UGUINA, J. R., "Datos biométricos en los centros de trabajo", en BAZ RODRÍGUEZ, J. (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*. Madrid: Wolters Kluwer, 2021.

NATHAN, N.R.; ONCE, D.S.; KLIEGER, D.M., "In Hiring, Algorithms Beat Instinct", *Harvard Business Review*, 2014. Disponible en <https://hbr.org/2014/05/in-hiring-algorithms-beat-instinct>

O'NEIL, C., "Los algoritmos aumentan las desigualdades sociales", *La Vanguardia*, 4 de noviembre de 2018. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20181104/452679547719/algoritmos-aumentan-desigualdades-sociales.html>

OROZCO GONZÁLEZ, M., "Inteligencia artificial y robótica. Propuestas para la configuración de un estatuto jurídico", *RAD*, núm. 8, 2021.

PEÑA MARÍ, R., *De Euclides a Java, la historia de los algoritmos y de los lenguajes de programación*. Madrid: Nívola, 2006.

POWER DATA, *Big Data: ¿En qué consiste? Su importancia, desafíos y gobernabilidad*, <https://www.powerdata.es/big-data>

RICE, C., "How blind auditions help orchestras to eliminate gender bias", *The Guardian*, 14 de octubre de 2013; [www.theguardian.com/women-in-leadership/2013/oct/14/blind-auditions-orchestras-gender-bias](http://www.theguardian.com/women-in-leadership/2013/oct/14/blind-auditions-orchestras-gender-bias)



RIVAS-VALLEJO, P., "Discriminación algorítmica: detección, prevención y tutela", Jornadas Catalanas de Derecho Social, 2021. Disponible en <file:///C:/Users/Raquel/Downloads/DISCRIMINACIO%CC%81N-ALGORI%CC%81TMICA-PILAR-RIVAS-JORNADES-CATALANES-9-ABRIL-con-bibliografi%CC%81a.pdf>

RODRIGO, B., "Una pulsera de Amazon controla empleados 'vagos'. ¿Puede usarla tu jefe en España?". Disponible: [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-02-08/pulsera-amazon-rastrear-ubicacion-empleados\\_1516056](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-02-08/pulsera-amazon-rastrear-ubicacion-empleados_1516056)

SANDRI, P. M., "Cuando quien te despide es un algoritmo", *La Vanguardia*, 5 de mayo de 2019.

TUFEKCI, Z., "La inteligencia artificial hace que la moral humana sea más importante" [TED]. Disponible en [https://www.ted.com/talks/zeynep\\_tufekci\\_machine\\_intelligence\\_makes\\_human\\_morals\\_more\\_important?language=es](https://www.ted.com/talks/zeynep_tufekci_machine_intelligence_makes_human_morals_more_important?language=es)

## **EL ACCIDENTE DE TRABAJO: SU CONSIDERACIÓN EN EL TRABAJO A DISTANCIA**

Por

JUAN FRANCISCO SÁENZ PASTOR

Doctor en Derecho, Abogado

Profesor adjunto de la Universidad Villanueva, Departamento de Ciencias Jurídicas:  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

[jfsaenz@villanueva.edu](mailto:jfsaenz@villanueva.edu)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

**RESUMEN:** La actividad laboral está sujeta a numerosos riesgos que determinan la creación de normas que tratan de evitarlos o de paliar sus consecuencias, no solo médicas o farmacéuticas, sino también las consecuencias económicas derivadas de la suspensión del contrato que produce la situación de incapacidad temporal, las de la declaración de incapacidad o, incluso, las consecuencias producidas por la extinción del contrato por la muerte.

El concepto de accidentes de trabajo ha sufrido una evolución que exige ser analizada con cierto detenimiento, tanto por la ampliación del concepto respecto a su concepción inicial, como por su aplicación al trabajo a distancia, muy fortalecido a partir de la Covid 19 y de la publicación de la Ley de Trabajo a Distancia (en adelante, LTD).

**PALABRAS CLAVE:** Accidente de trabajo; riesgos psicosociales; nexo causal; presunción; trabajo a distancia.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO.- 1. Concepto legal.- 2. Ampliación del concepto a los daños psicosociales.- 3. El lugar de trabajo como determinante del accidente de trabajo.- III. ELEMENTOS.- 1. Lesión corporal.- 2. Trabajo por cuenta ajena.- 3. Nexo causal.- IV. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TRABAJO A DISTANCIA.- 1. Planteamiento.- 2. Domicilio de trabajo.- 3. Resoluciones judiciales en materia de teletrabajo.- V. BIBLIOGRAFÍA.

## **OCCUPATIONAL ACCIDENT: ITS STATUS IN REMOTE WORKING**

**ABSTRACT:** Remote working poses numerous hazards that make necessary the creation of laws and regulations that prevent such hazards and mitigate their consequences. These consequences originate not only from health- and safety-related hazards but also from economic hazards derived from the suspension of an employment contract due to temporary disability, declaration of invalidity, or even from the termination of an employment contract by reason of the employee's death.

The concept of occupational accident has undergone an evolution that should be analyzed in detail, firstly, because of the broadening of the concept with respect to its initial meaning, and, secondly, because of its application to teleworking, which has been greatly strengthened as a result of the Covid 19 pandemic and the enactment of the Teleworking Law (hereinafter, "Ley de Trabajo a Distancia" or "LTD").

**KEY WORDS:** Occupational accident; psychosocial risks; causal nexus; presumption; teleworking.

SUMMARY: I.- INTRODUCTION.- II. CONCEPT.- 1. Legal concept.- 2. Extension of the psychosocial damages concept.- 3. The workplace as the determining factor of the occupational accident.- III. ELEMENTS.- 1. Bodily injury.- 2. Employed as employment status.- 3. Causal nexus.- IV. OCCUPATIONAL ACCIDENT IN REMOTE WORKING.- 1. Approach.- 2. Work address.- 3. Case-law on teleworking.- V. Bibliography.

## I. INTRODUCCIÓN

La actividad laboral, como prácticamente la totalidad de las actividades humanas, implica riesgos. Su estudio y conocimiento, su concepción, así como el establecimiento de los mecanismos de control y defensa frente a ellos, varían según las diferentes sensibilidades culturales, económicas, políticas y sociales.

La toma de conciencia de su existencia e importancia son relativamente recientes, aunque no faltan antecedentes históricos.

Sin perjuicio de algunos precedentes en la antigüedad, Grecia y Roma, podemos afirmar con GOMIS BLANCO, A.<sup>1</sup>, que BERNARDINO RAMAZZINI es el padre de la medicina del trabajo.

En España, CAMPOS FERNÁNDEZ<sup>2</sup> señala que sus orígenes pueden fijarse en el siglo XVIII, estableciendo, como precedente, un edicto promulgado por Carlos III, ordenando la investigación de los accidentes sufridos por los albañiles. En la misma época, lo cifra MONTALVO CORREA<sup>3</sup>, quien recoge una importante evolución durante los siglos XVIII y XIX haciendo una relación de las normas que contemplan o hacen alguna referencia a una cierta prevención de riesgos, o mejor, que permiten apreciar una incipiente toma de conciencia de la existencia de riesgos y de su prevención.

Los antecedentes más próximos en España son, la conocida como Ley Benot de 28 de julio de 1873 -relativa al trabajo de los niños- y la Ley de accidentes de trabajo, de 30 de enero de 1900, conocida como Ley Dato, de rápida tramitación parlamentaria al no haber una fuerte oposición<sup>4</sup>, cuyo artículo 1<sup>5</sup> define el accidente de trabajo, definición

---

<sup>1</sup> GOMIS BLANCO, A., "Bernardino Ramazzini y su entorno: Pensamiento, Ciencia y Medicina en el tránsito del Barroco a la Ilustración", *Medicina y seguridad del trabajo, Med Secur Trab (internet); Suplemento extraordinario*, núm. 2, 2014, pp. 16-25.

<sup>2</sup> CAMPOS FERNÁNDEZ, J., "La prevención de riesgos laborales en la Constitución española". *Revista CEMCI Centro de Estudios Municipales y de cooperación internacional*, núm. 37, enero a marzo 2018. Trabajos de evaluación.

<sup>3</sup> MONTALVO CORREA, J. y DE LA VILLA GIL, L.E. (1975), *Fundamentos de derecho del trabajo*, CIVITAS, Valencia, 1ª edición, 1.975.

<sup>4</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2007). Orígenes y Fundamentos de la Prevención de Riesgos Laborales en España (1873-1907), *Universitat Autònoma de Barcelona*, p. 113.

<sup>5</sup> Artículo 1: "Para los efectos de la presente ley, entiéndese por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión ó por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena; por

que, modificada en la terminología decimonónica<sup>6</sup>, ha llegado hasta nuestros días y que recoge los tres elementos esenciales, a saber: lesión corporal, trabajo por cuenta ajena y nexo causal.

Son muchas las normas que desde aquéllas primeras leyes han venido regulando esta materia como consecuencia de la toma de conciencia de su importancia. Entre ellas, podemos destacar el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940, derogado por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971.

El Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, la de 21 de junio de 1972, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social, el Decreto 2.065/1.974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y posteriores textos refundidos, el Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, derogada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS).

La evolución social, técnica, política experimentada hacen que el concepto legal de accidente de trabajo resulte muy necesitado de un desarrollo y de una interpretación en la que los tribunales de justicia y la doctrina científica han tenido, y tienen, una gran importancia y un alto valor clarificador.

Este artículo pretende analizar las posiciones de la doctrina y de los tribunales de justicia, así como los criterios interpretativos que sirven para determinar cuándo un accidente, es un accidente de trabajo, valorando su aplicación al trabajo a distancia.

## II. CONCEPTO

El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia de la Lengua, define el accidente, como segunda acepción, “*2. m. Suceso eventual o acción de que resulta daño involuntario para las personas o las cosas*”.

Cuando se produce un accidente, el procedimiento de determinación de la contingencia -que supone determinar si el accidente es o no de trabajo- se rige por el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla

---

*patrono, el particular ó compañía, propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste, y por operario, todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena.*”

<sup>6</sup> La definición del art. 156 TRLGSS, es calificada como “*ejemplo de concisión y precisión técnica*”, por SEMPERE NAVARRO, A.V., “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”. *Aranzadi social*, 1999, núm. 5, p. 2.

reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

De las normas mencionadas resulta que el procedimiento administrativo de determinación de la contingencia causante de los procesos de incapacidad temporal se podrá iniciar, a partir de la fecha de emisión del parte de baja médica, de oficio por el Instituto Nacional de Seguridad Social (en adelante, INSS), a instancia del trabajador o su representante legal, o a instancia de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El reconocimiento del derecho corresponde: al INSS, al Instituto Social de la Marina (ISM) o a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social que cubra, en su caso, las contingencias profesionales de la empresa; *“a las empresas autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión del Régimen General, cuando la causa corresponda a las contingencias a las que se refiere su colaboración. Desde 1 de abril de 2019 la colaboración voluntaria únicamente podrá efectuarse sobre las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional (contingencias profesionales)”*<sup>7</sup>.

## 1. Concepto legal

El TRLGSS, recoge el concepto de accidente de trabajo en el régimen general de la Seguridad social, en su artículo 156, en el que lo define como la lesión corporal sufrida *“con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”*.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), por su parte, define en su artículo 4, el riesgo laboral como la posibilidad de que el trabajador sufra un daño derivado del trabajo.

La Directiva 89/91, relativa al marco sobre salud y seguridad en el trabajo, de 12 de junio de 1989, haciéndose eco del convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), acuña el término “entorno de trabajo” y pretende fijar un nivel de seguridad y salud de los trabajadores igual para todos, imponiendo a los Estados miembros la obligación de adoptar medidas preventivas para garantizar una mayor seguridad y salud. En este sentido, establece como elemento fundamental la evitación de riesgos y fija la prioridad en su eliminación en origen.

Los preceptos mencionados nos permiten fijar los elementos necesarios para que estemos en presencia de un accidente de trabajo, a saber: lesión corporal, trabajo por cuenta ajena y nexo causal. Estos tres elementos, como dijimos, serán objeto de estudio posterior.

---

<sup>7</sup>  
social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores  
(Última consulta realizada el 1 de abril de 2023).

<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores>

(Última

El propio artículo 156 TRLGSS, excluye del concepto de accidente de trabajo los daños ocasionados en el lugar de trabajo, cuando estos son debidos a: imprudencia temeraria del trabajador, que tendrá lugar si el trabajador no observa las instrucciones de seguridad recibidas (arts. 19 y 20<sup>8</sup> del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante TRLET); dolo del trabajador accidentado, es decir, cuando el accidente se ha provocado de forma consciente y maliciosa (art. 1.102 del Código civil, en adelante Cc); y, por último, cuando tenga lugar por fuerza mayor extraña al trabajo (art. 1.105 Cc). Por el contrario, no impide la calificación del accidente como de trabajo, la imprudencia profesional ni la “*conurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo*”.

El concepto de accidente de trabajo, a diferencia de la enfermedad profesional, es un concepto amplio, dado que el propio artículo 156 TRLGSS, en su núm. 2, atribuye el carácter de accidente de trabajo al accidente *in itinere*, a los ocurridos durante el desempeño de cargos electivos sindicales, o durante el ejercicio de tareas ejecutadas en cumplimiento de órdenes o en interés de la empresa, a los acaecidos en actos de salvamento, a las enfermedades no calificadas como profesionales cuando se pruebe que tienen como causa exclusiva la ejecución del trabajo, a las enfermedades o defectos agravados por el accidente y a las que tengan su origen en enfermedades intercurrentes.

Como acertadamente señala GÓMEZ, E.<sup>9</sup>, la determinación del concepto permitirá la calificación del suceso como accidente de trabajo y la atribución de las consecuencias correspondientes.

Desde el punto de vista técnico-preventivo, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (en lo sucesivo, INSST), define el accidente de trabajo, como “*un suceso anormal que se presenta de forma brusca e inesperada, normalmente evitable, interrumpe la continuidad del trabajo, puede causar o no lesiones a las personas y genera pérdidas económicas.*”, introduciendo un elemento no tenido en cuenta en el TRLGSS, cual es la evitabilidad.

---

<sup>8</sup> Relativos, el art. 19. Seguridad y salud en el trabajo; el 20, Dirección y control de la actividad laboral.

<sup>9</sup> GÓMEZ, E., “Consecuencia legales de un accidente de trabajo”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2020, núm. 968, 4 1131-0257, “Una vez precisado el concepto, debe señalarse que la asistencia sanitaria -prestación de servicios médicos y farmacéuticos- y la prestación de incapacidad temporal, se configuran como las primeras consecuencias de un accidente ambas independientemente de la concurrencia de culpa o negligencia del empresario. En caso de concurrir impedimento del trabajador para prestar sus servicios, se iniciará la incapacidad temporal -coloquialmente baja médica- consistente en un subsidio que, en caso de accidente, será del 75% de la base del mes anterior a la baja, pudiendo ser mejorado por pacto de empresa o convenio colectivo. Dicha prestación finalizará por alta médica, y transcurso del plazo máximo de 545 días o por declaración de incapacidad permanente”.

## 2. Ampliación del concepto a los daños psicosociales

El concepto mismo de accidente de trabajo ha sido y está siendo objeto de constante revisión. Así, en los principios recogidos en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en 1946, se fijó el concepto de salud como “*el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

El accidente de trabajo en su concepción tradicional sufre actualmente de una doble ampliación derivada: por un lado, de la inclusión en dicho concepto no solo los daños físicos sino también, de los daños psicosociales - de gran importancia en la sociedad actual-; por otro, al incluirse, no solo los acaecidos en el centro de trabajo sino, también, los que se produzcan *in itinere*, en misión o en el lugar de prestación de los servicios - caso de que estos se presten en lugar diferente a un centro de trabajo de la empresa-.

Todo ello se complica si con LAHERA FORTEZA, J, atendemos al modelo de fábrica inteligente<sup>10</sup>, entendida como aquella en la que las máquinas, las instalaciones de fabricación y los sistemas logísticos, organizan la producción de forma prácticamente autónoma con una mínima intervención humana circunscrita, básicamente, a labores de control y supervisión general.

El término fábrica o industria Inteligente es sinónimo de Industria 4.0, que hace referencia a la transformación en la cuarta revolución industrial, que se traduce en nuevas estructuras de producción y obtención de resultados. Supone organizar la producción de forma flexible y eficiente para satisfacer las necesidades de un mercado en constante evolución, mediante la integración de socios, industriales o no, que crean organizaciones caracterizadas por su dinamismo y su capacidad de adaptación al mercado, con estructuras virtuales en numerosas ocasiones.

GOÑI SEIN, J.L.<sup>11</sup> señala la importancia que las tecnologías de información y comunicación tienen para el bienestar de los trabajadores.

Se produce, por tanto, la pervivencia de riesgos, que podemos calificar de tradicionales, junto con los que podemos calificar de emergentes que afectan a la salud física y mental. En este sentido MOLINA NAVARRETE, C, habla de “*sociedades neuróticas del trabajo*”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> LAHERA FORTEZA, J.: “Las transformaciones del lugar de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019, p. 18.

<sup>11</sup> GOÑI SEIN, J.L.: “Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial”, Lección inaugural del curso académico 2019-2020 pronunciado en la Universidad pública de Navarra, 2019, p. 13.

<sup>12</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, número extraordinario 2019, p. 10.

Es decir, el concepto mismo de accidente de trabajo ha variado en los últimos tiempos desde la concepción clásica -que entiende el accidente como el producido por golpes, cortes, caídas o aplastamientos-, hasta la que admite en su concepto los riesgos psicosociales superando con ello el concepto clásico de accidente y dando cabida a los riesgos de carácter psicosocial -estrés, *mobbing*, *burnout*, entre otros muchos-.

Los nuevos sistemas productivos, caracterizados por ser muy tecnológicos, han propiciado, también, el aumento de la tensión psicológica en el trabajo<sup>13</sup>.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 30 de diciembre de 2005, (en adelante, STSJ) en base al artículo 115.1 TRLGSS (156 en la redacción actualmente vigente), entiende por accidente de trabajo no solo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena sino, también, “*las lesiones psicológicas, si se acredita que están las mismas producidas por y/o en el trabajo, aunque su etiología sea más compleja y normalmente lenta*”<sup>14</sup>.

Los riesgos psicosociales pueden definirse como “*Aquellos hechos, acontecimientos, situaciones o estados que son consecuencia de la organización del trabajo y tienen una alta probabilidad de afectar negativamente a la salud del trabajador*” (INSST, 2010). Los más reconocidos son, entre otros, el estrés, la violencia y el acoso en el trabajo<sup>15</sup>.

Uno de los riesgos psicosociales más frecuente es el *burnout*, definido por Herbert Freudenberger, USA, 1974, como “*una sensación de fracaso y una experiencia agotadora que resulta de una sobrecarga por exigencias de energía, recursos personales o fuerza espiritual del trabajador*”, definición recogida por el INSST<sup>16</sup>. En sentido parecido, MASLACH, C.<sup>17</sup>

En términos semejantes, MONROY ANTÓN, después de un serio análisis jurisprudencial, concluye que el *burnout*<sup>18</sup> es un accidente laboral y no una enfermedad común, cuya patología se inicia, se vincula y se agrava con el ejercicio profesional.

---

<sup>13</sup> Así [www.psicocarea.org](http://www.psicocarea.org).

<sup>14</sup> FD Cuarto de la STSJ de Castilla la Mancha de 30 de diciembre de 2005.

<sup>15</sup> Definición recogida en el criterio técnico de la Inspección de Trabajo 104/2021 de 13 de abril.

<sup>16</sup> Véase la NTP 704, redactada por FIDALGO VEGA, M., en la que se recoge la definición de Herbert Freudenberger.

<sup>17</sup> MASLACH, C. “Comprendiendo el burnout”, *C&T Ciencia y Trabajo*, año 11, núm. 32 Abril/Junio 2009, pp. 37-43. “*¿Qué es el burnout? El burnout laboral es un síndrome psicológico que implica una respuesta prolongada a estresores interpersonales crónicos en el trabajo. Las 3 dimensiones claves de esta respuesta son un agotamiento extenuante, sentimiento de cinismo y desapego por el trabajo, y una sensación de ineficacia y falta de logros. Esta definición es una afirmación más amplia del modelo multidimensional que ha sido predominante en el campo del burnout Maslach 1993.*”

<sup>18</sup> MONROY ANTÓN, A.J., “El burnout ¿accidente de trabajo?”, *Revista Jurídica española La Ley*, año 2008, t. 2, D74, pp. 1.669-1.673”.



La Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2017, “*Trabajo más seguro y saludable para todos-Modernización de la legislación y las políticas de la Unión Europea de salud y seguridad en el trabajo*” fijó las orientaciones y principios de la acción protectora de los Estados miembros de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo para los próximos años. La comunicación pone de manifiesto que los riesgos psicosociales en general, y el estrés en particular, se hallan hoy presentes en todos los ámbitos laborales poniendo de manifiesto que “*más de la mitad de los trabajadores de la UE señalan que el estrés es habitual en su lugar de trabajo*”, concluyendo que se deben al estrés aproximadamente la mitad de los días de trabajo perdidos ya que las ausencias por estrés suelen ser largas, lo que supone una reducción del rendimiento y puede suponer, también, un aumento de la siniestralidad laboral.

El consorcio PRIMA-EF, ha realizado una clasificación de los factores de riesgo psicosocial, en los que se incluyen factores de todo tipo, organizacionales, relativos al contenido y características del trabajo, carga y ritmo de trabajo, tiempo de trabajo, participación y control, cultura de la organización, ambiente y equipos, relaciones personales en el trabajo, rol en la organización, desarrollo profesional e interacción vida personal-trabajo<sup>19</sup>.

En materia de riesgos psicosociales, la doctrina pone sobre la pista de que lo que se ha dado en llamar la industria 4.0, caracterizada por la digitalización<sup>20</sup>, la inteligencia emocional, la conectividad a través de una tecnología accesible a cualquier tipo de empresas, sea mediante dispositivos suministrados por el empresario, por los mecanismos de comunicación, por los de control, por la utilización de algoritmos o mediante el tratamiento de datos de los trabajadores<sup>21</sup>, tiene gran influencia en los riesgos psicosociales.

La Estrategia Nacional de Adicciones 2017 a 2024 del Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar Social, nos permite prever, también, la aparición e influencia de las

---

<sup>19</sup> PRIMA-EF, Psychosocial Risk Management-Excellence Framework, es un consorcio liderado por el Institute Work, Health & Organisations (I-WHO) británico, vinculado a la Universidad de Nottingham, en el que participan, además, el departamento de Diálogo Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el área de Salud Laboral de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y los organismos técnicos estatales en materia de seguridad laboral de cinco países (Alemania, Italia, Holanda, Polonia y Finlandia). Su objetivo consiste en proporcionar un marco de actuación para promocionar políticas y prácticas de gestión del riesgo psicosocial en la Unión Europea (UE) en un marco que permita la traducción de la política y el conocimiento a la práctica efectiva en los lugares de trabajo.

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ-COLLADOS, M.B.: “*El papel de la negociación colectiva ante el reto de la industria 4.0*”, en AA.VV. (KAHALE CARRILLO, D.T., Dir.) *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión multidisciplinar*, Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 118).

<sup>21</sup> VILA FOMBUENA, M.: “La privacidad en el teletrabajo. Un análisis en el contexto de pandemia por Covid-19”, en *Temas Laborales*, núm. 157, 2021, p. 210.

adicciones comportamentales entre las que destaca la adicción a las nuevas tecnologías, internet y redes sociales<sup>22</sup>.

Todo ello es posible porque la técnica permite a trabajador y empresario, tener un contacto en tiempo real permitiendo llevar a cabo la tarea con eficacia y con un total control empresarial de su desarrollo<sup>23</sup>.

### 3. El lugar de trabajo como determinante del accidente de trabajo

El concepto de accidente de trabajo se amplía, también, a la vista de la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 156.3 TRLGSS, a favor del carácter laboral del accidente, cuando las lesiones sufridas lo son “*durante el tiempo y en el lugar de trabajo*”, presunción que no impide, sin embargo, considerar como accidente de trabajo el producido *in itinere*, el que se produce en misión (fuera en ambos casos del lugar de trabajo), así como los accidentes sufridos por el trabajador que presta sus servicios a distancia, lo que viene a agrandar el concepto de accidente de trabajo recogido en el artículo 156 TRLGSS, es decir, el elemento objetivo, el trabajo, amplía su ámbito de aplicación en los tres supuestos (*in itinere*, en misión o a distancia). Volveremos sobre el trabajo a distancia.

El Tribunal Supremo (en adelante, TS), extiende la presunción *iuris tantum* del artículo 156.3 del TRLGSS no solo a los accidentes, sino, también a las enfermedades causadas o desencadenadas por el trabajo<sup>24</sup>. En el mismo sentido, la doctrina<sup>25</sup> entiende como accidente la enfermedad cuando se produzca una conexión con la prestación de los servicios, siendo indiferente que el nexo causal tenga una “*significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante*”<sup>26</sup>, siendo calificada de accidente laboral cuando no se rompa la conexión causa efecto entre la actividad laboral y el daño.

En términos parecidos, el TS entiende que la presunción del artículo 156.3 debe interpretarse en sentido amplio siendo necesario acreditar la ruptura de la relación de

---

<sup>22</sup> Véase las adicciones comportamentales de GARCÍA CANO, O.: 27 de septiembre de 2020. ITA, especialistas en salud mental, <https://itasaludmental.com>blog> link> (Última consulta febrero 2023)

<sup>23</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”, *LAN HARREMANAK, Revista de relaciones laborales*, núm. 42, 2019, p. 53.

<sup>24</sup> Así, la STS núm. 325/2018, de 20 de marzo, rcud. 2.942/2016.

<sup>25</sup> DURÁN BERNARDINO, M.: “El desprendimiento de retina como «accidente laboral» (operatividad de la presunción legal relativa al tiempo y lugar de trabajo). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 661/2018 de 21 de junio”. *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, 440 pp. 196 a 203.

<sup>26</sup> Véase STS 661/2018 de 21 de junio, rec. 3.144/2016.

causalidad para que se aplique la presunción *iuris tantum*<sup>27</sup>, es decir, ante la dificultad para precisar si concurre o no el nexo causal "...cuando la lesión no se origina directamente por el trabajo desarrollado", es cuando entra en juego la presunción del núm. 3 del artículo 156.

### III. ELEMENTOS

Los elementos del accidente de trabajo son, como dijimos, tres: lesión corporal, trabajo por cuenta ajena y nexo causal, los cuales deben coincidir para que el accidente sea calificado como de trabajo.

#### 1. Lesión corporal

El concepto de lesión corporal es un concepto amplio en el que tienen cabida, tanto los daños físicos de todo orden (heridas, fracturas, fisuras, torceduras, luxaciones), como de carácter psíquico o psicosomático (trastornos somatomorfos, hipocondría, migrañas, anorexia, agravados por el estrés, la ansiedad).

#### 2. Trabajo por cuenta ajena

El segundo elemento necesario es el trabajo por cuenta ajena. Para que el accidente sea calificado como accidente de trabajo, deberá tener lugar con ocasión del trabajo realizado en el ámbito de una relación laboral, para lo que deberán concurrir los elementos que, según el artículo 1.1 TRLET, determinan el carácter laboral de la relación, es decir, voluntariedad, dependencia, retribución por cuenta ajena y organización y dirección ajenas.

#### 3. Nexo causal

El tercer elemento es el nexo causal, la relación causa efecto entre el trabajo y la lesión.

El nexo causal es, sin duda, el elemento que mayores dificultades produce y es el que provoca la necesidad de llevar a cabo la investigación del accidente.

Esa relación de causalidad puede ser: directa, cuando se produce por consecuencia del propio trabajo realizado; o, indirecta, cuando se produce por hechos que de algún modo están relacionados con la actividad laboral pero no son propiamente la prestación de los servicios objeto del contrato.

---

<sup>27</sup> Así en jurisprudencia previa a la unificación de doctrina, SSTs 9 de mayo de 2006, rcud. 2.932/2004; 15 de junio de 2010, rcud. 2.101/2009; y 6 de julio de 2015, rcud. 2.990/2013.

Cuando el accidente de trabajo se produce en el propio centro de trabajo y en el desarrollo normal de la actividad del trabajador, la calificación del accidente como accidente de trabajo no ofrece ninguna duda.

Sin embargo, en ocasiones las circunstancias en las que tiene lugar el accidente son diferentes.

Se ha planteado con frecuencia la calificación de los accidentes producidos fuera del lugar de trabajo, sin que los criterios del TRLGSS fijados para el accidente *in itinere* - único ocurrido fuera del centro de trabajo legalmente contemplado-, sean excesivamente útiles.

La jurisprudencia señala que, el accidente se calificará como de trabajo cuando la patología tenga alguna conexión con la ejecución del trabajo, siendo suficiente un cierto grado de concurrencia causal con el evento, concurrencia siempre imprescindible, pero que no exige que la prestación laboral sea la causa mayor o más próxima, bastando que sea menor o remota o incluso coadyuvante<sup>28</sup>.

La jurisprudencia ha desarrollado la relación de causalidad atendiendo a las palabras utilizadas por el propio artículo 156.1 cuando, al definir el accidente de trabajo, dice que se entiende como tal el sufrido “*con ocasión*” o “*por consecuencia*” del trabajo por cuenta ajena.

En base a ello la jurisprudencia<sup>29</sup> distingue entre una causalidad directa cuando el accidente se produce “*por consecuencia*” del trabajo y una causalidad indirecta, menos estricta -concebida como una *conditio sine qua non*-, cuando se produce “*con ocasión*”, del trabajo, acogiendo lo dispuesto en el artículo 156.1 TRLGSS. Este criterio jurisprudencial ha sido seguido de modo pacífico desde antiguo<sup>30</sup>.

La interpretación de la relación de causalidad lleva al Tribunal Supremo a afirmar que, en ocasiones, el trabajo será la causa única y directa del accidente pero que, en otras, además de nexo causal, que no puede faltar, podrán concurrir otras circunstancias distintas entre el trabajo y el accidente.

La interpretación se basa, por tanto, en lo que se ha dado en llamar teoría de la ocasionalidad relevante, recogida por el TS en numerosas sentencias, entre otras, la de 9 de febrero de 2023, rec. 2.617/2019 (relativa a una trabajadora que sufre una caída cuando se dirigía de su centro de trabajo a un bar a merendar)<sup>31</sup>, que la caracteriza por

---

<sup>28</sup> Así la STS 363/2016, de 26 de abril.

<sup>29</sup> Véase la STS de 13 de diciembre de 2018.

<sup>30</sup> Véanse las SSTS, de 18 de abril de 1914; 28 de abril de 1926 y 5 de diciembre de 1931, entre otras.

<sup>31</sup> En el mismo sentido, las SSTS de 13 de octubre de 2020, rcud. 2648/2018, la de 20 de abril de 2021, rcud. 4466/2018; de 13 de octubre de 2021, rcud. 5042/2018.

dos circunstancias, positiva una y negativa la otra. Negativa, en cuanto los factores que intervienen en el accidente no son intrínsecos al trabajo y positiva, en cuanto que el trabajo o sus actividades propias han sido condición necesaria en la exposición a los factores lesivos.

En definitiva, la ocasionalidad relevante, viene a decir que la expresión “*por consecuencia*” se refiere a la verdadera causa que produjo el accidente, mientras que la expresión “*con ocasión*” hace referencia a una simple *conditio sine qua non*, sin la cual no se hubiera producido el accidente, más que una causa en sentido estricto.

La idea fundamental es que el hecho de que el lugar en donde se produce el siniestro no sea propiamente el lugar donde el trabajador desarrolla su actividad laboral, no altera la vinculación del siniestro con dicha actividad en tanto en cuanto, la salida del centro de trabajo debe entenderse como una cuestión normal en el desarrollo de la vida profesional que, si no se hubieran estado prestando sus servicios, evidentemente, no se hubiera producido<sup>32</sup>.

Además, el Tribunal Supremo en numerosas sentencias señala que la ocasionalidad relevante exige como factor esencial la ajenidad en la producción del suceso dañoso, es decir, que se produzca por circunstancias que tengan conexión con la actividad laboral, negando, en caso contrario, el carácter laboral del accidente. Así, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, la de 6 de marzo de 2007; 8 de octubre de 2009, rec. 1871/2008; 16 de septiembre de 2013, rec. 2965/2012; 11 de febrero de 2014, rec. 42/2013, niegan la consideración de accidente de trabajo a infartos, hemorragias, etc. sufridos en hoteles por los trabajadores en misión, excluyendo, también, aquellos supuestos en los que el daño se produce por decisiones privadas o particulares del propio trabajador, como la sentencia de 10 de febrero de 1983 relativa al ahogamiento de un trabajador en una playa de Nigeria. En el mismo sentido, la reciente sentencia de 18 de abril de 2023, rcud. 3119/2020, niega el carácter de accidente de trabajo al sufrido en la ducha por una trabajadora en misión, al no haber indicios que permitan aplicar la teoría de la ocasionalidad relevante.

#### **IV. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TRABAJO A DISTANCIA**

##### **1. Planteamiento**

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de julio de 2002, establece que el empresario es responsable de la salud y la seguridad profesional del trabajador a

---

<sup>32</sup> Véase el artículo de OLIET PALÁ, F.: “Ampliación de la calificación de accidente de trabajo a una caída durante el descanso para el café por aplicación de la teoría de la «ocasionalidad relevante» (a vueltas con el viejo criterio de «con ocasión)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, revista mensual 440/noviembre de 2019, pp. 188-195.

distancia de acuerdo con la Directiva 89/391/CEE, la legislación nacional y los convenios colectivos aplicables<sup>33</sup>.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (hoy derogado), hablaba en su apartado III de la “*virtualización de las relaciones laborales*”, como elemento que deslocaliza y desvincula al trabajador de un lugar y un tiempo concretos. La prevención de riesgos se torna más compleja dada la dificultad empresarial de controlar el lugar de prestación de servicios; control que no podrá ejercerse de modo directo e inmediato. La prevención de riesgos, cuando el trabajador no presta sus servicios de modo presencial, exigirá la creación de normas especiales, lo que, parece, llevará consigo modificaciones en la LPRL.

En la doctrina, FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.<sup>34</sup>, ponen de manifiesto que el ordenamiento jurídico debe tomar en consideración los avances derivados de la robótica, nanotecnología, biotecnología e inteligencia artificial como base de la transformación en marcha. La tecnología permite que la prestación laboral pueda llevarse a cabo con un mínimo coste y sin necesidad de que el trabajador y empresario coincidan en el espacio y en el tiempo<sup>35</sup>.

En sentido parecido MERCADER UGINA<sup>36</sup>, señala que el concepto puesto de trabajo tradicional ha sufrido una disrupción hacia un *locus* virtual cuyo máximo exponente es el teletrabajo.

Con SALA FRANCO<sup>37</sup>, podemos catalogar el teletrabajo como un “*trabajo de especial peligrosidad*”, razón por la que se limita a un cincuenta por ciento de su jornada a los menores de dieciocho años. Así resulta de la exposición de motivos del Real Decreto-ley, apartado IV, al referirse a “*...la vulnerabilidad, las necesidades de formación y descanso y la especial susceptibilidad a los riesgos vinculados con esta forma específica de organización (fatiga física y mental, aislamiento, problemas de seguridad y de acoso en*

---

<sup>33</sup> Desarrollan lo dispuesto en el art. 7 del convenio OIT, C177 - Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177), “*La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio.*”

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Seminario internacional sobre nuevos lugares distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

<sup>35</sup> Véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Régimen jurídico del teletrabajo: aspectos sustantivos y procesales.”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 54, 2021, p. 160.

<sup>36</sup> MERCADER UGINA, J.R.: “Disrupción tecnológica, robótica y nuevas formas de trabajo”, *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 2, 2017, pp. 83 y ss.

<sup>37</sup> SALA FRANCO, T.: El Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia, en AAVV (SALA FRANCO, T., Dir.) *El teletrabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2021, pp. 194 y 195.

el trabajo)...” y, añade este autor, que el Real Decreto-ley de trabajo a distancia no recoge una plena equiparación con los trabajadores que desarrollan su trabajo en el centro de trabajo habida cuenta de que, como dice el actual artículo 16.1 de la vigente LTD, se ha de poner “*especial atención en los factores psicosociales ergonómicos organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo*”.

No faltan quienes señalan que la digitalización produce precariedad, desprotección y deterioro de los derechos de los trabajadores<sup>38</sup>. Sin embargo, no parece que la digitalización en sí misma tenga por qué producir ningún perjuicio. Lo que será perjudicial, en su caso, será una inadecuada introducción de las nuevas tecnologías en la empresa. En el mismo sentido, TRUJILLO PONS, al hablar de la precariedad en el trabajo a distancia, pone de manifiesto que aquélla no depende obviamente del carácter a distancia, o no, de la prestación de los servicios, sino del cumplimiento, o no, de las obligaciones empresariales<sup>39</sup>.

La obligación que la LPRL impone al empresario es una obligación que podemos calificar como principal dinámica abierta e intransferible para la empresa<sup>40</sup>.

La doctrina<sup>41</sup> pone de manifiesto la ausencia de una ordenación propia, adaptada a las diferentes situaciones que pueda presentar el accidente de trabajo, cuando los servicios se prestan a distancia, lo que significa, en definitiva, que la ley deja demasiadas cuestiones a la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

## 2. Domicilio de trabajo

MORENO ROMERO señala que son tres los elementos que suelen distinguirse en el trabajo a distancia, el locativo, el instrumental, y el organizativo<sup>42</sup>.

El instrumental permitirá diferenciar el trabajo a distancia del teletrabajo (en función, ex artículo 2, b) de la LTD, de que se utilicen “... *medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*”).

---

<sup>38</sup> En este sentido, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “Los riesgos vinculados a la digitalización de las empresas y su prevención”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y VILA TIerno, F., (Dir.): *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Laborum, 2020 p. 284.

<sup>39</sup> TRUJILLO PONS, E.: “*Desconexión digital*”, Tirant Lo Blanc, 2020, p. 61.

<sup>40</sup> Véase, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Derecho a la protección frente a los riesgos laborales”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.): *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, en la Ley 2008, pp. 284 y ss.

<sup>41</sup> MORENO ROMERO, F.: “Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo”, en VVAA PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y TRIBAULT ARANDA, X., Dir., “*El trabajo a distancia*”, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2021, p. 475.

<sup>42</sup> MORENO ROMERO, F.: Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo, en VVAA, “*El trabajo a distancia*”, op. cit, pp. 483 a 485.

El organizativo, hace referencia a la forma de desarrollar el trabajo, distinguiendo la autora citada entre el trabajo desarrollado *on line* u *off line* (según la conexión sea continua o en momentos determinados), o el desarrollo *one way line* o *two way line* (según la conexión sea solo con el ordenador de la empresa o con distintos ordenadores).

En nuestro análisis nos vamos a circunscribir al locativo, entendido como el que hace referencia al lugar físico en el que se va a desarrollar la actividad laboral.

Actualmente ha cambiado la relación espacio tiempo, o en palabras de GOERLICH PESET, “*Han desaparecido las coordenadas tradicionales de la estructura empresarial, un lugar y un tiempo comunes de trabajo*”<sup>43</sup>, lugar y tiempo comunes en los que se basaba tradicionalmente el trabajo subordinado. Todo ello supone la necesidad de llevar a cabo algunos ajustes.

La LTD establece que quienes trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de acuerdo con la legislación de prevención de riesgos.

La LPRL desarrolla el artículo 4.2 d) TRLET, siendo de especial importancia en nuestro análisis, sus artículos 14 y siguientes, que establecen sus dos principales vías de actuación, a saber, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (normativa aplicable al trabajo a distancia en base a la LTD).

Sin embargo, las características del trabajo a distancia y, más concretamente del teletrabajo, plantean algunas dudas en materia de accidentes de trabajo.

Las dudas van, desde la evaluación de riesgos hasta la determinación del propio lugar de trabajo dado que, al decir el artículo 2 LTD, “*se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta*”, será necesaria la determinación de la zona habilitada dentro del domicilio.

En materia de evaluación de riesgos, la LTD señala en su artículo 16.1, párrafo 2º, “*La evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia.*”

Este artículo establece que la información sobre los riesgos se obtendrá del propio trabajador a través de un método fiable. Si fuera necesaria la visita al lugar de trabajo de quien tenga competencia en materia de prevención, éste deberá redactar un informe escrito que se entregará al trabajador y a los delegados de prevención. La visita exigirá, en todo caso, el permiso de quien trabaja a distancia y, en caso de no prestarlo, la

---

<sup>43</sup> GOERLICH PESET, J.M.: “La prevención de riesgos laborales ante la digitalización y la robotización”, en MONREAL, THIBAUT y JURADO (Coords.) *Derecho del Trabajo y nuevas Tecnologías*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, p. 663.



evaluación se hará con la información suministrada por el trabajador según las instrucciones del servicio de prevención.

La solución legal de hacer la evaluación con la información suministrada por el propio trabajador si la visita no se realiza, en opinión de THIBAUT ARANDA<sup>44</sup> supone “...una elección ciertamente pragmática pero también discutible, porque en último término supone dejar la evaluación en manos de quién probablemente carece de conocimientos técnicos suficientes”.

Por otro lado, la LTD no recoge lo dispuesto en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, que prevé, a diferencia de la legislación nacional, que quien trabaja a distancia pueda solicitar una visita de inspección.

Por último, la LPRL exige al empresario la realización de una evaluación inicial, que posteriormente deberá ser actualizada, especialmente ante cualquier cambio que se produzca en el lugar material de prestación de servicios por el trabajador.

En cuanto al lugar de trabajo y a la zona habilitada, a efectos de los accidentes de trabajo, no han faltado pronunciamientos judiciales que entienden como lugar de trabajo el puesto concreto que físicamente se ocupa, circunscribiéndolo a la mesa, la silla y el ordenador<sup>45</sup>. Sin embargo, el TSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, sentencia 980/2022 de 11 de noviembre de 2022, rec. 526/2022<sup>46</sup>, reprocha al Juzgador del juzgado de lo social 4 de Madrid (cuya sentencia es objeto de recurso), que entienda por lugar de trabajo una mesa, una silla y un ordenador en el domicilio particular del trabajador, y considere que todo lo que sea separarse de esos elementos despoja de laboralidad al hecho acaecido.

Todavía no hay criterios jurisprudenciales fiables, pero parece obvio que, del mismo modo que la expresión lugar de trabajo se refiere a la empresa en su totalidad y no al propio despacho o puesto de trabajo, en el trabajo a distancia se extenderá, también, a las demás dependencias del domicilio tales como, la cocina, el cuarto de baño, la terraza etc.<sup>47</sup>

En definitiva, el lugar de trabajo no es un compartimento estanco y aislado de todo lo que le rodea, de los demás elementos que conforman la totalidad del domicilio desde el que se prestan los servicios.

---

<sup>44</sup> THIBAUT ARANDA, X.: “Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, núm. 12, Sección Estudios, Wolters Kluwer, La Ley, 13555/2020, p. 17.

<sup>45</sup> Así, la sentencia de 15 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Madrid, en sus autos núm. 529/2021.

<sup>46</sup> Sentencia que resuelve el recurso de suplicación contra la sentencia de 15 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Madrid, en sus autos núm. 529/2021

<sup>47</sup> Véase MORENO ROMERO, F.: “Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo” en VVAA, “*El trabajo a distancia*”, *op. cit.*, p. 495.

Al decir del artículo 156.3, que presume el carácter laboral del accidente cuando acontece “*durante el tiempo y lugar de trabajo*”, el término lugar se identifica con el domicilio completo y no solo sobre la zona habilitada para prestar los servicios. Es decir, el domicilio es un ámbito geográfico mayor que el estricto espacio habilitado. Extender la presunción al resto del domicilio, supone una protección más objetiva y amplia como ocurre, por ejemplo, en la noción de accidente *in itinere*, entre otros<sup>48</sup>.

Si los daños ocurridos en el espacio geográfico -ya sea la zona habilitada o el resto del domicilio-, se han producido dentro del horario de trabajo (de obligada fijación en el acuerdo mismo de trabajo a distancia), bastará comprobar los registros de jornada correspondientes. Por ello corresponderá a la demandada -empresa o mutua-, probar la ruptura del nexo causal acreditando que la lesión o la enfermedad no se produjeron por el trabajo a distancia. Así la sentencia del TSJ del País Vasco, de 15 de septiembre de 2020, rec. 809/2020, que se apoya en numerosas sentencias del TS, entre otras, la de 20 de octubre de 2009, rcud. 1810/2008, o la de 27 de septiembre de 2007, rcud. 853/2006, determinan que lo que se valora es el trabajo como factor desencadenante de la crisis, lo que se beneficia de la presunción legal del artículo 156.3 TRLGSS, sin que se excluya porque la enfermedad se padecía ya antes, dado que, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

Por todo ello, parece claro que la protección del accidente de trabajo se refiere a cualquier suceso doméstico ocurrido en el tiempo y lugar de trabajo que sea razonable o coherente con el trabajo desarrollado.

La determinación del lugar de prestación de los servicios puede dificultarse, también, cuando éstos se desarrollan, no en el propio domicilio del trabajador sino en otros posibles lugares, tales como una segunda residencia, el domicilio paterno, el emplazamiento proporcionado por un cliente, etc.<sup>49</sup>.

Todo ello tiene cabida ya que la LTD al fijar el contenido del acuerdo de trabajo a distancia, recoge en el artículo 7 (con una redacción mejorable), “f) *Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia.*”, permitiendo que el trabajo pueda desarrollarse en cualquiera de aquellos lugares.

Cuando el trabajo a distancia se desarrolla en un lugar diferente del domicilio, como pueden ser los llamados *coworking* u oficinas de espacio compartido, en el que se coincide con trabajadores de otras empresas, con autónomos etc., tendrá especial

---

<sup>48</sup> Así GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “*La nueva regulación del trabajo a distancia*”, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2021, p. 98.

<sup>49</sup> Véase BENITO BUTRÓN OCHOA, J.C. y BENITO BUTRÓN GONZÁLEZ, A.: “*Teletrabajo (trabajo a distancia) y Seguridad Social: tras el Real Decreto Ley 28/2020 surgen incertidumbres*”, en VVAA, RODRÍGUEZ AYUSO, J.F. y ATIENZA MACIAS, E. Dirs: *El nuevo marco legal del teletrabajo en España*, Madrid, La ley-Bosch, 2021, p. 125.

importancia, a efectos del artículo 24 de la LPRL, la cooperación e información de todos los presentes en la investigación del accidente<sup>50</sup>.

### 3. Resoluciones judiciales en materia de teletrabajo

El tiempo transcurrido desde la publicación de la LTD, el 10 de julio de 2021, hace que los pronunciamientos judiciales al respecto hayan sido pocos. Además, la mayor parte de las resoluciones recaídas en materia de trabajo a distancia son anteriores a la LTD.

Comenzaremos por la sentencia dictada por el Juzgado de lo social, núm. 3 de Gerona, de 12 de noviembre de 2020, procedimiento núm. 524/2020, relativa a un trabajador que padece un ictus durante la jornada laboral, llevada a cabo en su domicilio.

La sentencia, dictada antes de la entrada en vigor de la ley vigente, califica como accidente laboral el ictus sufrido por el trabajador que, durante el confinamiento, prestaba sus servicios a distancia.

La mutua que cubre las contingencias profesionales considera que el ictus o infarto cerebral, es una enfermedad común y niega la prestación correspondiente al accidente de trabajo.

El juzgado lo califica de accidente de trabajo acudiendo para ello a dos factores, presentes en las actuaciones: el primero, un cierto aumento de la carga de trabajo; el segundo y decisivo, la presunción del carácter laboral de lo acaecido durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

La consecuencia de la calificación de que la incapacidad temporal se deriva de un accidente de trabajo supone la condena a la mutua demandada a satisfacer la prestación pertinente durante el periodo de incapacidad temporal.

La STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2022, en la que la demandada alega que el accidente no se produjo con ocasión del trabajo: por un lado, porque el actor no estaba desarrollando sus tareas profesionales y, por otro, porque al accidentarse en la cocina de su domicilio y no en el espacio habilitado para la prestación de sus servicios, se entiende que no hay presunción de laboralidad y, por tanto, que se produjo la interrupción del nexo causal.

La actora se opone a la consideración del accidente como un accidente doméstico por el hecho de haberse producido en su domicilio.

Dado que el accidente se produjo en el horario y lugar de trabajo se aplica la presunción de laboralidad, apoyándose en que el TRLGSS no distingue según el

---

<sup>50</sup> Así POQUET CATALÁ, R.: *“El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico”*, Pamplona, (Aranzadi), 2021, p. 223.

accidente se haya producido en un centro de trabajo de la empresa, en centros itinerantes o en el domicilio del trabajador.

Sufrió la lesión cuando prestaba sus servicios para su empresario por lo que la relación causa efecto no admite duda.

Se apoya la STSJ en la jurisprudencia del TS aludiendo a las sentencias de 20 de abril de 2021, rec. 4466/2018, que a su vez se refiere a otras anteriores, como la de 13 de octubre de 2020, rec. 2648/2019, relativas a los daños sufridos durante una pausa de descanso en la que el trabajador sale del centro de trabajo y se accidenta. La sentencia concluye que hay una relación causa efecto, entre la situación de pausa por descanso diario cuando se produce la caída en el tiempo y lugar de trabajo, por lo que el daño se produjo con ocasión del trabajo, *condictio sine qua non* para la calificación del accidente como de trabajo. Señala que la interrupción, producida para reponer fuerzas, no puede disfrutarse al principio o al final de la jornada ya que, en tal caso, no sería un descanso sino una reducción de aquella, todo lo cual supone que en el caso enjuiciado se mantiene el nexo de causalidad.

El lugar de trabajo -como quedó dicho-, no supone una mesa una silla y un ordenador por lo que alejarse de ellos no supone inexistencia de laboralidad. El accidente producido en el horario de trabajo, en el domicilio particular, cuando el trabajador está yendo a beber agua durante la jornada, es algo plenamente normal y se produjo, incluso, dentro del recinto físico de prestación de los servicios sin que quepa alegar que separarse de la silla, mesa y ordenador es dejar el puesto de trabajo. En este sentido dice la sentencia *“su sitio de trabajo no es un compartimento estanco y aislado de todo lo que le rodea como se nos quiere hacer ver”*.

La SJS, núm. 1 de Cáceres, de 26 de octubre de 2022 -posterior a la entrada en vigor de la LTD- califica de accidente de trabajo el sufrido por una trabajadora, en régimen de teletrabajo, que sufre una caída en su casa al volver del cuarto de baño a la zona habilitada.

El juzgador señala que la exigencia del nexo causal entre el trabajo y el daño sufrido, queda debilitado por la expresión *“con ocasión o por consecuencia del trabajo”* dado que, la expresión *“con ocasión”* da al accidente de trabajo una notable fuerza expansiva, y la expresión *“por consecuencia”* supone la presunción del nexo causal cuando el accidente se produce en el tiempo y lugar de trabajo, a lo que viene a unirse, ex artículo 156.2, la presunción de laboralidad si el accidente se produce *“durante el tiempo y en el lugar de trabajo”*.

El hecho de que la trabajadora no se encontrara materialmente en su *“lugar de trabajo”* carece de relevancia salvo en el caso de que se pudiera apreciar la interrupción

del nexo causal. Pone el juzgador un ejemplo de tal interrupción en el caso de que la lesión hubiera producido cortando con un cuchillo.

La sentencia añade una argumentación bastante clara al decir *“Nadie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una fábrica, oficina o tienda”*.

Admitir una postura contraria sería tanto como hacer de peor condición a la persona que trabaja a distancia, lo cual es contrario, además, a la LTD, en cuyo artículo 4 consagra la igualdad de trato.

La SJS núm. 9 (refuerzo) de Sevilla, de 20 de diciembre de 2022, relativa a la caída del trabajador por las escaleras de su casa.

Centrada la discusión jurídica en la ruptura o no del nexo causal, se afirma en la sentencia que se produce la concurrencia de los tres elementos: lesión corporal; sufrida con ocasión o a consecuencia del trabajo por cuenta ajena; y el nexo causal entre ambas.

Los daños *“ocurrieron en el tiempo y lugar de trabajo” “no ha habido ruptura del nexo causal trabajo-lesión”*.

Por último, la STSJ de Madrid, de 3 de febrero de 2023, rec. 812/2022, relativa al fallecimiento de un teletrabajador, rechaza atribuir el carácter de accidente de trabajo al fallecimiento acaecido en el cuarto de baño de su domicilio, antes de iniciarse la jornada laboral y antes, por tanto, de haber fichado o haberse conectado telemáticamente con la empresa, entendiéndose, por tanto, que no llegó a iniciar su jornada laboral.

La presunción legal del art. 156.3 TRLGSS tiene lugar cuando se dan dos circunstancias, que las lesiones se produzcan durante el tiempo y en el lugar de trabajo. En consecuencia, la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y tiempo de trabajo le incumbe al demandante y, acreditado, quien se oponga a la aplicación de la presunción será el que tendrá que demostrar la ruptura del nexo causal, es decir, la falta de conexión entre el daño y el trabajo.

La sentencia valora el hecho de que el infarto de miocardio causante de la muerte tuviera lugar en el cuarto de baño del domicilio del trabajador, es una circunstancia que, en sí misma, no excluye la laboralidad en cuanto que teletrabajaba en ese domicilio.

Sin embargo, no puede considerarse que el infarto le sobreviniera en el tiempo de trabajo. La sentencia dispone que, al no haber ocurrido durante el tiempo de trabajo, por muy amplio que el TS haya entendido este concepto en los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales a que alude<sup>51</sup>, en el caso juzgado no puede entenderse que se haya

---

<sup>51</sup> Así las SSTTS de 23 de noviembre de 1999, rec. 2930/1998; 11 de julio de 2000, rec. 3303/1999; 20 de octubre de 2009, rec. 1810/2008; 14 de marzo de 2012, rec. 4360/2010; 4 octubre de 2012, rec. 3402/201; 18 de diciembre de 2013, rec. 726/2013; 8 de marzo de 2016, rec.

producido en el tiempo de trabajo dado que “*el encendido del ordenador a través del cual realizaba su actividad diaria se configuraba como elemento clave a efectos de inicio de su jornada*”, y este encendido no se había producido al tiempo de sobrevenirle el infarto.

Tiempo y lugar de trabajo son, por tanto, los que determinan el carácter laboral, o no, del accidente.

El tiempo transcurrido desde el 11 de julio de 2021, fecha de entrada en vigor de la LTD, determina que el número de sentencias que resuelven procedimientos relacionados con el accidente de trabajo, cuando los servicios se prestan a distancia, sea pequeño, pero es de suponer que pronto los criterios doctrinales y jurisprudenciales desarrollen y clarifiquen la calificación del accidente, siempre presidida por la circunstancia de que se haya producido en el tiempo y lugar de trabajo.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “*Los riesgos vinculados a la digitalización de las empresas y su prevención*”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y VILA TIERNO, F., (Dirs.): *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*; Laborum, 2020.

BENITO BUTRÓN OCHOA, J.C. y BENITO BUTRÓN GONZÁLEZ, A.: “Teletrabajo (trabajo a distancia) y Seguridad Social: tras el Real Decreto Ley 28/2020 surgen incertidumbres”, en VVAA, (RODRÍGUEZ AYUSO, J.F. y ATIENZA MACIAS, E. Dirs): El nuevo marco legal del teletrabajo en España, Madrid (La ley-Bosch), 2021.

CAMPOS FERNÁNDEZ, J., “La prevención de riesgos laborales en la Constitución española”. *Revista CEMCI Centro de Estudios Municipales y de cooperación internacional*, núm. 37, enero a marzo 2018. Trabajos de evaluación.

DURÁN BERNARDINO, M.: “El desprendimiento de retina como «accidente laboral» (operatividad de la presunción legal relativa al tiempo y lugar de trabajo). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 661/2018 de 21 de junio”. *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, 440.

FERNÁNDEZ-COLLADOS, M.B.: “El papel de la negociación colectiva ante el reto de la industria 4.0”, en AA.VV. (KAHALE CARRILLO, D.T., Dir.) *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión multidisciplinar*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *Seminario internacional sobre nuevos lugares distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

GARCÍA CANO, O.: 27 de septiembre de 2020. ITA, especialistas en salud mental, <https://itasaludmental.com>blog> link>

---

644/2015; 26 de abril de 2016, rec. 2108/2014; y 20 de marzo de 2018, rec. 2042/2016, entre otras.

GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2007). *Orígenes y Fundamentos de la Prevención de Riesgos Laborales en España (1873-1907)*, Universitat Autònoma de Barcelona.

GOERLICH PESET, J.M.: “La prevención de riesgos laborales ante la digitalización y la robotización”, en MONREAL, THIBAUT y JURADO (Coords.) *Derecho del Trabajo y nuevas Tecnologías*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, 663.

GÓMEZ, E., “Consecuencia legales de un accidente de trabajo”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2020, núm. 968, 4 1131-0257.

GOMIS BLANCO, A., “Bernardino Ramazzini y su entorno: Pensamiento, Ciencia y Medicina en el tránsito del Barroco a la Ilustración”, *Medicina y seguridad del trabajo*, Med Segur Trab (internet); Suplemento extraordinario, núm. 2.

GOÑI SEIN, J.L., “Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial”. Lección inaugural del curso académico 2019-2020 pronunciado en la Universidad pública de Navarra.

LAHERA FORTEZA, J.: “Las transformaciones del lugar de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019.

MASLACH, C. “Comprendiendo el burnout”, *C&T Ciencia y Trabajo*, año 11, núm. 32-Abril/Junio 2009.

MERCADER UGINA, J.R.: “Disrupción tecnológica, robótica y nuevas formas de trabajo”, *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 2, 2017.

MOLINA NAVARRETE, C.: “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, número extraordinario 2019.

MONROY ANTÓN, A.J., “El burnout ¿accidente de trabajo?”, *Revista Jurídica española La Ley*, año 2008, tomo 2, D74.

MONTALVO CORREA, J. y DE LA VILLA GIL, L.E. (1975), *Fundamentos de derecho del trabajo*, CIVITAS, 1ª edición 1975.

MORENO ROMERO, F.: “Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo”, en VVAA PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y TRIBAUT ARANDA, X., Dir., “El trabajo ...”, *op cit*.

OLIET PALÁ, F.: “Ampliación de la calificación de accidente de trabajo a una caída durante el descanso para el café por aplicación de la teoría de la «ocasionalidad relevante» (a vueltas con el viejo criterio de «con ocasión»)", *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, revista mensual 440/noviembre de 2019.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Derecho a la protección frente a los riesgos laborales”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.): *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, en *La Ley*, 2008.

POQUET CATALÁ, R.: “El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico”, Pamplona, Aranzadi, 2021.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Régimen jurídico del teletrabajo: aspectos sustantivos y procesales.”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 54, 2021.

SALA FRANCO, T.: *El Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia*, en AAVV (SALA FRANCO, T., Dir.) *El teletrabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2021.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”. *Aranzadi social*, 1999, núm. 5.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”, *Lan Harremanak, Revista de relaciones laborales*, núm. 42, 2019.

TRUJILLO PONS, E.: “*Desconexión digital*”, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020.

VILA FOMBUENA, M.: “La privacidad en el teletrabajo. Un análisis en el contexto de pandemia por Covid-19”, en *Temas Laborales*, núm. 157, 2021.



# UNIÓN EUROPEA

## ACTUALIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Junio-Septiembre 2023

Por

DANIEL PÉREZ DEL PRADO  
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid  
Orcid: [0000-0002-9388-1569](https://orcid.org/0000-0002-9388-1569)

[daniel.perez.delprado@uc3m.es](mailto:daniel.perez.delprado@uc3m.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

**RESUMEN:** El objetivo de la presente sección es analizar las principales novedades acaecidas en el ámbito social en la Unión Europea. Esto incluye no solamente el Derecho Social de la Unión en sentido estricto, como *hart law*, sino también otros hitos relevantes de tipo *soft law*, dada la relevancia que esta otra técnica regulatoria tiene en la Unión y especialmente en el ámbito social. Desde un punto de vista cronológico, nos detendremos en el trimestre inmediatamente anterior al número en curso. Así las cosas, el presente abarca el período entre junio y septiembre de 2023.

**PALABRAS CLAVE:** UE; Derecho Social; novedades.

**SUMARIO:** I. REGULACIONES DE DERECHO DURO.- II. REGULACIONES DE DERECHO BLANDO.- III. SENTENCIAS DEL TJUE.

## SOCIAL ACTUALITY OF THE EUROPEAN UNION

June-September 2023

**ABSTRACT:** The aim of this section is to analyze the main developments in the social field in the European Union. This includes not only the Social Law of the Union in the strict sense, as *hart law*, but also other relevant milestones of the *soft law* type, given the relevance that this other regulatory technique has in the Union and especially in the social field. From a chronological point of view, we will focus on the quarter immediately preceding the current issue. Thus, this issue covers the period between June and September 2023.

**KEYWORDS:** EU; Social Law; new developments.

**SUMMARY:** I. HARD LAW REGULATIONS.- II. SOFT LAW REGULATIONS.- III. JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE.

## I. REGULACIONES DE DERECHO DURO

Comenzando por las regulaciones de “Derecho duro”, el período está claramente marcado por la ratificación del llamado “Convenio de Estambul”, formalmente ·Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica·. Suscrito en Estambul el 11 de mayo de 2011, establece con carácter internacional normas para la prevención de la violencia contra la mujer y la protección de sus víctimas a través de un abanico de medidas jurídicas y políticas no sólo centradas en el castigo a los agresores, sino también en la prevención y la protección de las mujeres.

Tanto la Unión Europea como buena parte sus Estados miembros han firmado el Convenio. De estos, veintidós Estados miembros lo han ratificado, quedando seis Estados miembros pendientes - Bulgaria, Chequia, Hungría, Letonia, Lituania y Eslovaquia alegando incompatibilidad con su marco constitucional.

El pasado 1 de junio el Consejo aprobó la adhesión de la UE al Convenio, resultando publicado en el DOUE al día siguiente ([Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica — Estambul, 11.V.2011](#)). La [Decisión \(UE\) 2023/1075 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión](#) y la [Decisión \(UE\) 2023/1076 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución](#) materializan dicha adhesión. De ambas podemos deducir que la UE se adhiere al Convenio en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión, así como en lo que respecta a las cuestiones relacionadas con la cooperación judicial en materia penal, el asilo y la no devolución.

Como complemento de lo anterior, también se han publicado una [Declaración relativa a la competencia de la Unión Europea en los asuntos regulados por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica](#), en la que se aclaran el alcance de la competencia de la UE en lo que respecta al convenio y se listan las normas de Derecho derivado que quedan afectadas por ello; y un [Código de conducta por el que se establecen las disposiciones internas relativas al ejercicio de los derechos y obligaciones de la Unión Europea y los](#)

[Estados miembros en virtud del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.](#)

Sobre la incorporación de este Tratado internacional al ordenamiento jurídico europeo, puede resultar de interés en [Brief 47/2023](#) de la AEDTSS, elaborado por la profesora García Testal.

## II. REGULACIONES DE DERECHO BLANDO

Por lo que respecta al “Derecho blando”, en el anterior número de esta revista dimos cuenta del desarrollo del Semestre Europeo 2023. En el período que ahora se aborda, se cierra y comienza el semestre nacional. De ahí que sean pocos los documentos que se pueden destacar. De hecho, el único reseñable es la [Recomendación del Consejo, de 14 de julio de 2023, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2023 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2023 de España](#). Ésta solo contiene una referencia al mercado de trabajo y que es común al conjunto de la zona euro: «apoyar una evolución salarial que mitigue la pérdida de poder adquisitivo y al mismo tiempo límite los efectos indirectos en la inflación, seguir mejorando las políticas activas del mercado de trabajo y responder a la escasez de personal cualificado».

Al margen del semestre, el Parlamento Europeo ha fijado su posición en relación a varias materias de indudable interés social. Tal es el caso de la [Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2023, sobre una estrategia de la Unión para impulsar la competitividad industrial, el comercio y el empleo de calidad \(2023/2513\(RSP\)\)](#). En ella, se apuesta por el refuerzo del sector industrial europeo y el comercio internacional sin mengua del nivel y calidad en el empleo. Asimismo, el Parlamento solicita que Comisión y Consejo apoyen el SURE, mecanismos financiadores de la protección de desempleo vinculado a medidas de flexibilidad interna, que tan útil fue en pandemia, y que hoy ha perdido vigor.

Por otro lado, la [Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 30 de marzo de 2023, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento \(COM\(2021\)0093 — C9-0089/2021 — 2021/0050\(COD\)\) P9\\_TC1-COD\(2021\)0050](#), no tiene mayor valor que la de dejar constancia del desagrado del Parlamento por haberse establecido un plazo de transposición de tres años en vez del ordinario de dos.

Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo también ha emitido en este período varias resoluciones de interés desde el punto de vista social, algunas de ellas a

petición de la Presidencia española. Nos estamos refiriendo a [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las recomendaciones del CESE para una reforma sólida del Semestre Europeo \(Dictamen de iniciativa\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Trabajo precario y salud mental» \(Dictamen exploratorio a petición de la Presidencia española\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Democracia en el trabajo» \(Dictamen exploratorio a petición de la Presidencia española\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Procedimiento de desequilibrio social» \(Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia española\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Desarrollo de competencias y capacidades en el contexto de la doble transición ecológica y digital» \(Dictamen exploratorio a petición de la Presidencia sueca\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Iniciativa sobre mundos virtuales, como el metaverso» \(Dictamen exploratorio a petición de la Comisión Europea\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Recomendación del Consejo sobre el refuerzo del diálogo social en la Unión Europea» \[COM\(2023\) 38 final — 2023/0012 \(NLE\)\]](#) y sobre la [«Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Reforzar el diálogo social en la Unión Europea: aprovechar todo su potencial para gestionar unas transiciones justas» \[COM\(2023\) 40 final\]](#) [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Reforzar el poder de negociación colectiva en toda la Unión Europea» \(Dictamen de iniciativa\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Negociación colectiva verde: buenas prácticas y perspectivas de futuro» \(dictamen exploratorio\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La igualdad de trato de la juventud en el mercado laboral» \(Dictamen de iniciativa\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo — Un protocolo de progreso social \(Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia española\)](#); [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Estrategia europea para las personas mayores \(Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia española\)](#).

Por último, el comité de las regiones, ha emitido el [Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — Acabar con el desempleo de larga duración: la dimensión local y regional](#).

### III. SENTENCIAS DEL TJUE

Por último, por lo que respecta la jurisprudencia de Luxemburgo, en el período analizado se han publicado siete sentencias de interés en el ámbito social conforme al seguimiento sistemático que de este tipo de resoluciones realiza el blog [“Observatorio](#)

[jurídico-laboral del Tribunal de Justicia](#)“, administrado por el profesor Miranda Boto de la Universidad de Santiago de Compostela.

La más reciente es la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), asunto [C-113/22](#)). El pleito trae causa de una cuestión prejudicial española en el que el órgano a quo pregunta al TJUE, en síntesis, si es discriminatoria la práctica administrativa que deniega sistemáticamente a los hombres el complemento de maternidad, obligándoles a recurrir a la vía judicial para su obtención. La respuesta del Tribunal, sobre la base de la normativa europea y su jurisprudencia sobre esta misma institución, es afirmativa, debiendo el órgano jurisdiccional nacional ordenar a dicha autoridad administrativa no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial. A esta resolución se ha dedicado el [Brief 55/2023](#) de la AEDTSS, a cargo de la profesora Domínguez Morales.

Por su parte, la STJUE de 13 de julio de 2023 (D. M. y Azienda Ospedale-Università di Padova, con intervención de C. S., [Asunto C-765/21](#)), se refiere a un supuesto en el que un hospital universitario suspendió de sus funciones con efecto inmediato y sin derecho a retribución a una enfermera debido a que había incumplido la obligación de vacunación contra la COVID-19. Pues bien, a juicio de la Sala, el Tribunal no es competente para la resolver la cuestión planteada por falta de conexión suficiente con la normativa europea alegada.

Lo contrario ocurre en la STJUE de 15 de junio de 2023 (Thermalhotel Fontana Hotelbetriebsgesellschaft mbH con intervención de Bezirkshauptmannschaft Südoststeiermark,, asunto [C-411/22](#)), que se centra también en las medidas adoptadas durante la pandemia, aunque en este caso en relación al Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. El supuesto de hecho es de los trabajadores de un hotel austriaco que dieron positivo por COVID-19. Habida cuenta de que esos trabajadores residían en Eslovenia y en Hungría, la autoridad sanitaria austriaca no les impuso las medidas de aislamiento previstas en la normativa de este país, sino que avisó a las autoridades competentes de esos Estados miembros, que ordenaron a los referidos trabajadores períodos de aislamiento en sus respectivos domicilios. Durante esos períodos de aislamiento, el hotel continuó pagando sus retribuciones a los trabajadores afectados con arreglo a la normativa laboral y social austriaca. Cuando posteriormente el hotel solicitó a la Administración de este país la compensación de los salarios de estos

trabajadores durante sus períodos de aislamiento, sus solicitudes fueron desestimadas sobre la base de que los trabajadores no residían en Austria.

Pues bien, el TJUE recuerda que, conforme a su jurisprudencia, el requisito de residencia en el territorio nacional constituye, en ausencia de una justificación, una discriminación indirecta en la medida en que, por su propia naturaleza, puede afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales y, por consiguiente, puede perjudicar más particularmente a los primeros (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de abril 2020, PF y otros, C-830/18, EU:C:2020:275, apartado 31 y jurisprudencia citada). En cuanto a la existencia de una justificación objetiva, el Gobierno austriaco mencionó el objetivo de la salud pública, en la medida en que la indemnización por la pérdida de ingresos durante el período de aislamiento pretende favorecer su cumplimiento en tanto que medida adoptada por las autoridades sanitarias para reducir la tasa de infecciones. No obstante, aclara la Tribunal, el hecho de que se indemnice únicamente a las personas aisladas con arreglo a la normativa nacional y se excluya, en particular, a los trabajadores migrantes aislados conforme a las medidas sanitarias vigentes en su Estado miembro de residencia no parece adecuado para lograr ese objetivo. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, la Sala declara que la concesión de una compensación por las pérdidas de ingresos sufridas por los trabajadores como consecuencia de un aislamiento ordenado a raíz de un resultado positivo en el test de detección de la COVID-19 que se supedita al requisito de que la imposición de la medida de aislamiento haya sido ordenada por una autoridad de ese Estado miembro con arreglo a dicha normativa es contraria a la normativa europea.

Por otra parte, la STJUE de 13 de julio de 2023 (MO y SM, actuando en condición de liquidador de G GmbH, asunto [C-134/22](#)), tiene por objeto resolver un pleito relacionado con la aplicación de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos en el marco de un proceso concursal. De acuerdo con la sentencia, el art. 2.3, párrafo primero, letra b), incisos i) a v), de dicha Directiva no persigue conferir una protección individual a los trabajadores afectados por despidos colectivos, sino establecer una mera obligación formal en cuya virtud el empresario ha de transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita dirigida a los representantes de los trabajadores, que contenga, al menos, los elementos previstos en el mencionado precepto.

La STJUE de 6 de julio de 2023 (Ethnikos Organismos Pistopoiisis Prosonton & Epangelmatikou Prosanatolismou (Eoppep) y Elliniko Dimosio, asunto [C-404/22](#)) también se refiere al derecho de información de los representantes de los trabajadores, aunque en este caso al margen del procedimiento de despido. En particular, se la sentencia se

centra en dos aspectos de la aplicación de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta. Por un lado, que entra dentro de su ámbito de aplicación una persona jurídica de Derecho privado que actúa como una persona de Derecho público y que realiza actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, siempre que preste, además, a cambio de una remuneración, servicios que compiten con los prestados por operadores del mercado. Por otro, que el deber de información y consulta establecido en el art. 4.2 b) no es aplicable en caso de cambio de puesto de un reducido número de trabajadores nombrados *ad interim* para ocupar puestos de responsabilidad, si dicho cambio no afecta a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa de que se trate, ni supone un riesgo para el empleo en general.

Diferente protagonista tiene la STJUE de 22 de junio de 2023 (LD y ALB FILS Kliniken GmbH, asunto [C-427/21](#)). En este caso la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 1.1 y 2, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. En particular, el supuesto de hecho es el de una normativa nacional que permite la puesta a disposición de trabajadores con carácter permanente ¿Es esto contrario a la Directiva 2008/104/CE? A juicio del TJUE, la Directiva simplemente no resulta aplicable. Los motivos son dos. Por un lado, cuando se produce una transmisión definitiva a una empresa tercera de las funciones ejercidas por un trabajador, los objetivos de la Directiva 2008/104 relativos a la flexibilidad de las empresas, a la creación de nuevos puestos de trabajo y al fomento del acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a un empleo indefinido no son pertinentes, dado que la relación laboral del trabajador cuyas funciones fueron transmitidas continuó siendo permanente. Por otro lado, el trabajador puede oponerse a la transmisión de su relación laboral a la empresa tercera, lo que tiene como consecuencia que conserve la totalidad de las condiciones de trabajo que le eran aplicables antes de la transmisión de sus funciones.

Por último, la STJUE de 15 de junio de 2023 (BM, NP y Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca — MIUR, asunto [C-132/22](#)) se refiere a la libre circulación de trabajadores. El supuesto de hecho es el de una normativa nacional que, a efectos del acceso al empleo público, únicamente reconoce la experiencia profesional en los centros públicos nacionales de formación superior artística, musical y coreográfica de tal Estado. Pues bien, tal norma, es declarada contraria al art. 45 TFUE en la medida que no admite la experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros, dificultando así el acceso a tales puestos de trabajo a los nacionales de terceros países.

## **LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA: APUNTES EN EL CONTEXTO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA DEL CONSEJO\***

Por

TATSIANA USHAKOVA  
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Alcalá

[tatsiana.ushakova@uah.es](mailto:tatsiana.ushakova@uah.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

**RESUMEN:** El presente estudio pretende contribuir al debate sobre el papel que desempeña España, debido a su Presidencia del Consejo de la Unión Europea, para afrontar los retos de la política social. Además, sirve para reflexionar sobre el rumbo que tiene que tomar la Unión en los actuales y futuros desafíos en este ámbito.

La dimensión social de la Unión se manifiesta en otros contextos, entre ellos: el siempre presente reto demográfico; la casi olvidada crisis financiera y económica; la situación de la pandemia y postpandemia; los conflictos bélicos y los desastres medioambientales y, como consecuencia de ellos, la llegada masiva de refugiados al territorio de la UE, así como las discrepancias sobre el futuro del proyecto europeo y la salida de los británicos tras el Brexit.

Dichos acontecimientos invitan a indagar más allá de la política social de la Unión y a abordar el tema a partir de un planteamiento más general para avanzar hacia unos aspectos más específicos. Así, siguiendo el método deductivo, se propone ir redescubriendo y desvelando la dimensión social a partir de cuatro interrogantes: ¿Qué es Europa? ¿Qué rasgos caracterizan a la Unión Europea? ¿La Unión Europea es también una unión social? y ¿Qué prioridades debe afrontar la Unión Europea en materia social?

**PALABRAS CLAVE:** Unión Europea (UE); proceso de integración; política social; derechos sociales; derechos laborales; migración laboral; empleo.

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. ¿Qué es Europa?- III. ¿Qué rasgos caracterizan a la Unión Europea?- IV. ¿La Unión Europea es también una unión social?- V. ¿Qué prioridades debe afrontar la Unión Europea en materia social?-VI. Consideraciones finales.- VII. Bibliografía consultada.

## **THE SOCIAL DIMENSION OF THE EUROPEAN UNION: NOTES IN THE CONTEXT OF THE SPANISH PRESIDENCY OF THE COUNCIL**

**ABSTRACT:** This study aims to contribute to the debate on the role of Spain, due to its Presidency of the Council of the European Union, in facing the challenges of social policy. It also serves to inquire on the direction that the Union must take in the current and future challenges in this area.

---

\* El estudio se presentó como ponencia invitada en las *Jornadas sobre la presidencia española del Consejo*, organizadas por el Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI) y celebradas el 5 de mayo de 2023, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.



The social dimension of the Union is manifested in other contexts, including: the ever-present demographic challenge; the almost forgotten financial and economic crisis; the pandemic and post-pandemic situation; armed conflicts and environmental disasters and, consequently, the massive arrival of refugees on EU territory, as well as disagreements about the future of the European project and the UK's withdrawal from the EU after Brexit.

These events invite us to look beyond the EU's social policy and to approach the subject from a more general perspective and then move on to more specific aspects. Thus, following the deductive method, it is proposed to rediscover and unveil the social dimension with regard to the four questions: What is Europe, what features characterise the European Union, is the European Union also a social union, and what priorities should the European Union address in the social field?

**KEY WORDS:** European Union (EU); integration process; social policy; social rights; labour rights; labour migration; employment.

**SUMMARY:** I. Introduction.- II. What is Europe?- III. What are the characteristics of the European Union?- IV. Is the European Union also a social union?- V. What are the priorities for the European Union in the social field?- VI. Final considerations.- VII. Bibliography.

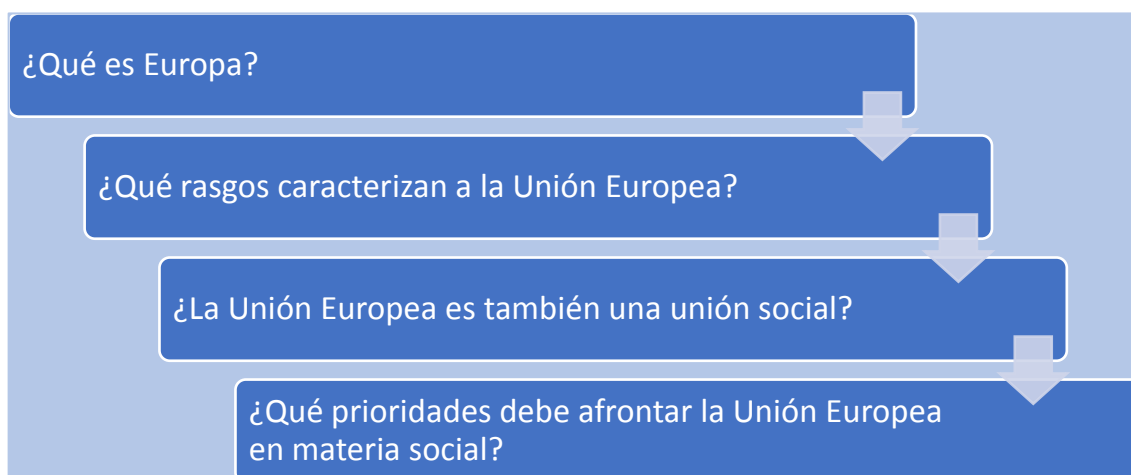


Imagen 1.: *Esquema del análisis deductivo* (elaboración propia).

## I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se elabora para contribuir al debate sobre el papel que desempeña España, debido a su Presidencia del Consejo de la Unión Europea (UE)<sup>1</sup>, para afrontar los retos de la política social. Además, sirve para reflexionar sobre el rumbo que tiene que tomar la Unión en los actuales y futuros desafíos en este ámbito.

España asume el mandato presidencial desde “el segundo semestre de 2023, del 1 de julio al 31 de diciembre, en un periodo de grandes retos para los Estados miembros y la

---

<sup>1</sup> Véase la página de la Presidencia española en: <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/>; sobre

Unión Europea en su conjunto”<sup>2</sup>. De este modo, la Presidencia española se centra en cuatro prioridades para su semestre: reindustrializar la UE y garantizar su autonomía estratégica abierta; avanzar en la transición ecológica y la adaptación medioambiental; impulsar una mayor justicia social y económica y, por último, avanzar en la unidad de la Unión Europea<sup>3</sup>.

Como se puede comprobar, todos los objetivos fijados guardan relación con la dimensión social de la UE, en particular el tercero, que resalta la importancia de la justicia social. En este sentido, cabe recordar que la justicia social es también uno de los principios constitucionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), plasmado en su acuerdo fundacional y en el documento que se encuentra debajo de la piedra angular del edificio principal de la OIT en Ginebra: *Si vis pacem, cole justitiam* - “Si desea la paz, cultive la justicia”<sup>4</sup>.

Además, estos retos se inscriben en el *Programa* elaborado por el Consejo para las futuras Presidencias española, belga y húngara, durante los próximos 18 meses<sup>5</sup>. Al respecto, es especialmente relevante el propósito de “velar por que la doble transición se realice de una forma equitativa, justa e inclusiva reforzando la dimensión social de Europa”<sup>6</sup>. En esta línea de ideas, el esfuerzo de las futuras presidencias debe dirigirse hacia una aplicación efectiva del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales y del Plan de Acción de la Comisión para la economía social, con especial atención a una serie de aspectos tales como la respuesta al reto demográfico, una movilidad laboral justa en la Unión y el acceso a la protección social y la protección de los trabajadores, la salud y la seguridad, la inclusión y la no discriminación en el trabajo, la prevención del estrés en el trabajo y el síndrome de desgaste profesional, en consonancia con la nueva

---

la Presidencia en el Consejo de la Unión Europea, en: <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/presidency-council-eu/>, y en los arts. 16.9 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 236(b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), DO C 202, de 7 de junio de 2016.

<sup>2</sup> Citado por “Prioridades”, en: <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/programa/prioridades/>

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Como afirma Supiot, “[l]os principios constitucionales de la OIT no han perdido ni un ápice de valor o actualidad. Considerando «que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social», el cometido primordial de la OIT, derivado del preámbulo de su Constitución, es evitar que «cualquier nación no adopt[er] un régimen de trabajo realmente humano», ya que «esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países»”. SUPLOT, A., “El mandato de la OIT al cumplirse su centenario”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2020, Vol. 139, núm. 1, p. 125.

<sup>5</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Impulsar la Agenda Estratégica*, Programa de 18 meses del Consejo (1 de julio de 2023-31 de diciembre de 2024), Bruselas, 20 de junio de 2023, Ref. 10597/23, Anexo.

<sup>6</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Impulsar la Agenda Estratégica... op. cit.*, p. 2.

iniciativa de la Comisión sobre la salud mental, y la integración de los grupos más vulnerables o en riesgo de exclusión<sup>7</sup>.

La dimensión social de la Unión se relaciona con y se proyecta en otros contextos, entre ellos: la casi olvidada crisis financiera y económica y la siempre presente crisis demográfica; la situación de la pandemia y postpandemia; los conflictos bélicos y los desastres medioambientales y, como consecuencia de ellos, la llegada masiva de refugiados a los Estados de la UE, y las discrepancias sobre el futuro, con la salida de los británicos del “concierto europeo” tras el Brexit. Dichos acontecimientos invitan a indagar más allá de la política social de la Unión y a abordar el tema a partir de un planteamiento más general para elaborar unas conclusiones más específicas. Así, siguiendo el método deductivo, se pretende ir redescubriendo y desvelando la dimensión social a partir de cuatro interrogantes: ¿Qué es Europa? ¿Qué rasgos caracterizan a la Unión Europea? ¿La Unión Europea es también una unión social? y ¿Qué prioridades debe afrontar la Unión Europea en materia social?

## II. ¿QUÉ ES EUROPA?

“¿Qué es Europa?” - han preguntado y siguen preguntando los pensadores y estudiosos. Así se titula uno de los epígrafes de *La Europa cosmopolita*, de Ulrich Beck<sup>8</sup>. Muchos de estos estudiosos afirman que no saben cómo contestar a esta pregunta.

El sociólogo alemán comienza su discurso con estas palabras: “Cuando tratamos de aproximarnos a Europa, ya sea desde el punto de vista político o científico-social, tenemos la impresión de encontrarnos en una sala de los espejos. Dependiendo de la posición del observador, esta sala parece más grande o más pequeña, el menor desplazamiento altera sus proporciones. Dónde empieza y dónde acaba Europa, qué es y qué debe ser, todas estas preguntas para las que no hay respuestas claras y sencillas”<sup>9</sup>.

Del mismo modo, en su ensayo más reciente, Javier Cercas dice que no lo sabe muy bien y trae a colación el pasaje muy citado, en relación con el tiempo, de las *Confesiones* de San Agustín, que reza así: “Si nadie me lo pregunta, lo sé; pero si quiero explicárselo al que me lo pregunta, no lo sé”<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ibidem.*, p. 7.

<sup>8</sup> BECK, U., *La Europa cosmopolita*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2006, pp. 23 y ss.

<sup>9</sup> BECK, *op. cit.*, p. 23.

<sup>10</sup> SAN AGUSTÍN, *Confesiones de San Agustín*, Libro XI, Capítulo XIV, párr. 17, digitalizado por Librodots, p. 75, disponible en: <http://www.historicodigital.com>., también citado por CERCAS, J., “*E pluribus unum: Europa y el heroísmo de la razón*”, EL PAÍS, 16 de julio de 2017, recopilado en CERCAS, J., *No callar: Crónicas, ensayos y artículos. 2000-2022*, Tusquets, Barcelona, 2023, p. 325.

Sin embargo, hay una cierta facilidad en afirmar lo que no es Europa. Como reconoce José Ortega y Gasset en su ensayo “España como posibilidad”, y lo hace por referencia a “la retina de Julius Meier-Graefe”, Europa “no es una expresión geográfica”<sup>11</sup>. Descartado el concepto geográfico, se abre un sinfín de posibilidades, empezando por la representación simbólica de Europa raptada por un toro, en la *Metamorfosis* de Ovidio<sup>12</sup>. Se trata del viaje mítico de la joven, llevada de Oriente a Occidente, que tiene una simbología especial<sup>13</sup>. Es interesante la siguiente reflexión a partir de *El rapto de Europa*, que señala: “El término Occidente es impreciso, relativista, traslaticio; está llamado a emigrar como el astro solar de que procede la imagen. América es más occidental que Europa como, de otra parte, el Lejano Oriente es más oriental que el Cercano, cuna de la civilización; pero, aunque fuera posible la perduración de la cultura creada por Europa en otras tierras, aunque se perfeccione y aun culmine en ciertos aspectos en el Nuevo Mundo, lo que, a nosotros, europeos, nos interesa vitalmente son las formas de vida radicadas en nuestras viejas tierras. Ni Europa como expresión geográfica, ni Occidente como mera expresión cultural, sino Europa occidental”<sup>14</sup>.

Según *La idea de Europa* de George Steiner, recordada por Cercas, todo se reduce a cinco axiomas: en primer lugar, Europa y sus cafés, donde la gente conspira, escribe y debate, y donde nacen las grandes filosofías, los movimientos artísticos, las ideologías y las estéticas; en segundo lugar, el paisaje, a saber, la naturaleza domesticada y paseable, que contrasta con la intransitable de Asia, América, África y Oceanía; en tercer lugar, Europa como un *lieu de mémoire* plagado de recuerdos históricos, a la vez luminosos y asfixiantes; en cuarto lugar, la herencia de Atenas y Jerusalén, de Sócrates y de Jesucristo, de la razón y de la revelación, y, por último, la conciencia de su propia caducidad<sup>15</sup>.

En su *Meditación de Europa*, Ortega y Gasset habla de Europa como Estado<sup>16</sup>. De hecho, sostiene que “ningún Estado nacional europeo ha sido nunca totalmente

---

<sup>11</sup> ORTEGA Y GASSET, J., “España como posibilidad”, en ORTEGA Y GASSET, J., *Meditación de Europa y otros ensayos*, Alianza, Madrid, p. 202.

<sup>12</sup> “Júpiter y Europa”, en OVIDIO NASÓN, P., *Metamorfosis*, Biblioteca virtual universal (traducción PÉREZ VEGA, A.), párrs. 833-875. Para visualizar la escena, véase, entre los numerosos cuadros dedicados al episodio, “El rapto de Europa” de Rubens, en el Museo del Prado y de Rembrandt, en el Museo J. Paul Getty de Los Ángeles.

<sup>13</sup> BANCALARI MOLINA, A., “El mito de Europa en los textos literarios clásicos”, *Acta Literaria*, núm. 43, II (2011), p. 97.

<sup>14</sup> DIEZ DEL CORRAL, L., *El rapto de Europa. Una interpretación histórica de nuestro tiempo*, Alianza, Madrid, 1974, pp. 121-122, citado por BANCALARI MOLINA, Loc. cit., pp. 98-99.

<sup>15</sup> STEINER, G., *La idea de Europa*, Siruela, Madrid, 2020, resumido por CERCAS, Loc. cit., pp. 326-327.

<sup>16</sup> En este párrafo se sigue el razonamiento de ORTEGA Y GASSET, “Cultura europea y pueblos europeos”, en *Meditación de Europa y otros ensayos*, op. cit., pp. 39 y ss.

soberano en relación con los demás. La soberanía nacional ha sido siempre relativa y limitada por la presión que sobre cada una de ellas ejercía el cuerpo íntegro de Europa [...]. Había, pues, un poder público europeo y había un Estado europeo”<sup>17</sup>. Además, a lo largo de la historia, ese Estado ha recibido diversos nombres. Se le llamaba “concierto europeo” en los tiempos de Wilhelm von Humboldt y, poco después, y antes de la Primera Guerra Mundial, se hablaba del “equilibrio europeo”<sup>18</sup>. Ya en el siglo XVIII, William Robertson definió el equilibrio europeo como “*the greatest secret of modern politics*”, y no es de extrañar, “porque el equilibrio o balanza de poderes es una realidad que consiste esencialmente en la existencia de una pluralidad”<sup>19</sup>.

No obstante, el aspecto más llamativo en el contexto de este estudio es la definición de Europa como “espacio social”, que existía como tal antes de la creación y reafirmación de los Estados nacionales, y se iba forjando a base de una convivencia larga de los pueblos europeos con influencia de los mitos, como el “rpto de Europa”, las creencias religiosas y el pensamiento humanista<sup>20</sup>.

### III. ¿QUÉ RASGOS CARACTERIZAN A LA UNIÓN EUROPEA?

Para muchas personas, la Europa de hoy se identifica con la Unión Europea, que, a su vez, remite al histórico Tratado de Maastricht, de 1992, que anunció “...una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos” y señaló, entre los objetivos de la Unión, el compromiso de “promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible...”<sup>21</sup>. El Tratado de Maastricht supuso una nueva etapa en el proceso de la integración europea que iniciaron las tres comunidades [la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Económica Europea (CEE, posteriormente, la Comunidad Europea) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEAA)]<sup>22</sup>. Al marco institucional comunitario, compuesto

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> ORTEGA Y GASSET, “*De Europa meditatio quaedam*”, *op. cit.*, p. 128.

<sup>20</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>21</sup> El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. DO C 191, de 29 de julio de 1992.

Con carácter general, véase MOLINA DEL POZO, C. F., *Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Colección Jurídica General. Cursos, Editorial Reus, Madrid, 2022.

<sup>22</sup> Véase el resumen de SOKOLSKA, I., *Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam*, Fichas Temáticas de la Unión Europea, Parlamento Europeo, marzo de 2023, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/3/los-tratados-de-maastricht-y-amsterdam#\\_ftn1](https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/3/los-tratados-de-maastricht-y-amsterdam#_ftn1)

por el Consejo, el Parlamento, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas, se sumaron un Sistema Europeo de Bancos Nacionales y un Banco Central Europeo, así como el Banco Europeo de Inversiones y el Fondo Europeo de Inversiones. Asimismo, en virtud del Tratado, se establecieron un Comité Económico y Social y un Comité de las Regiones, con competencias consultivas.

A partir de la reforma de Maastricht, las competencias se clasificaron en tres grandes grupos, también conocidos como “pilares”: el primer pilar estaba integrado por las Comunidades Europeas y proporcionaba un marco que permitía a las instituciones comunitarias ejercer, en los ámbitos regulados por el Tratado las competencias que habían sido objeto de una transferencia de soberanía por parte de los Estados miembros; el segundo pilar estaba formado por la política exterior y de seguridad común (PESC) prevista en el título V del Tratado, y el tercer pilar estaba constituido por la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (CAJAI) prevista en el título VI del Tratado. Los dos últimos V y VI establecían una cooperación de carácter intergubernamental, que se servía de las instituciones comunes y estaba dotada de algunos elementos supranacionales, en particular la asociación de la Comisión Europea y la consulta del Parlamento Europeo<sup>23</sup>.

Posteriormente, los tratados constitutivos sufrieron varias reformas: por un lado, proliferaron los acuerdos de adhesión a la Unión Europea, siempre sumando nuevos Estados miembros, hasta la salida del Reino Unido en 2020; por otro, se llevaron a cabo las importantes reformas institucionales de Ámsterdam, de 1997; de Niza, de 2001; del Proyecto de Tratado por el que se establecía la Constitución Europea, de 2003, un proyecto fallido, y de Lisboa, de 2007<sup>24</sup>. En particular, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDF) adquirió un valor vinculante y pasó a formar parte del Derecho primario de la Unión, junto con los tratados constitutivos, a saber, el TUE, el TFUE y el TCEEA.

Hoy, el rasgo primero, y más llamativo por paradójico, de la Unión Europea, es su lema “Unidad en la diversidad”<sup>25</sup>. Al respecto, en el Preámbulo del Proyecto de Tratado de la

---

Asimismo, véase la recopilación de los textos de los tratados en MOLINA DEL POZO, C. F., *Tratado de Lisboa. Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Carta Europea de Derechos Fundamentales: textos consolidados y anotados*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018.

<sup>23</sup> SOKOLSKA, Loc. cit.

<sup>24</sup> DO C 306, de 17 de diciembre de 2007.

<sup>25</sup> En la Declaración núm. 52 anexa al Tratado de Lisboa, una serie de países, entre ellos Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia, declararon “que la bandera que representa un círculo de doce estrellas doradas sobre fondo azul, el himno tomado del «Himno a la Alegría» de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven, la divisa «Unidad en la diversidad», el euro en tanto que moneda de la Unión Europea y el Día de Europa el 9 de mayo seguirán siendo, para ellos, los

Constitución Europea, se expresaba la seguridad de que, «unida en la diversidad», Europa brinda las mejores posibilidades de proseguir, respetando los derechos de todos y reconociendo la responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra, y de que este Proyecto es la gran aventura que hace que Europa sea un espacio especialmente propicio para la esperanza humana<sup>26</sup>. Por muy paradójico que parezca, el fracaso del proyecto de Constitución simboliza esta oposición constante entre la unidad y la diversidad de la Unión.

En palabras de Ortega y Gasset, “[l]a homogeneidad no fue ajena a la diversidad... Cada nuevo principio uniforme fertilizaba la diversificación”<sup>27</sup>. En este sentido, cuando España aspiraba a ser un Estado europeo, en definitiva, pretendía reafirmar su identidad frente a otros Estados de Europa. Y, asimismo, cuando, en el marco de la UE, se realiza un esfuerzo armonizador o, menos aún, un intento de establecer normas mínimas, lo que hace es aflorar más, si cabe, las diferencias entre los Estados miembros en este campo concreto, entre muchos otros, la política social.

Es cada vez más manifiesta la implicación del ordenamiento jurídico europeo en los ordenamientos nacionales de sus Estados miembros, con el apoyo en el principio de primacía defendido por el Tribunal de Justicia (TJ o TJUE), según el cual “el Derecho de la Unión tiene primacía absoluta sobre los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, y los tribunales nacionales deben tenerlo en cuenta en sus resoluciones”<sup>28</sup>. En los asuntos clásicos *Van Gend & Loos*<sup>29</sup> y *Costa/ENEL*<sup>30</sup>, el TJ sentó la tesis sobre la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional, y, en la jurisprudencia posterior, reafirmó su doctrina, llegando a establecer la primacía de las normas

---

símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ésta”. Citado por UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Tratado de Lisboa. Texto consolidado del Tratado de la Unión Europea, Protocolos, Anexos y Declaraciones relativas a las disposiciones de los Tratados, a los Protocolos anejos a los Tratados y Declaraciones de los Estados Miembros”, *Revista De Las Cortes Generales*, núms. 70-72 (2007), pp. 1129-1130.

<sup>26</sup> Párrafo quinto del Preámbulo del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003, DO C 169, de 18 de julio de 2003.

<sup>27</sup> ORTEGA Y GASSET, “Cultura europea y pueblos europeos”, en *Meditación de Europa y otros ensayos*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>28</sup> Citado por BUX, U., MACIEJEWSKI, M., *Las fuentes y el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea*, Fichas temáticas de la Unión Europea, Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, abril de 2023, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/6/las-fuentes-y-el-ambito-de-aplicacion-del-derecho-de-la-union-europea>.

<sup>29</sup> STJ, de 5 de febrero de 1963, en el asunto 26/62.

<sup>30</sup> STJ, de 15 de julio de 1964, en el asunto 6/64.

comunitarias, incluso sobre los derechos fundamentales garantizadas en las constituciones nacionales en el asunto *Handelsgesellschaft*<sup>31</sup>.

En virtud de la *Declaración relativa a la primacía*, aneja al Tratado de Lisboa<sup>32</sup>, se incorpora el Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo, de 22 de junio de 2007, que recuerda, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, “que los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”.

El Dictamen reza:

*“Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 [1] el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.*

*[1] “(...) se desprende que, al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, debido a su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”<sup>33</sup>.*

En España, el Derecho de la UE ha tenido una repercusión indudable en todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, valga invocar las dos reformas constitucionales: la del art. 13.2, relativa al sufragio pasivo en las elecciones municipales, de 1992<sup>34</sup>, y la del art.

---

<sup>31</sup> STJ, de 17 de diciembre de 1970, en el asunto 11/70.

<sup>32</sup> DO C 202/344, de 7 de junio de 2016.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> “La primera reforma constitucional consistió en añadir, en el artículo 13.2, la expresión ‘y pasivo’ referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales.

El 7 de febrero de 1992 se firmó en Maastricht el Tratado de la Unión Europea por el que, entre otros, se modificaba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. El art. 8.B de éste, prescribiría, tras la aprobación del Tratado de Maastricht, que “todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida...”.



135, sustituido íntegramente por un texto nuevo, debido a la aplicación de la disciplina presupuestaria, de 2011<sup>35</sup>.

En el ámbito laboral, prácticamente toda la actividad normativa constante y frenética se debe a la recepción de las normas del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento jurídico nacional. Sirven de referencia la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores<sup>36</sup>, operada por el Real Decreto Ley (en adelante, RDL) 32/2021, de 28 de diciembre, que modifica el sistema de contratación<sup>37</sup>; la Ley Integral

El Gobierno de la Nación, en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 24 de abril de 1992, acuerda iniciar el procedimiento previsto en el art. 95.2 de la Constitución al objeto de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la eventual contradicción entre la Constitución española y el que sería art. 8.B citado.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de julio de 1992, declaraba:

“1º que la estipulación contenida en el futuro artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la Unión Europea, es contraria al artículo 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles”. Citado por CONGRESO DE LOS DEPUTADOS, *La primera reforma constitucional (1992)*, en:

[https://app.congreso.es/consti/constitucion/reforma/primera\\_reforma.htm](https://app.congreso.es/consti/constitucion/reforma/primera_reforma.htm)

<sup>35</sup> Esta reforma se lleva a cabo “en el contexto de una profunda y prolongada crisis económica”, en la que “se hacen cada vez más evidentes las repercusiones de la globalización económica y financiera. La estabilidad presupuestaria adquiere un valor estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado. Por otra parte, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la zona euro tiene como finalidad prevenir la aparición de déficits presupuestarios excesivos dando así confianza en la estabilidad económica de dicha zona. La reforma del artículo 135 de la Constitución persigue garantizar el principio de estabilidad presupuestaria vinculando a todas las Administraciones Públicas, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y garantizar la sostenibilidad económica y social”. Citado por CONGRESO DE LOS DEPUTADOS, *Segunda reforma constitucional (2011)*, disponible en:

[https://app.congreso.es/consti/constitucion/reforma/segunda\\_reforma.htm](https://app.congreso.es/consti/constitucion/reforma/segunda_reforma.htm)

<sup>36</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, *BOE* núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

<sup>37</sup> Sobre esta reforma, véase, entre otros, BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A., *La Reforma Laboral de 2021 Más allá de la crónica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2022; CRUZ VILLALÓN, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 161 (2022), pp. 11-66; GIL Y GIL, J. L., “Alcance de la reforma laboral de 2021”, *Noticias CIELO*, núm. especial de 2022, dedicado a “La reforma laboral española de 2021: puntos críticos del Real Decreto-ley 32/2021”, coordinado por MELLA MÉNDEZ, L. disponible en: <https://www.cielolaboral.com/numeros/>, y, del mismo autor, “La réforme du marché du travail de 2021”, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, núm. 1 (2022), pp. 184-187; MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022; SANGUINETI RAYMOND, W., “Lectura y relectura de la reforma laboral de 2021” *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 88 (2022), disponible en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2022/04/23/lectura-y-relectura-de-la-reforma-laboral-de-2021-opinion-de-trabajo-y-derecho-num-88/>, y SEMPERE NAVARRO, A. V., “La reforma laboral de 2021 y los convenios colectivos”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 251 (2022), pp. 49-80.

15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y la no discriminación<sup>38</sup>, o la reforma de la normativa reguladora del servicio de hogar, llevada a cabo por el RDL 16/2022, de 6 de septiembre<sup>39</sup>.

#### IV. ¿LA UNIÓN EUROPEA ES TAMBIÉN UNA UNIÓN SOCIAL?

La respuesta a esta pregunta tiene que ser afirmativa, porque, desde el momento de la creación de las tres Comunidades europeas, las normas sociales estaban presentes en los tres tratados constitutivos. Ante todo, se trataba de los arts. 117 a 128 del TCEE (los actuales arts. 48 y 151 a 164 del TFUE). Como señala Karen Anderson, siguiendo el razonamiento de otros autores, en particular de Linda Hantaris<sup>40</sup>, los TCECA y TCEEA contenían disposiciones laborales más precisas que el TCEE, dado que se referían a los sectores concretos de las industrias minera, metalúrgica y de la energía atómica en pleno auge<sup>41</sup>. Por otro lado, llamaba atención el divorcio entre los objetivos ambiciosos de elevar el bienestar, las condiciones laborales y el progreso social y las medidas concretas para poder llevarlos a cabo<sup>42</sup>.

Al respecto, hay que subrayar que el TJ ha contribuido a dar contenido palpable a la dimensión social de las Comunidades y, después, de la Unión. Al igual que los asuntos *Van Gend & Loos* y *Costa/ENEL* han reafirmado el valor del Derecho europeo en los ordenamientos jurídicos nacionales, la conocida sentencia en el asunto *Defrenne* ha reforzado los objetivos sociales de la entonces Comunidad, describiéndola no solo como una unión económica, sino, al mismo tiempo, como un ente en pro de la acción común para garantizar el progreso social y mejorar las condiciones laborales<sup>43</sup>.

En este sentido, la evolución de la política social europea se refiere, sobre todo, a la conquista paulatina de las competencias de las instituciones europeas en este ámbito.

---

<sup>38</sup> Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, *BOE* núm. 167, de 13 de julio de 2022. En particular, véase el apartado I. Marco Regulatorio de la Exposición de Motivos.

<sup>39</sup> RDL16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, *BOE*, núm. 216, de 8 de septiembre de 2022.

<sup>40</sup> HANTARIS, L., *Social Policy in the European Union*, 3<sup>rd</sup> ed., Palgrave, London, 2007.

<sup>41</sup> ANDERSON, K. M., *Social Policy in the European Union*, Palgrave, London, 2015, p. 54.

<sup>42</sup> ANDERSON, *op. cit.*, p. 56.

<sup>43</sup> STJ de 8 de abril de 1976, en el asunto C-43/75 (*Defrenne II*), párr. 10. Hay que tener en cuenta que existen tres asuntos *Defrenne*, con sus sentencias correspondientes: la STJ de 25 de mayo de 1971, en el asunto C-80/70; la citada STJ de 8 de abril de 1976, en el asunto C-43/75, y la STJ de 15 junio de 1978, en el asunto C-149/77. Véase sobre el contenido y el alcance se las sentencias, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y BENGOETXEA CABALLERO, J. R., "Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33 (2014), pp. 449-451.

Desde los comienzos del proceso de integración, dichas competencias estaban relacionadas con el mercado interior (o, anteriormente, con el mercado común)<sup>44</sup> y, en particular con la libertad de movimiento de los trabajadores, la seguridad y salud en el trabajo y la igualdad y la no discriminación en materia de empleo y ocupación. El cuadro de competencias de la Unión en materia social y la consiguiente distribución de estas entre la Unión y los Estados miembros se ha ido fraguando mediante sucesivas reformas de los Tratados fundacionales, en especial a partir del Acta Única Europea, de 1986<sup>45</sup>, que clarificó este aspecto, y, como una aportación más relevante de las reformas posteriores, operadas por el Tratado de Maastricht, de 1992, el Tratado de Ámsterdam, de 1997<sup>46</sup>, y el Tratado de Niza, de 2000<sup>47</sup>. El Tratado de Lisboa, de 2007, ha añadido un nuevo precepto al capítulo sobre la política social, por el que la Unión tenía que reconocer y promover el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales, y facilitar el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía, precisando que la cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo debe contribuir al diálogo social (art. 152 TFUE).

El art. 3.3 del TUE proporciona el fundamento jurídico inicial de la competencia de la Unión en la materia de la política social. Desde la primera línea del artículo, se percibe que el interés en regular dicha materia se conecta con el establecimiento de un mercado interior. Con este objetivo, se promueve la acción de la UE en pro de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo, al progreso social y al fomento de la protección social, y de una mayor cohesión económica, social y territorial y solidaridad entre los Estados miembros.

En el mismo artículo, se propone combatir la exclusión social y la discriminación y fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. En suma, se promueve la cohesión económica y social.

Para reforzar la disposición citada, el Tratado de Lisboa añade las así llamadas “cláusulas sociales horizontales”, esto es, los arts. 8 y 9 del TFUE, que reiteran todas las

---

<sup>44</sup> It should be noted that the present Article 151 TFEU is essentially identical to Article 136 TEC except for “Union” replacing “Community” and “internal market” replacing “common market”. ALES, E., BELL M., DEINERT, O., ROBIN-OLIVER, S. (Eds.), *International and European Labour Law. A Commentary*, Nomos, Baden-Baden; Beck, München; Hart, Oxford, 2018, y JIMENA QUESADA, L., *Social Rights and Policies in the European Union. New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 24.

<sup>45</sup> DO L 169, de 29 de junio de 1987.

<sup>46</sup> DO C 340, de 10 de noviembre de 1997.

<sup>47</sup> DO C 80, de 10 de marzo de 2001.

obligaciones de la UE en relación con los derechos fundamentales<sup>48</sup>. Entre otros aspectos, en la definición y ejecución de las políticas de la UE, exhortan a tener en cuenta la promoción de un nivel de empleo elevado y la garantía de una protección social adecuada (art. 9 del TFUE).

El reparto de competencias en materia social entre la UE y sus Estados miembros<sup>49</sup> puede sistematizarse de manera descendente, de una mayor a una menor intensidad de intervención de la UE. A la Unión le corresponde la regulación básica de la libre circulación de trabajadores (arts. 45 a 48 del TFUE), y, progresivamente, la regulación de la libre circulación de personas (arts. 67 y ss. TFUE), así como las oportunas medidas de acompañamiento (seguridad social de los trabajadores migrantes, reconocimiento de diplomas y títulos profesionales, desplazamiento temporal de trabajadores, criterios de determinación de la ley aplicable y el foro competente). Cabe destacar que la UE va adquiriendo competencias cada vez más incisivas en materia de inmigración y entrada de nacionales de terceros países y aspectos conexos<sup>50</sup>.

El título X del TFUE (arts. 151 a 161), independiente desde la reforma de Lisboa, se dedica a la política social y, de conformidad con el principio de atribución (art. 5.1 del TUE), se sitúa en el ámbito de las competencias compartidas [art. 4.2(b) del TFUE]. El art. 153.1 TFUE señala los campos en los que la Unión apoya y completa la acción de los Estados miembros para la consecución de los objetivos sociales de la UE anunciados en el art. 151. Estos ámbitos comprenden: la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, condiciones de trabajo, seguridad social y protección social de los trabajadores, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, información y consulta a los trabajadores, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión, integración de las personas excluidas del mercado laboral, igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, lucha contra la exclusión social, y modernización de los sistemas de protección social.

En este sentido la expresión “apoyar y completar” parece ajustarse más al patrón de las competencias complementarias del art. 6 del TUE que al de las competencias

---

<sup>48</sup> Véase SCIARRA, S., *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 25-26.

<sup>49</sup> Véase un análisis más detallado en ARANZADI, *Fuentes del derecho: Normas comunitarias sobre relaciones de trabajo*, Doc. Aranzadi 2003/8, con la última revisión del 11 de agosto de 2022.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

compartidas entre la Unión y sus Estados miembros<sup>51</sup>. Aunque, también es cierto que dicha atribución se realiza con referencia a “los aspectos definidos en el presente Tratado”, anunciando, de este modo, que requiere la precisión en normas específicas, y suponiendo la complejidad adicional al, ya de por sí complejo, ámbito de competencias que, además, en virtud del principio de subsidiariedad, permite la intervención de la UE en la medida en que los objetivos pretendidos no puedan alcanzarse de manera suficiente a nivel nacional, y se consiguen mejor a nivel europeo (art. 5.3 TUE).

En las competencias compartidas, la UE y sus países tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. No obstante, como indica el art. 2.2 del TFUE, los Estados ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. La directiva es el medio más apropiado para el ámbito de las competencias señalado, debido a su naturaleza de acto que “obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios” (art. 288 del TFUE). Y, en efecto, el art. 153.2 (b) contempla la posibilidad de adoptar directivas, a saber, “las disposiciones mínimas que tendrán que aplicarse progresivamente”, para regular el gran número de campos mencionados a través del procedimiento de mayoría cualificada. No obstante, se exige la unanimidad para los ámbitos de la seguridad social y protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de rescisión de contrato laboral, la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión. Además, quedan fuera de esta competencia normativa las materias relativas a las remuneraciones, asociación y sindicación, derecho de huelga y cierre patronal (art. 153.5 del TFUE).

El art. 156 contempla el papel de la Comisión Europea en el fomento de la colaboración entre los Estados miembros y de la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social, particularmente en materia de empleo, derecho del trabajo y condiciones de trabajo, formación y perfeccionamiento profesionales, seguridad social, protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, higiene del trabajo, derecho de sindicación y negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

---

<sup>51</sup> “Al respecto, se observa una cierta ambigüedad. Por un lado, la política social se sitúa en el ámbito de las competencias compartidas. Por otro, el modo de acción de la UE, que consiste en apoyar y completar, se aproxima más al patrón de las competencias complementarias del art. 6 del TFUE. En los ámbitos correspondientes a esas competencias, como, por ejemplo, la formación profesional, es mínima la intervención de la Unión”. USHAKOVA, T., “Hacia un concepto común de protección contra el despido en el Derecho de la Unión Europea”, en MOLINA DEL POZO, C. F. (Dir.), CIREFICE, R., JIMÉNEZ CARRERO, J. A. (Coords.), *El futuro de los procesos de integración en el marco de las relaciones Unión Europea-América Latina*, Colex, A Coruña, 2022, p. 288.

Por lo que respecta al empleo<sup>52</sup>, regulado en el título IX del TFUE (arts. 145 a 150), la intervención de la Unión en este campo es más débil. Está previsto que la UE contribuya a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros, y que apoye y, en caso necesario, complemente sus actuaciones (art. 147). En este sentido, a las instituciones de la UE corresponde la elaboración de directrices u orientaciones de política de empleo, que se renuevan o confirman con periodicidad anual (arts. 145 y 148), y que sirven de guía a los países miembros para elaborar planes anuales de empleo, en los que deben indicarse las medidas normativas y administrativas que se proponen adoptar y los recursos financieros asignados con estos fines. El Consejo de la UE, una vez examinada la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros, puede formular recomendaciones a estos (art. 148.4). Además, la Unión cuenta con instrumentos específicos de apoyo al empleo, como el Fondo Social Europeo (art. 162 TFUE).

Con la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que goza de un valor vinculante, igual que los tratados, a partir de la entrada en vigor de la reforma de Lisboa, se refuerza la dimensión social de la Unión con el catálogo de los derechos laborales. La mayoría de estos derechos, con alguna excepción, se agrupan bajo el título muy sugerente de "Solidaridad" y sus contenidos se inspiran en las Cartas Sociales Europeas<sup>53</sup>. No en vano, los objetivos sociales establecidos en el art. 151 se vinculan con los derechos sociales fundamentales de la Carta Social Europea, de 1961, y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989.

Hoy en día, la dimensión social de la UE es más visible, gracias al Pilar Europeo de los Derechos Sociales (PEDS), proclamado solemnemente en 2017<sup>54</sup>. En este sentido, sugiere un cierto paralelismo con el destino de la Carta de los Derechos Fundamentales. Podría esperarse que, al igual que la CDF, un día logre un valor jurídicamente vinculante. Sin embargo, se asemeja más a instrumentos como la Agenda 2030 de la ONU<sup>55</sup>, en

---

<sup>52</sup> Véase ARANZADI, *Fuentes del derecho*, op. cit.

<sup>53</sup> Véase UNION EUROPEA, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, DOUE C 303/17, de 14 de diciembre de 2007.

España ratificó recientemente la Carta Social Europea (revisada): Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, BOE núm. 139, 11 de junio de 2021.

En relación con la parte IV, art. D, párr. 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.

<sup>54</sup> Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, DO L 113, de 29 de abril de 2017.

<sup>55</sup> Resolución de la Asamblea General de la ONU *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, de 25 de septiembre de 2015, UN Doc. A/RES/70/1.

especial tras la aprobación del Plan de Acción en 2021<sup>56</sup>. Podemos acceder a la página del Pilar y, de manera muy visual y gráfica, observar un número de iniciativas importante que se asocian a sus 20 principios, con muy pocas excepciones. La mayoría de esas iniciativas, como el mismo Pilar, revisten formas no vinculantes de “marcos”, “planes de acción”, “líneas directrices” o “recomendaciones”. Entre los actos vinculantes adoptados en el marco del PEDS, cabe mencionar el Reglamento 2019/1149, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea<sup>57</sup>, una herramienta que refuerza las garantías de la libertad de movimiento de los trabajadores; la Directiva 2019/1152 sobre unas condiciones laborales transparentes y previsibles<sup>58</sup>; la Directiva 2019/1158 sobre la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>59</sup>, y la Directiva 2022/2041 sobre unos salarios mínimos adecuados<sup>60</sup>.

Es evidente que los desafíos recientes requieren la renovación profunda del Derecho primario de la UE. Así lo considera el Parlamento Europeo, al impulsar la convocatoria de una convención para revisar los Tratados . Entre los aspectos de la propuesta parlamentaria, se formula la necesidad de “adaptar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados [...]”; garantizar la plena aplicación del pilar europeo de derechos sociales e incorporar el progreso social del artículo 9 del TFUE, vinculado a un Protocolo de Progreso Social, a los Tratados” y “apoyar el refuerzo de la competitividad y la resiliencia de la economía de la Unión, prestando especial atención a las pequeñas y medianas empresas y a los controles de la competitividad, y promover inversiones orientadas al futuro centradas en las transiciones ecológica y digital justas” . Junto con las garantías relativas al Pilar, resulta relevante el propósito de reforzar el procedimiento

---

<sup>56</sup> Véase el contenido del Plan de Acción en: <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/es/>

Sin embargo, el informe anual sobre los derechos humanos en la Unión Europea señala las Cartas Sociales Europeas como referencia importante para la implementación del Pilar. EUROPEAN UNION, *2022 Annual Report on Human Rights and Democracy in the World*, Report of the High Representative of the Unión for Foreign Affairs and Security Policy, Brussels, 2022, p. 139, disponible en:

<sup>57</sup> Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) núm. 883/2004, (UE) núm. 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344, *DOUE* L 186, de 11 de julio de 2019.

<sup>58</sup> Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, *DOUE* L 186, de 11 de julio de 2019.

<sup>59</sup> Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, *DOUE* L 188, de 12 de julio de 2019.

<sup>60</sup> Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, *DOUE* L 275, de 25 de octubre de 2022.

para la protección de los valores en los que se fundamenta la Unión y precisar la constatación y las consecuencias de las violaciones del art. 7 del TUE y de la CDF de la UE .

## V. ¿QUÉ PRIORIDADES DEBE AFRONTAR LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA SOCIAL?

Entre los temas principales que se abordan durante la Presidencia española del Consejo, destacan: la agricultura y pesca, la competitividad, la energía, el Espacio Schengen, la gobernanza económica, la igualdad, el pacto migratorio, la sanidad, la transformación digital y la transición ecológica<sup>61</sup>. Todos estos aspectos guardan relación con la política social. Por ejemplo, en el ámbito de la agricultura y pesca, en particular en el sector pesquero, la UE se configura como el quinto productor mundial de pesca y acuicultura, con cerca del tres por ciento de la producción<sup>62</sup>. Además, la pesca destaca por su papel crucial en la actividad económica de las regiones costeras del continente europeo, y el empleo tiende a concentrarse en algunos países, como España, Grecia e Italia. Estos tres países suman el 62% del empleo de la UE<sup>63</sup>.

En el terreno de la igualdad, a pesar de que ha constituido uno de los fundamentos principales de la producción normativa de la UE en el ámbito social, persisten muchos retos no superados y aparecen otros nuevos. Así, por lo que respecta a la violencia de género, las diferentes formas de violencia contra las mujeres y las niñas son en su conjunto una de las discriminaciones y vulneraciones sistemáticas más graves y habituales de los derechos humanos a escala mundial<sup>64</sup>. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) informa de que “una de cada tres mujeres de la UE ha sufrido violencia física y/o sexual, y tipos de violencia como la ciberviolencia, que se dirige en especial a mujeres jóvenes y a las que ejercen su actividad en la esfera pública, van en aumento”<sup>65</sup>. Para afrontar estas prácticas, la Comisión Europea adoptó una nueva propuesta de Directiva sobre la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica, de 8 de marzo de 2022<sup>66</sup>. En este sentido, un instrumento de referencia para la UE es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha

---

<sup>61</sup> Citado por “Asuntos principales”, en: <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/programa/asuntos-principales/>

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> “Poner fin a todas las formas de violencia contra la mujer”, *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, COM (2022) 105 final.



contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 2014 (el Convenio de Estambul)<sup>67</sup>. De hecho, El Convenio de Estambul es el marco internacional más amplio para abordar de forma integral la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Sin embargo, a diferencia de la propuesta de la UE, no contempla explícitamente los fenómenos más recientes como la ciberviolencia contra las mujeres<sup>68</sup>, que van en aumento con el uso de internet y de las herramientas informáticas y que, a menudo, constituyen una prolongación de la violencia que sufren las víctimas fuera de línea. En parte, dichas prácticas se han extendido debido a la situación de la pandemia y postpandemia.

En relación con el Plan de Acción del Pilar, dicha Propuesta de Directiva se enmarca en el compromiso de luchar contra la violencia de género y proponer legislación a tal efecto. En el caso de España, algunas de estas conductas se encuentran ya contempladas como delitos en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual<sup>69</sup>.

La igualdad retributiva y la igualdad en el ámbito laboral son temas recurrentes. Al respecto, uno de los avances más recientes de la UE ha sido la adopción, en noviembre de 2022 y tras diez años de negociaciones, de la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un mejor equilibrio de género entre los

---

<sup>67</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CETS núm. 210); COM (2016) 111. Véase sobre el Convenio USHAKOVA, T., “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1 (2013), núm. 4, pp. 1-18.

“En 2016, la Comisión propuso la adhesión de la UE al Convenio de Estambul, tras lo cual la Comisión y la Presidencia del Consejo firmaron el Convenio en nombre de la UE en 2017. Hasta la fecha, el proceso de adhesión de la UE no ha concluido ya que el Consejo no ha adoptado aún la decisión final de celebración. La finalización de la adhesión de la UE al Convenio sigue siendo una prioridad para la Comisión. Las medidas de la presente propuesta pretenden alcanzar los objetivos del Convenio en los ámbitos de competencia de la UE, reforzando así la protección que confiere el Convenio. Una vez que la UE se adhiera al Convenio, la presente iniciativa supondrá la ejecución del Convenio en esos ámbitos”. Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, COM (2016) 111 final, de 4 de marzo de 2016; Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, COM (2016) 109 final, de 4 de marzo de 2016. Citado por la Propuesta de Directiva, COM (2022) 105 final.

En el proceso de la adhesión de la UE al Convenio de Estambul, hay que tener en cuenta que, a diferencia del proceso similar de adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, no todos los Estados miembros han ratificado el primero. Véase la información más detallada en “EU accession to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women (‘Istanbul Convention’)”, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-eu-accession-to-the-istanbul-convention>

<sup>68</sup> La ciberviolencia se entiende como el intercambio no consensuado de imágenes íntimas, el ciberacecho, el ciberacoso y la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos.

<sup>69</sup> BOE núm. 215, de 07 de septiembre de 2022.

administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas<sup>70</sup>. Con esta nueva normativa, las empresas cotizadas deben asegurar que, de aquí a 2026, las personas del sexo infrarrepresentado, que suelen ser las mujeres, ocupen al menos el 40 por ciento de los puestos de administrador no ejecutivo o al menos el 33 por ciento del total de puestos de administrador, ejecutivo o no ejecutivo. A nivel nacional, destaca el Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de Mujeres y Hombres en los Órganos de Decisión, analizado por el Consejo de Ministros y Ministras de España en marzo de 2023, ya que pretende adelantarse a los plazos previstos en la legislación europea y asegurar que las sociedades cotizadas tengan al menos un 40 por ciento de consejeras en sus consejos de administración antes del 1 de julio de 2024.

El Pacto Migratorio es uno de los puntos más destacados y complejos de la agenda española. Al igual que el tema de la igualdad, es un aspecto recurrente. Cabe recordar que la decisión de renovar la política migratoria venía motivada por la llamada crisis de los refugiados del año 2015, con la llegada masiva de personas que huían de los conflictos en Siria, Afganistán e Irak.

Parece que, con el acuerdo alcanzado en el Consejo, de 8 de junio de 2023, “la UE está más cerca que nunca de cerrar un pacto migratorio que mejore el statu quo”<sup>71</sup>. En este sentido, existe una propuesta de la Comisión, enmendada por el Parlamento Europeo, y una orientación general del Consejo que hacen posible un acuerdo final durante la Presidencia española bajo los principios de solidaridad y responsabilidad compartida. En este sentido, España tiene que lidiar con las situaciones e intereses muy desiguales de los Estados miembros, incluida su propia posición como uno de los países más afectados por la presión migratoria proveniente de África, junto a Chipre, Grecia, Italia y Malta (Med5).

La propuesta de la Comisión reúne cinco reglamentos vinculados entre sí, que se añaden a otros actos provenientes de propuestas de 2016 (Reglamento de la Agencia Europea de Asilo, Reglamento de Cualificación, Reglamento de Condiciones de Acogida, Reglamento de Reasentamiento).

Como resume la página de la Presidencia española<sup>72</sup>, en primer lugar, el Reglamento de gestión de Asilo y Migración (RAM) es una pieza fundamental en el nuevo diseño y supone la reforma del Reglamento de Dublín, que hasta ahora ha asignado al Estado de

---

<sup>70</sup> DOUE núm. 315, de 7 de diciembre de 2022.

<sup>71</sup> Citado por “El Pacto sobre Migración y Asilo, más cerca que nunca”, en: <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/programa/asuntos-principales/>.

Véase la información más detallada en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/eu-asylum-reform/>

<sup>72</sup> *Ibidem*.

primera entrada la responsabilidad de las solicitudes de asilo y de las ayudas que emanan del Estatuto de Refugiado, y, como contrapartida, contiene medidas de solidaridad. En segundo lugar, el reglamento que regula las situaciones de crisis permite a un Estado solicitar a la Comisión la activación de una respuesta de emergencia ante una avalancha migratoria inesperada. En tercer lugar, se propone la reforma del Reglamento de Eurodac (sistema de comparación de impresiones dactilares usado para ayudar a determinar el Estado miembro responsable del estudio de una solicitud de asilo). En cuarto lugar, se concibe el reglamento sobre el control de migrantes en las fronteras exteriores. Y, por último, se requiere la reforma del Reglamento de procedimientos comunes y garantías.

Dichas propuestas se combinan con las actuaciones frente a los desafíos puntuales, como es el caso de refugiados a raíz del conflicto armado en el territorio de Ucrania. Desde febrero de 2022 hasta marzo de 2023, cuatro millones de ucranianos, sobre todo mujeres y niños, han entrado masivamente en la UE y se les han acogido sin demora gracias a una aplicación de la Directiva de Protección Temporal, que establece un periodo de protección de un máximo de tres años<sup>73</sup>. Tal y como estipula la Directiva 2001/55/CE:

*la protección temporal debe tener una duración inicial de un año. Salvo que se le ponga fin sobre la base de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, dicho período debe prorrogarse automáticamente por seis períodos mensuales durante un plazo máximo de un año. La Comisión hará un seguimiento y una revisión constantes de la situación. En cualquier momento, puede proponer al Consejo que ponga fin a la protección temporal, basándose en que la situación en Ucrania sea tal que permita el regreso seguro y duradero de aquellos a quienes se haya concedido protección temporal, o proponer al Consejo que prorrogue la protección temporal durante un año como máximo.*

Le corresponde a la Presidencia española determinar qué va a ocurrir después de este plazo. Es importante destacar que, en marzo de 2022, España adoptó el RDL 6/2022, sobre medidas urgentes de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la

---

<sup>73</sup> Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del art. 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal, ST/6846/2022/INIT. DO L 71, de 4 de marzo de 2022.

Véase GARCÉS MASCAREÑAS, B., "La acogida de refugiados ucranianos: más allá de la emergencia", *CIDOB Opinión*, 754, marzo de 2023, 3 pp., disponible en: [https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie\\_de\\_publicacion/opinion\\_cidob/2023/la\\_acogida\\_de\\_refugiados\\_ucranianos\\_mas\\_alla\\_de\\_la\\_emergencia](https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/2023/la_acogida_de_refugiados_ucranianos_mas_alla_de_la_emergencia)

guerra en Ucrania<sup>74</sup> y, en marzo de 2023, acogió a más de 170. 000 refugiados procedentes de la zona de conflicto<sup>75</sup>. Además, estos hechos tienen que considerarse en el contexto del reto demográfico, marcado como una de las prioridades para las Presidencias de los próximos 18 meses.

Por último, y sin ánimo exhaustivo, se perfila el reto tecnológico y que, hoy en día, se traduce en el digital y está estrechamente relacionado con otros tales como el medioambiental y el social. El avance de las tecnologías afecta a distintas facetas del ámbito laboral.

En primer lugar, se trata de su proyección en el terreno de los derechos humanos y, en particular, de los derechos laborales. En este sentido, es muy ilustrativa la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital<sup>76</sup>. La Declaración se fundamenta en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, en los que también se inspira todo el proyecto europeo, en virtud de los Tratados y la CDF<sup>77</sup>. En esta línea de ideas, el Parlamento Europeo ha promovido varias iniciativas para precisar los principios éticos que deben guiar la UE en su camino hacia la transformación digital<sup>78</sup>. En este nuevo entorno, parecía importante asegurar el pleno respeto de derechos fundamentales como la protección de datos, el derecho a la privacidad, la ausencia de discriminación, la igualdad de género, y de principios como la protección de los consumidores, la neutralidad tecnológica y de la red, la fiabilidad y la inclusividad. El Parlamento también ha insistido en reforzar la protección de los derechos de los usuarios, los derechos de los trabajadores y el derecho a la desconexión.

En el ámbito laboral, la Declaración aborda el reto digital bajo el título relativo a las “Condiciones de trabajo justas y equitativas” y estipula lo siguiente:

*5. Toda persona tiene derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, justas, saludables y seguras, así como a una protección adecuada en el entorno digital y en el puesto de trabajo físico, con independencia de su situación laboral y de la modalidad o la duración del empleo.*

---

<sup>74</sup> RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, *BOE* núm. 76, de 30 de marzo de 2022.

<sup>75</sup> “España supera las 170.000 protecciones temporales a refugiados de Ucrania un año después de la activación del mecanismo”, 10 de marzo de 2023, citado por: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/paginas/2023/100323-protecciones-temporales-refugiados-ucrania.aspx>

<sup>76</sup> *DO C* 23, de 23 de enero de 2023.

<sup>77</sup> Considerando 1 de la Declaración.

<sup>78</sup> Considerando 4 de la Declaración.

*6. Las organizaciones sindicales y patronales desempeñan un papel importante en la transformación digital, en particular en lo relativo a la definición de unas condiciones de trabajo justas y equitativas, también en lo que respecta al empleo de herramientas digitales en el trabajo.*

*Nos comprometemos a:*

*a) velar por que toda persona pueda desconectar y beneficiarse de salvaguardias para asegurar el equilibrio entre vida privada y vida laboral en un entorno digital;*

*b) garantizar que las herramientas digitales no supongan ningún tipo de riesgo para la salud física y mental de los trabajadores en el entorno de trabajo;*

*c) garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en el entorno digital, incluidos su derecho a la privacidad, el derecho de asociación, el derecho de negociación y acción colectiva, así como la protección frente a una vigilancia ilegal e injustificada;*

*d) garantizar que el uso de la inteligencia artificial en el lugar de trabajo sea transparente y siga un enfoque basado en los riesgos, y que se adopten las medidas de prevención correspondientes para mantener un entorno de trabajo seguro y saludable;*

*e) garantizar, en particular, que las decisiones importantes que afecten a los trabajadores cuenten con supervisión humana y que, en general, se los informe de que están interactuando con sistemas de inteligencia artificial.*

Además, es significativo que “la visión de la UE sobre la transformación digital sitúa a las personas en el centro, empodera a los ciudadanos e incentiva a las empresas innovadoras. La Decisión sobre el programa de política «Itinerario hacia la Década Digital» para 2030 establece las metas digitales concretas basadas en cuatro puntos cardinales: capacidades digitales, infraestructuras digitales, digitalización de las empresas y de los servicios públicos”<sup>79</sup>.

Desde hace años, la formación y la capacitación en el ámbito digital es una de las prioridades de la Unión Europea. Para supervisar los avances de los Estados miembros, se elaboró una herramienta llamada “Índice de Economía y Sociedad Digitales (DESI)”, un índice compuesto que resume indicadores relevantes sobre el rendimiento digital y evalúa el avance de los Estados miembros según cinco dimensiones principales: Conectividad, Capital Humano, Uso de Internet, Integración de la Tecnología Digital y

---

<sup>79</sup> Considerando 6 de la Declaración.

Servicios Públicos Digitales<sup>80</sup>. A partir del año 2014, la Comisión Europea supervisa el progreso digital de los Estados miembros a través del DESI. Así, cada año, se elaboran perfiles de países, que les permiten identificar los aspectos que requieren una acción prioritaria<sup>81</sup>. Como se puede comprobar en la imagen (Imagen. 2), que se reproduce a continuación, según los datos del año 2022, España se sitúa en la séptima posición, precedida por Finlandia, Dinamarca, Países Bajos, Suecia, Irlanda y Malta.

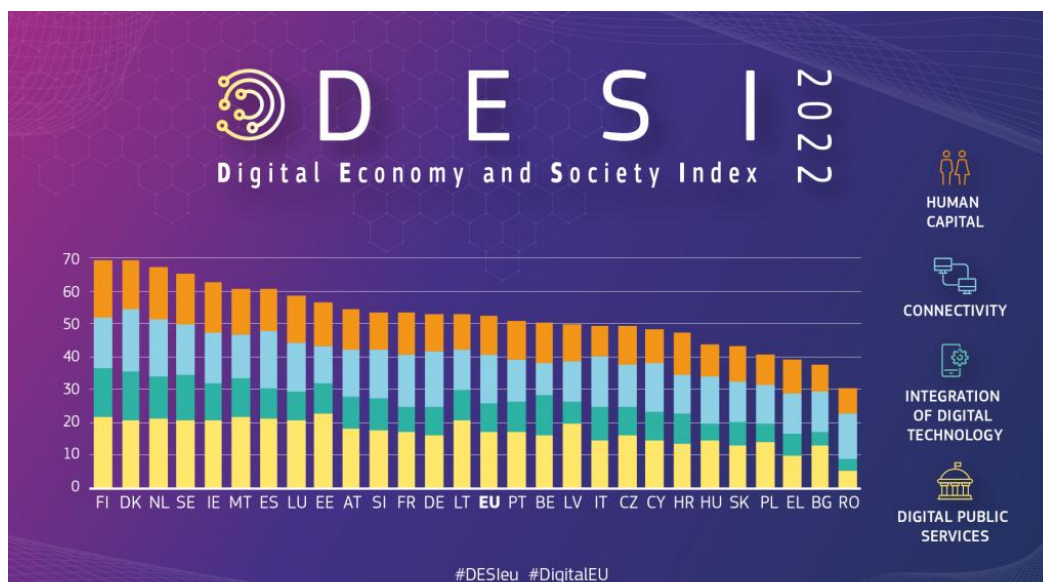


Imagen 2. Índice de Economía y Sociedad Digitales. Fuente: *The Digital Economy and Society Index (DESI)*, disponible en: <https://digital-skills-jobs.europa.eu/en/inspiration/resources/digital-economy-and-society-index-desi> [Acceso: 29 de agosto de 2023].

La reciente Ley Orgánica 3/2022, es la respuesta española a los dos grandes retos transformadores del modelo económico, a saber, la transición ecológica y la digitalización<sup>82</sup>, y al compromiso al respecto, asumido por España tanto en el plano nacional como europeo. Presenta una oportunidad de modernización, desde el punto de vista económico, y de cualificación y de empleabilidad, desde el punto de vista social<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Citado por *The Digital Economy and Society Index (DESI)*, disponible en: <https://digital-skills-jobs.europa.eu/en/inspiration/resources/digital-economy-and-society-index-desi>.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, *BOE* núm. 78, de 1 de abril de 2022.

Sobre la Ley, véase, entre otros, MELLA MÉNDEZ, L., "Sobre la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la reforma profesional: valoración general de una ambiciosa reforma", *Briefs AEDTSS*, núm. 31 (2022), pp. 163-168.

<sup>83</sup> Apartado IV del Preámbulo de la LO 3/2022.

Una de las prioridades concretas de la Presidencia española en este ámbito es contribuir a la adopción de un Reglamento europeo de Inteligencia Artificial (AI)<sup>84</sup>. La Inteligencia Artificial se define como “un conjunto de tecnologías de rápida evolución que puede generar un amplio abanico de beneficios económicos y sociales en todos los sectores y actividades sociales. Mediante la mejora de la predicción, la optimización de las operaciones y de la asignación de los recursos y la personalización de la prestación de servicios, la inteligencia artificial puede facilitar la consecución de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental, así como proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y la economía europea”<sup>85</sup>. Asimismo, al ser aplicable en determinados ámbitos, la propuesta pretende surtir efectos positivos en los derechos de diversos grupos especiales, como los derechos de los trabajadores a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31 CDF)<sup>86</sup>.

Del mismo modo, está sobre la mesa la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales<sup>87</sup>, aspecto que ha generado más de un centenar de resoluciones de los órganos jurisdiccionales en los Estados europeos. También en España, la muy comentada STS 805/2020, dio origen a la Ley 12/2021<sup>88</sup> conocida como Ley “Riders”, norma que presume la laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto y añade un nuevo grupo de derechos de información al art. 64.4 (d) del Estatuto de los Trabajadores, con la siguiente redacción:

*Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de*

---

<sup>84</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021, COM (2021) 206 final.

<sup>85</sup> Citado por 1.1. “Razones y objetivos de la propuesta” de Exposición de Motivos.

<sup>86</sup> Citado por 3.5. “Derechos fundamentales” del apartado 3. Resultados de las evaluaciones es post, las consultas con las partes interesadas y las evaluaciones de impacto”.

<sup>87</sup> COM (2021)762 final, de 9 de diciembre de 2021.

<sup>88</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021.

“La labor esencial realizada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se encuentra en el origen de buena parte de las sentencias que han resuelto a favor o en contra de la laboralidad de las prestaciones de servicios en plataformas digitales de reparto y que han culminado con la STS 805/2020, de 25 de septiembre.

La nueva disposición adicional incorpora los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, primera dictada en unificación de doctrina, valiéndose para ello de la prevalencia del principio de realidad en el sentido señalado por sentencias precedentes, como la STS 263/1986, de 26 de febrero de 1986, o STS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014, y en la que se destaca, asimismo, la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual”. Citado por el apartado II del Preámbulo de la Ley 12/2021.

*decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.*

Otro aspecto relevante en que hay que insistir en el contexto tecnológico y digital es el concepto de Industria 5.0<sup>89</sup>, que proporciona “una visión del modo en que la industria europea podría liderar la transiciones ecológica y digital mediante la conciliación de los derechos y las necesidades de los trabajadores, con avances tecnológicos y límites planetarios”<sup>90</sup>. Esta idea ya estaba latente en el Plan de Acción de la Comisión Europea para su mandato de 2019 a 2024. Sin embargo, el Informe de Expertos Independientes, de 2022, ha resaltado la necesidad de hacer referencia a la Industria 5.0 centrada en la persona. De este modo, la industria como motor de la recuperación tiene que ir más allá del mero desarrollo tecnológico y digital, teniendo en cuenta el factor medioambiental y el bienestar social.

En esta línea de razonamiento, hay que valorar que, durante la crisis sanitaria, económica y social sin precedentes, España, como sus Estados vecinos más avanzados, ha sabido hacer frente a las dificultades, sacar lecciones y aprovechar la situación para aprobar dos normas de suma importancia: la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia<sup>91</sup>, y la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, de ingreso mínimo vital<sup>92</sup>. La particularidad de estos actos normativos reside en el hecho de que, aunque se promulgasen en los tiempos de la Covid-19, su aplicación se proyecta hacia el futuro y

---

<sup>89</sup> En el momento de redacción de estas líneas, los informes sobre la Industria 5.0 están disponibles en inglés y pueden consultarse a partir de la entrada “Industry 5.0: Towards more sustainable, resilient and human-centric industry”, en: [https://research-and-innovation.ec.europa.eu/news/all-research-and-innovation-news/industry-50-towards-more-sustainable-resilient-and-human-centric-industry-2021-01-07\\_en](https://research-and-innovation.ec.europa.eu/news/all-research-and-innovation-news/industry-50-towards-more-sustainable-resilient-and-human-centric-industry-2021-01-07_en).

Durante los últimos diez años, el concepto más relevante ha sido el de la Industria 4.0, centrada sobre todo en el uso de la inteligencia artificial y la digitalización de procesos para incrementar la productividad y la eficiencia. Sin embargo, en la etapa que empieza, la nueva Industria 5.0 no solo debe afrontar las necesidades de digitalización, Big Data, IA, robotización y cobots, sino situar la sociedad y el factor humano en el centro del avance tecnológico.

Según la Comisión Europea, la Industria 5.0 podría definirse como aquella que pretende “alcanzar objetivos sociales más allá del empleo y el crecimiento para convertirse en un proveedor resistente de prosperidad, haciendo que la producción respete los límites de nuestro planeta y situando el bienestar del trabajador en el centro del proceso de producción” (Breque et al., 2021).

Esta nueva visión, por lo tanto, pretende centrarse en tres aspectos de forma complementaria: la sostenibilidad, el bienestar de las personas y la resiliencia de nuestra sociedad frente a cambios o amenazas. La construcción de una nueva sociedad pasa a ser uno de los fundamentos de la nueva Industria 5.0. Citado por: <https://www.interempresas.net/Robotica/Articulos/405295-La-Industria-50-el-nuevo-paradigma-de-la-transformacion-digital.html>.

<sup>90</sup> UNIÓN EUROPEA, *Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2021) 323 final, de 28 de junio de 2021, p. 8.

<sup>91</sup> BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021.

<sup>92</sup> BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2021.



sirve para reforzar la faceta social del Estado. Dichos ámbitos del Derecho de la Unión, correspondientes a los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales están respaldados, por ahora, por un acuerdo marco<sup>93</sup> y una recomendación<sup>94</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

El logo que ha adoptado la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea “combina los principios y valores europeos que España hace suyos” y “quiere transmitir la idea de que España, al igual que los demás Estados miembros, en realidad no solo pertenece a la UE, sino es un elemento estructural de esta”<sup>95</sup>. Esta idea “subraya la profunda identificación y cercanía [...] con el proyecto europeo” y la vocación europeísta del Estado español. A su vez, el lema “Europa más cerca” quiere transmitir el “espíritu de cercanía humana, política e institucional”<sup>96</sup>.

Con el paso de las décadas, se ha demostrado que la idea inicial de que el desarrollo económico aseguraría automáticamente el progreso social no era del todo cierta, y que el futuro de la integración europea estaba vinculado a una fuerte dimensión social. En efecto, se ha demostrado que es necesaria “una convergencia al alza y una política social más eficaz a nivel de la UE y de sus Estados miembros”<sup>97</sup>. Es más, se ha planteado la necesidad de apostar por una Europa más dinámica para impulsar la competitividad, el crecimiento inteligente e integrados, el pleno empleo y el ejercicio efectivo de todos los derechos sociales, alertando de que, si no se lograra el equilibrio señalado, no habría ningún futuro para la unión política<sup>98</sup>. De este modo, se ha abogado

---

<sup>93</sup> Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, suscrito el 16 de julio de 2002, por UNICE/UEAPME, CEEP y CES. Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003), *BOE* núm. 47, de 24 de febrero de 2003.

Véase también el reciente Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del art. 16 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, *BOE* núm. 185, de 4 de agosto de 2023.

<sup>94</sup> Recomendación del Consejo de 30 de enero de 2023 sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa, *DOUE* núm. 41, de 3 de febrero de 2023.

<sup>95</sup> Véase “Logo de la Presidencia española en el Consejo de la UE”, en: <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/presidencia/logo-y-lema/>

<sup>96</sup> “Europa más cerca”, *Ibidem*.

<sup>97</sup> Véase a respecto el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El pilar europeo de derechos sociales: evaluación de las primeras medidas de aplicación y recomendaciones para el futuro”, *DOEU* C 14, de 15 de enero de 2020.

<sup>98</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Por una dimensión social de la Unión Económica y Monetaria Europea” (Dictamen exploratorio), *DOUE* C 271, de 19 de septiembre de 2013, y el comentario al respecto de ROJO TORRECILLA, E., “La construcción de la dimensión social de la Unión Europea: muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que responder”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 2 (2014), p. 122. 117-126.

por poner en marcha el pilar social de la Unión Económica y Monetaria en el marco de una Europa social, ya que, si no se realizase dicho propósito, no se contaría con la adhesión de los ciudadanos al proyecto europeo<sup>99</sup>. Así, el desarrollo de la dimensión social de la Unión Europea asegura su mayor visibilidad y transparencia y, por ende, el apoyo de la población.

En el documento de reflexión sobre la dimensión social de la UE, elaborado en el contexto de la ya superada crisis financiera y económica<sup>100</sup>, se analizan cinco escenarios del futuro de la Europa social del Libro Blanco de la Comisión: “Seguir igual”, “Solo el mercado único”, “Los que desean hacer más, hacen más”, “Hacer menos, pero de forma más eficiente” y “Hacer mucho más conjuntamente”<sup>101</sup>. Dichos escenarios se resumen en tres opciones para el futuro, que siguen vigentes hoy en día: “Limitar la «dimensión social» a la libre circulación”, “Los que desean hacer más en el ámbito social hacen más” y “Profundizar en la dimensión social conjuntamente”.

La libertad de circulación es uno de los principios básicos y piedras angulares de la arquitectura europea, y la mayoría de las normas armonizadoras sirve para asegurar dicha libertad. También es evidente que la integración europea se lleva a cabo “a varias velocidades” y mediante “opt-outs”: los ejemplos más significativos de ello son la zona euro y el espacio Schengen, mientras que el Reino Unido ha logrado reunir el mayor número de los “opt-outs”, seguida por Dinamarca, Irlanda y Polonia, y llevarlo a sus últimas consecuencias abandonado la Unión.

Sin embargo, y especialmente con la puesta en marcha del Pilar Europeo de Derechos Sociales, la opción más conveniente y, hasta irreversible, consiste en profundizar en la dimensión social conjuntamente. Las ventajas de este modelo ya se señalaron en el Documento de reflexión, de 2017: en primer lugar, los ciudadanos tendrían más igualdad de derechos sociales y se identificarían más con el proyecto europeo; en segundo lugar, se evitaría el *dumping social*, se reforzaría el mercado único y los mercados laborales estarían más integrados; en tercer lugar, se facilitaría la adhesión a la zona euro y las economías mostrarían más resiliencia frente a las crisis externas y internas, actuando conjunta y solidariamente, y, por último, la Unión Europea estaría mejor situada en el plano internacional<sup>102</sup>. Los inconvenientes de este modelo son sobradamente conocidos: una mayor intervención de la UE en los ámbitos nacionales provocaría la desconfianza de los ciudadanos de algunos países que se verían perjudicados frente a otros, y, a raíz

---

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> UNIÓN EUROPEA, *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*, Comisión Europea, COM (2017) 206, de 26 de abril de 2017.

<sup>101</sup> UNIÓN EUROPEA, *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*, p. 23.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 31.

de esta percepción, errónea o no, la acción en conjunto chocaría con la voluntad política de algunos gobiernos<sup>103</sup>. Como se puede observar, el último obstáculo señalado se supera en parte mediante la adopción de medidas no vinculantes, como planes de acción, por ejemplo, el propio Plan de Acción del PEDS, programas, resoluciones o recomendaciones, especialmente en los campos más sensibles.

Por lo que respecta a la Presidencia española, los aspectos de la dimensión social más destacados que requieren de impulso son: la competitividad expresada en el Plan Industrial del Pacto Verde, el nuevo Pacto Migratorio y la transformación digital. Cada una de estas facetas guardan una relación directa con el ámbito laboral y se expresan en las propuestas normativas en forma de reglamento europeo. Así, el Plan Industrial del Pacto Verde implica la adopción de un reglamento sobre una industria de cero emisiones netas, que fija objetivos ambiciosos en la producción de tecnologías limpias. El Pacto Migratorio requiere de adopción o reforma de unos cinco reglamentos en el contexto de la crisis demográfica y la llegada masiva de refugiados. Y la digitalización invita a abordar el desafío que plantea la Inteligencia Artificial mediante un reglamento.

Finalmente, y como decía Ortega y Gasset, europeísta convencido, en su reflexión sobre Europa de hace unos 70 años, la cultura europea es propensa a sufrir crisis periódicas, lo que significa que no es una cultura cerrada, y quiere ir más allá de lo que era y más allá de sí misma. Dicha afirmación es extrapolable al proceso de integración europea y su dimensión social. En este sentido, aunque la Presidencia española no logre resultados concretos, allanará, con toda la seguridad, el camino para avances venideros, en consonancia con la célebre expresión de Cervantes de que “el camino es mejor que la posada”.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Ales, E., BELL M., DEINERT, O., ROBIN-OLIVER, S. (Eds.), *International and European Labour Law. A Commentary*, Nomos, Baden-Baden; Beck, München; Hart, Oxford, 2018.

ANDERSON, K. M., *Social Policy in the European Union*, Palgrave, London, 2015.

ARANZADI, *Fuentes del derecho: Normas comunitarias sobre relaciones de trabajo*, Doc. Aranzadi 2003/8, con la última revisión del 11 de agosto de 2022.

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A., *La Reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2022.

BANCALARI MOLINA, A., “El mito de Europa en los textos literarios clásicos”, *Acta Literaria*, núm. 43, II (2011), pp. 95-109.

---

<sup>103</sup> *Ibidem*.

BECK, U., *La Europa cosmopolita*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2006.

BUX, U., MACIEJEWSKI, M., *Las fuentes y el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea*, Fichas temáticas de la Unión Europea, Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, abril de 2023, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/6/las-fuentes-y-el-ambito-de-aplicacion-del-derecho-de-la-union-europea>.

CERCAS, J., “*E pluribus unum: Europa y el heroísmo de la razón*”, EL PAÍS, 16 de julio de 2017.

CERCAS, J., *No callar: Crónicas, ensayos y artículos. 2000-2022*, Tusquets, Barcelona, 2023, pp. 325-336.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Impulsar la Agenda Estratégica*, Programa de 18 meses del Consejo (1 de julio de 2023-31 de diciembre de 2024), Bruselas, 20 de junio de 2023, Ref. 10597/23.

CRUZ VILLALÓN, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 161 (2022), pp. 11-66.

DIEZ DEL CORRAL, L., *El rapto de Europa. Una interpretación histórica de nuestro tiempo*, Alianza, Madrid, 1974.

EUROPEAN UNION, *2022 Annual Report on Human Rights and Democracy in the World*, Report of the High Representative of the Unión for Foreign Affairs and Security Policy, Brussels, 2022, available at: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-annual-reports-human-rights-and-democracy\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-annual-reports-human-rights-and-democracy_en)

GARCÉS MASCAREÑAS, B., “La acogida de refugiados ucranianos: más allá de la emergencia”, *CIDOB Opinión*, 754, marzo de 2023, 3 pp., disponible en: [https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie\\_de\\_publicacion/opinion\\_cidob/2023/la\\_acogida\\_de\\_refugiados\\_ucranianos\\_mas\\_alla\\_de\\_la\\_emergencia](https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/2023/la_acogida_de_refugiados_ucranianos_mas_alla_de_la_emergencia)

GIL Y GIL, J. L., “Alcance de la reforma laboral de 2021”, *Noticias CIELO*, núm. especial de 2022, dedicado a “La reforma laboral española de 2021: puntos críticos del Real Decreto-ley 32/2021”, coordinado por MELLA MÉNDEZ, L. disponible en: <https://www.cielolaboral.com/numeros/>.

GIL Y GIL, J. L., “La réforme du marché du travail de 2021”, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, núm. 1 (2022), pp. 184-187.

HANTARIS, L., *Social Policy in the European Union*, 3<sup>rd</sup> ed., Palgrave, London, 2007.

JIMENA QUESADA, L., *Social Rights and Policies in the European Union. New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MELLA MÉNDEZ, L., "Sobre la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la reforma profesional: valoración general de una ambiciosa reforma", *Briefs AEDTSS*, núm. 31 (2022), pp. 163-168.

MOLINA DEL POZO, C. F., *Tratado de Lisboa. Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Carta Europea de Derechos Fundamentales: textos consolidados y anotados*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018.

MOLINA DEL POZO, C. F., *Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Colección Jurídica General. Cursos, Editorial Reus, Madrid, 2022.

MOLINA DEL POZO, C. F. (Dir.), CIREFICE, R., JIMÉNEZ CARRERO, J. A. (Coords.), *El futuro de los procesos de integración en el marco de las relaciones Unión Europea-América Latina*, Colex, A Coruña, 2022.

MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.), ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022.

ORTEGA Y GASSET, J., *Meditación de Europa y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2015.

ORTEGA Y GASSET, J., "Cultura europea y pueblos europeos", en *Meditación de Europa y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2015, pp. 19-51.

ORTEGA Y GASSET, J., "De Europa meditatio quaedam", en ORTEGA Y GASSET, J., *Meditación de Europa y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2015, pp. 53-159.

ORTEGA Y GASSET, J., "España como posibilidad", en ORTEGA Y GASSET, J., *Meditación de Europa y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2015, pp. 201-203.

OVIDIO NASÓN, P., *Metamorfosis*, Biblioteca virtual universal (traducción PÉREZ VEGA, A.).

ROJO TORRECILLA, E., "La construcción de la dimensión social de la Unión Europea: muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que responder", *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 2 (2014), pp. 117-126.

SAN AGUSTÍN, *Confesiones de San Agustín*, digitalizado por Librodots, disponible en: <http://www.librodots.com>

SANGUINETI RAYMOND, W., "Lectura y relectura de la reforma laboral de 2021", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 88 (2022), disponible en: <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2022/04/23/lectura-y-relectura-de-la-reforma-laboral-de-2021-opinion-de-trabajo-y-derecho-num-88/>.

SCIARRA, S., *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

SEMPERE NAVARRO, A. V., "La reforma laboral de 2021 y los convenios colectivos", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 251 (2022), pp. 49-80.

SOKOLSKA, I., *Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam*, Fichas Temáticas de la Unión Europea, Parlamento Europeo, marzo de 2023, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/3/los-tratados-de-maastricht-y-amsterdam#\\_ftn1](https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/3/los-tratados-de-maastricht-y-amsterdam#_ftn1).

STEINER, G., *La idea de Europa*, Siruela, Madrid, 2020.

SUPIOT, A., "El mandato de la OIT al cumplirse su centenario", *Revista Internacional del Trabajo*, 2020, Vol. 139, núm. 1, pp. 125-145.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y BENGOETXEA CABALLERO, J. R., "Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33 (2014), pp. 449-451.

UNIÓN EUROPEA, COMISIÓN EUROPEA, *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*, COM (2017) 206, de 26 de abril de 2017.

UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Tratado de Lisboa. Texto consolidado del Tratado de la Unión Europea, Protocolos, Anexos y Declaraciones relativas a las disposiciones de los Tratados, a los Protocolos anejos a los Tratados y Declaraciones de los Estados Miembros", *Revista De Las Cortes Generales*, núms. 70-72 (2007), pp. 703-1166.

UNION EUROPEA, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, DOUE C 303/17, de 14 de diciembre de 2007.

USHAKOVA, T., "Hacia un concepto común de protección contra el despido en el Derecho de la Unión Europea", en MOLINA DEL POZO, C. F. (Dir.), CIREFICE, R., JIMÉNEZ CARRERO, J. A. (Coords.), *El futuro de los procesos de integración en el marco de las relaciones Unión Europea-América Latina*, Colex, A Coruña, 2022, pp. 285-302.

USHAKOVA, T., "La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1 (2013), núm. 4, pp. 1-18.

# DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

PRONUNCIAMIENTOS SOCIO-LABORALES EN EL PERIODO MAYO-  
AGOSTO 2023

Por

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET  
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de Barcelona

[jjgninet@gmail.com](mailto:jjgninet@gmail.com)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

RESUMEN: En esta entrega se recoge los datos esenciales de sentencias, autos y conclusiones generales correspondientes al segundo cuatrimestre de 2023.

\*Del Tribunal Constitucional de España se recogen 5 Sentencias.

\*Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se recogen 20 Sentencias y 3 Autos, así como 2 Conclusiones de los Abogados Generales del TJUE, de sumo interés.

Se tratan temas muy variados del Derecho individual del trabajo y de la Seguridad Social, y que en el ámbito de la UE afectan a muy diversos países, incluso en algún caso a España.

PALABRAS CLAVE: Sentencias; Autos; Conclusiones Abogados Generales; Tribunal Constitucional y Unión Europea.

SUMARIO: I. Sentencias y autos del Tribunal Constitucional español.- Sentencias.- II. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- A. Sentencias.- B Autos.- C. Conclusiones de los Abogados Generales del TJUE.

## SPANISH CONSTITUTIONAL DOCTRINE AND OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. (SOCIO-LABOUR PRONOUNCEMENTS)

ABSTRACT: In this delivery the essential data of sentences, orders and general conclusions corresponding to the second quarter of 2023

The Constitutional Court of Spain contains 5 Sentences.

The Court of Justice of the European Union includes 20 Judgments and 3 Orders, as well as a 2 Conclusion of the General Counsel of the CJEU, of great interest. Very varied subjects of individual labour law and Social Security are dealt with, and that in the EU scope affect very different countries, even in some cases to Spain.

KEYWORDS: Judgments; Court orders; Conclusions General Attorneys; Constitutional Court and European Union.

SUMMARY: I. Judgments and court orders of the Spanish Constitutional Court: Judgments.- II. Court of Justice of the European Union.- A. Judgments.- B Court orders.- C. Conclusions of the Attorneys General of the CJEU.

## I. SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

### Sentencias

#### 1. Sala Primera. Sentencia 28/2023, de 17 de abril de 2023

\*Recurso de amparo 4428-2021.

Promovido por don Francisco José Rodríguez Montes en relación con el auto de un juzgado de lo social de Almería que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones en proceso por despido.

\*\*Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos del demandado sin agotar las posibilidades de notificación personal (STC 119/2020).

\*\*\*Publicada en el BOE del día 22 de mayo de 2023.

\*\*\*\*Ver texto completo: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-12070](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-12070)

\*\*\*\*\*Ponente: Magistrada Excm. Sra. D<sup>a</sup> Concepción Espejel Jorquera.

#### Fundamentos Jurídicos

3. Doctrina constitucional aplicable en materia de primera citación al demandado mediante edictos.

Este tribunal ha sentado un cuerpo consolidado de doctrina constitucional acerca del régimen de comunicaciones en los procesos judiciales a los efectos del primer emplazamiento o citación de la parte demandada, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al proceso.

En relación con el emplazamiento del demandado en procedimientos por despido, cabe citar, entre las últimas resoluciones, la STC 117/2021, de 31 de mayo, FJ 3, que con remisión a la STC 119/2020, de 21 de septiembre, FJ 3, declara que hemos insistido en «la gran relevancia que en nuestra doctrina posee «la correcta constitución de la relación jurídica procesal para garantizar el derecho de defensa reconocido en el art. 24 CE, que implica la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, en particular el emplazamiento, citación o notificación a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados, de tal manera que su falta o



deficiente realización, siempre que se frustré la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental, salvo que la situación de incomunicación sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia, si bien es necesario recordar que la posible negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el conocimiento extraprocésal de la causa judicial tramitada inaudita parte, que excluiría la relevancia constitucional de la queja, “no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido, es justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, y 182/2000, de 16 de mayo, FJ 5)” (STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4)» (FJ 3).

En coherencia con las reflexiones precedentes, mantenemos en nuestro pronunciamiento que el órgano jurisdiccional no solo asume el deber de velar por la corrección formal de los actos de comunicación procesal, sino también, especialmente, «el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que con fundamento en un criterio de razonabilidad se alcance la convicción o certeza de la inutilidad de la adopción de medidas o de la utilización de medios tendentes al logro de dicho emplazamiento (STC 138/2017, de 27 de noviembre, FJ 3)» (FJ 3).

Finalmente, concluimos en la sentencia traída a colación que «cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (por todas, SSTC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 293/2005, de 21 de noviembre, FJ 2; 245/2006, de 24 de julio, FJ 2, y 169/2014, de 22 de octubre, FJ 3)» (FJ 3).

De la anterior doctrina se extrae, de forma sintética, que los órganos jurisdiccionales han de procurar por todos los instrumentos jurídicos puestos a su disposición que las partes tomen conocimiento del proceso en el que estén incurso a fin de tener la oportunidad de ejercer su defensa, para lo cual es condición necesaria que, en la medida de lo posible, los actos de comunicación -notificaciones, citaciones y emplazamientos- sean efectivos. A tal efecto, debe limitarse el recurso a la notificación edictal a aquellos casos en que no haya sido posible la notificación personal tras haberse agotado todas las posibilidades razonables de comunicación en el domicilio que conste en las

actuaciones, ya por haber sido indicado por alguna de las partes personadas, ya por haberse descubierto como resultado de la práctica de diligencias judiciales de averiguación domiciliaria.

#### 4. Aplicación al caso de la doctrina constitucional.

La tarea de control externo del ajuste constitucional de la resolución judicial impugnada en amparo que corresponde efectuar a este tribunal se proyecta sobre las siguientes premisas de las que se extrae la conclusión estimatoria del recurso de amparo:

La resolución de la queja planteada debe partir necesariamente de los antecedentes fácticos extraídos de las actuaciones judiciales para, acto seguido, determinar si se aplicó la doctrina de este tribunal a la cuestión controvertida.

Tanto la sentencia como el auto de aclaración fueron notificados por edictos publicados en el «Boletín Oficial de la Provincia de Almería», en los respectivos ns. 225, de 20 de noviembre de 2020, y 235, de 4 de diciembre de 2020.

A la vista de los antecedentes reseñados, se constata que el órgano judicial no desplegó la actividad necesaria que le era exigible conforme a la doctrina constitucional anteriormente expuesta, a fin de garantizar a la parte demandada el indispensable conocimiento tanto de la demanda que dio pie a la incoación del proceso por despido, como de las actuaciones procesales posteriores.

Tras resultar negativos los intentos de notificación personal, el juzgado debió agotar las averiguaciones pertinentes para conocer el domicilio real de la parte demandada, sin contentarse exclusivamente con la información proporcionada por la TGSS, antes de acudir a la comunicación edictal, tal y como dispone la interpretación conjunta de los arts. 57 LRJS, y 157 y 161 LEC, pues de otros registros públicos accesibles a través del punto neutro judicial podía obtenerse información completa y fiable para identificar el domicilio, posibilidad de acceso que el órgano judicial debía conocer.

Al proceder el juzgado de lo social a la notificación edictal sin apurar previamente las alternativas razonables de que disponía para lograr la notificación personal de la parte demandada, hoy recurrente en amparo, le causó una real y efectiva indefensión al sustanciarse y resolverse el proceso con sentencia sin su conocimiento, lo que le privó de las oportunidades para alegar y probar que le concede la ley procesal. Posteriormente, cuando el ahora recurrente puso de manifiesto esta situación de indefensión a través del incidente de nulidad de actuaciones, con expresa invocación de la doctrina constitucional en este punto, el auto desestimatorio del incidente de nulidad mantuvo el mismo estado de indefensión y no reparó la lesión alegada del derecho a la tutela judicial efectiva.

Los argumentos acabados de exponer conducen al otorgamiento del amparo solicitado conforme al art. 55.1 LOTC, con reconocimiento de la vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y declaración de nulidad del auto nº 186/2021, de 11 de mayo, del Juzgado de lo Social nº 4 de Almería, dictado en el procedimiento en materia de despido nº 492-2019, que desestimó la declaración de nulidad de actuaciones instada por el ahora recurrente.

5. Alcance del fallo estimatorio.

La estimación del recurso de amparo determina, además de la declaración de nulidad del auto al que se acaba de hacer mención y como medida de restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, que se acuerde la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la diligencia de ordenación de 22 de julio de 2019, que acordó la notificación de la demanda mediante publicación de edictos en el «Boletín Oficial de la Provincia de Almería», a fin de que el órgano judicial provea la notificación al demandante en amparo de la demanda por despido en términos respetuosos con su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

Fallo

1º) En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por don Francisco José Rodríguez Montes y, en su virtud:

Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2º) Restablecer al demandante en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto nº 186/2021, de 11 de mayo de 2021, del Juzgado de lo Social nº 4 de Almería, dictado en el procedimiento en materia de despido nº 492/2019, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente, así como de las actuaciones practicadas desde la diligencia de ordenación de 22 de julio de 2019, por la que se acordó la citación a juicio de la parte demandada por medio de edicto publicado en el «Boletín Oficial de la Provincia de Almería», y del proceso de ejecución nº 182/2020, seguido en el mismo órgano judicial.

3º) Retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la diligencia de ordenación citada en el ordinal anterior, para que la citación para acto de conciliación y juicio de la parte demandada se lleve a cabo de forma que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

2. Sala Primera. Sentencia 31/2023, de 17 de abril de 2023

\*Recurso de amparo 2042/2022.

Promovido por doña Susana Beatriz Vallés Gudiño en relación con el auto de un juzgado de lo social de Madrid que confirma sendas resoluciones del letrado de la administración de justicia en procedimiento para el reconocimiento del carácter fijo de la relación contractual que une a la demandante con la Comunidad de Madrid.

\*\*Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: motivos estructurales del retraso; señalamiento de la vista con una demora de dos años desde la admisión a trámite de la demanda (STC 125/2022).

\*\*\*Publicada en el BOE del día 22 de mayo de 2023.

\*\*\*\*Ver texto completo: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-12073](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-12073)

\*\*\*\*\*Ponente: Magistrado Excm. Sra. D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga.

#### Fundamentos Jurídicos

3. Aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas establecida en la STC 125/2022, de 10 de octubre.

El problema constitucional que se plantea en el presente recurso, tal como reconoce el Ministerio Fiscal, es coincidente con el ya resuelto recientemente en la STC 125/2022, de 10 de octubre, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto contra un señalamiento también en el orden jurisdiccional social. Esa sentencia, en aplicación de jurisprudencia constitucional reiterada de este tribunal, concluyó que se había vulnerado el derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), para cuyo restablecimiento se declaró la nulidad de las decisiones de señalamiento ordenando que se procediera a efectuar un nuevo señalamiento que resultara respetuoso con el derecho fundamental lesionado.

La estimación del recurso tuvo como fundamento la jurisprudencia constitucional ya consolidada en la materia por las SSTC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4, y 129/2016, de 18 de julio, FJ 4, en línea con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se reitera que la idea de dilaciones indebidas, como concepto jurídico indeterminado, no puede identificarse con una mera infracción de los plazos procesales o una excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales, sino que es el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas que son: (i) la complejidad del litigio, (ii) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, (iii) el interés que arriesga el demandante de amparo, (iv) su conducta procesal y (v) la conducta de las autoridades. A esos efectos, se destaca, (i) en cuanto a los márgenes ordinarios de demora, que la jurisprudencia constitucional ha concluido la existencia de dilaciones indebidas en supuestos en que entre la fecha de interposición de la demanda ante la jurisdicción ordinaria y la fecha del señalamiento para vista habían mediado los siguientes plazos: dos años y seis meses (STC 54/2014, de 10 de abril), dos años y tres meses (STC 99/2014, de 23 de junio), un año y once meses (STC 129/2016, de 18 de

julio), un año y seis meses (STC 142/2010, de 21 de diciembre) y un año y tres meses (STC 89/2016 de 9 de mayo); y (ii) que el hecho de que la demora denunciada se deba a motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias (STC 125/2022, de 10 de octubre, FJ 3).

En el presente caso, atendiendo a dichos criterios, el Tribunal declara que se ha producido una dilación indebida proscrita por el art. 24.2 CE, ya que:

Con independencia de la complejidad de la cuestión objeto de la demanda planteada en la vía judicial previa, que no resulta relevante ni influye en el señalamiento de la vista, se aprecia que la demora de dos años, comparada con lo establecido en la jurisprudencia constitucional y a los tiempos medios de resolución de asuntos equivalentes por los juzgados de lo social de toda España, que se situaba en el año 2021, en que fue interpuesta la demanda, en catorce meses y medio de acuerdo con la estadística publicada por el Consejo General del Poder Judicial relativa a la actividad de los órganos judiciales, es en exceso dilatada en el tiempo aun considerando los efectos derivados de los retrasos acumulados por la situación derivada de la pandemia del Covid-19.

El interés que arriesga la demandante de amparo en el pleito es el de obtener una resolución judicial que determine el carácter fijo de su relación laboral con la parte demandada. Se trata, en definitiva, de una reclamación que puede tener un impacto muy significativo en la vida de la recurrente en amparo. Este interés se ha visto incrementado con la circunstancia de que, habiendo sido convocada a concurso la plaza que ocupaba, ha sido denegada la medida cautelar solicitada en prevención de la pérdida de la posible plaza.

La conducta de la demandante de amparo no ha propiciado la demora denunciada y, en los términos ya expuestos, no se ha mostrado con falta de diligencia en su invocación temprana ante el órgano judicial para propiciar su restablecimiento.

Los motivos estructurales aducidos por el órgano judicial para justificar esa dilación consistente en la sobrecarga de trabajo permanente y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables no pueden ser aceptados por este tribunal, desde la perspectiva del derecho fundamental invocado, como causa suficiente para neutralizar la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ya que dicha situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias.

Esto determina que también en este caso el Tribunal otorgue el amparo solicitado por haber lesionado las resoluciones impugnadas el derecho fundamental de la recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). En línea con lo ya afirmado en las citadas SSTC 54/2014, de 10 de abril, FJ 7, y 89/2014, de 9 de junio, FJ 7, y a diferencia de lo concluido en la citada STC 125/2022, FJ 4, se considera que el otorgamiento del amparo no debe incluir la nulidad de las resoluciones impugnadas ni medida alguna relacionada con la anticipación del señalamiento para la vista porque, dado el carácter estructural de los referidos retrasos, ello podría agravar la posición de terceros recurrentes.

#### Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Susana Beatriz Vallés Gudiño y, en su virtud, declarar que se ha vulnerado su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

#### 3. Sala Segunda. Sentencia 79/2023, de 3 de julio de 2023

\*Recurso de amparo 3638/2020.

Promovido por don Jaouad Ballasah en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en proceso por despido.

\*\*Vulneración del derecho a la libertad ideológica, en conexión con las libertades de expresión y de reunión: despido disciplinario de quien participó en una manifestación y difundió por las redes sociales fotografías con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo.

\*\*\*Publicada en el BOE del día 3 de agosto de 2023.

\*\*\*\*Ver texto completo: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-17865](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-17865)

\*\*\*\*\*Ponente: Magistrado Excmo. SDr. don César Tolosa Tribiño.

#### Fundamentos Jurídicos

#### Conclusión 5

A la vista de todo lo que antecede, la insuficiencia de la prueba aportada por la empresa para desvirtuar el panorama indiciario descrito trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad. Por esta razón, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid impugnada en el presente recurso de amparo no cumplió con las exigencias de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos en que se invoca y acredita la existencia de indicios de lesión de derechos fundamentales por el trabajador en la actuación empresarial y, por

consiguiente, no solo no reparó sino que también lesionó el derecho del recurrente a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con aquellos otros derechos que también son cauce del principio democrático participativo como son los de libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y de reunión art. 21 CE), también afectados en el presente caso.

Las consideraciones que anteceden conducen a la estimación del amparo. Solo resta, sin embargo, antes de pronunciar el fallo al que conduce la presente sentencia, determinar el alcance de los pronunciamientos previstos en el art. 55 LOTC. Dado que la sentencia nº 217/2018, de 15 de junio, del Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, declaró la nulidad de la conducta de la empresa por lesión del derecho fundamental, bastará para restablecer al recurrente en amparo en la integridad de su derecho con confirmarla en todos sus pronunciamientos, anulando tanto la sentencia nº 525/2019, de 29 de mayo, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como el auto de 11 de junio de 2020, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha venido a confirmarla.

#### Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por don Jaouad Ballasah y, en su virtud:

1º. Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con los derechos a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y de reunión (art. 21 CE).

2º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia nº 525/2019, de 29 de mayo de 2019, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso de suplicación nº 19/2019), y en la medida en que declaró su firmeza, del auto de 11 de junio de 2020, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3594/2019).

3º Declarar la firmeza de la sentencia nº 217/2018, de 15 de junio de 2018, del Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid (autos de despido nº 1069/2017). Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

#### *4. Pleno. Sentencia 88/2023, de 18 de julio de 2023*

\*Recurso de amparo 2192-2020.

Promovido por Alternativa Sindical de Trabajadores respecto de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó su demanda frente a la resolución del delegado del Gobierno en Madrid prohibiendo la manifestación que pretendía celebrar el 1 de mayo de 2020.

\*\*Supuesta vulneración de los derechos de reunión y manifestación y a la tutela judicial efectiva: prohibición gubernativa de una manifestación justificada por la protección de la salud pública. Situación excepcional derivada del COVID 19. (STC 61/2023). Voto particular.

\*\*\*Publicada en el BOE del día 28 de agosto de 2023:

\*\*\*\* Ver texto completo: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-18744](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-18744)

\*\*\*\*\*Ponente: Magistrado Excmo. Sr. don Enrique Arnaldo Alcubilla.

Fundamentos Jurídicos

5. Aplicación al caso de la doctrina constitucional expuesta.

Como venimos exigiendo en nuestra doctrina sobre las medidas limitadoras del ejercicio del derecho de reunión, la autoridad administrativa puso de relieve razones convincentes, poderosas y plausibles, que asentaban en datos objetivos contrastados y relacionados con las circunstancias concretas del caso, y que le permitían concluir que la convocatoria de la manifestación, tal y como se había proyectado por sus promotores, podría producir una desproporcionada perturbación de bienes y derechos protegidos por la Constitución tan relevantes como la salud pública, la vida y la salud individual de las personas (STC 193/2011, FJ 3). La doctrina sobre los límites a la restricción del derecho fundamental de reunión y manifestación se mantiene, lo que se hace ahora es adaptarla a unas circunstancias nuevas, singulares e imposibles de prever que exigían de medidas de política pública relacionadas con la salud, pues el conflicto se planteaba entre el ejercicio del derecho y la protección del bien constitucional que condicionaba la actuación de los poderes públicos».

Constatada, por tanto, la existencia de un bien de relevancia constitucional invocado por la resolución administrativa nuestra doctrina exige, además, que, en el caso concreto examinado, los datos y argumentos aportados, aplicando criterios de proporcionalidad, sean suficientes para justificar la medida que adoptó la Delegación del Gobierno.

Una reiterada doctrina constitucional exige que el llamado «test de proporcionalidad» de las medidas que restringen derechos fundamentales se articule, constatada la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima, en tres pasos sucesivos que son los siguientes: si la medida enjuiciada aparece como idónea para la consecución de la finalidad legítima que pretende; si resulta, además, necesaria, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja; y si, superados estos dos escrutinios, la afectación del derecho se muestra, en fin, como razonable, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido [por todas, SSTC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4; 49/2018, de 10 de mayo, FJ 7 d); 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 99/2019, de 18 de julio, FFJJ 6, 8 y 9].



a) En lo que a la finalidad legítima de la prohibición se refiere la STC 84/2023, FJ 4 B) a), señala que: «El fin que justificaba la medida, según se invocaba en la resolución administrativa, era la protección de la salud pública, en concreto, contener la progresión de la enfermedad COVID-19 y sus secuelas de fallecimientos y enfermos en una situación de grave crisis sanitaria que había determinado la declaración del estado de alarma, varias veces prorrogado en aquel momento». Se trata de unas circunstancias en las que, como ya se razonó en el ATC 40/2020 (manifestación convocada para el 1 de mayo de 2020) y se reitera en la STC 61/2003 (manifestación convocada para el 30 de abril de 2020), la protección de la salud en supuestos de grave crisis sanitaria como la desencadenada a partir de la difusión generalizada del COVID-19 proporciona sustento a una restricción concreta del derecho de reunión.

b) En relación con el juicio de idoneidad es forzoso compartir la conclusión de la STC 84/2023, FJ 4 B) b), cuando indica que «La medida de prohibición de la manifestación era adecuada para alcanzar ese fin de protección de la salud pública, porque, al impedir el contacto social que provocaría la manifestación -un acto complejo con dos concentraciones en plazas públicas, la segunda con intervención de oradores, y un desplazamiento de los manifestantes de un punto al otro- evitaba posibles contactos interpersonales, y con ello la difusión de la pandemia con sus derivadas de contagios, ingresos hospitalarios y en unidades de cuidados intensivos, fallecimientos y lesiones. Unas consecuencias que, según argumentaba la resolución administrativa, podrían afectar no solo a los manifestantes y a quienes con ellos tomaran contacto físico en el sitio de desarrollo del acto, sino también a las personas con las que interactuaran en los medios de transporte que usaran para el traslado al lugar de las concentraciones y para el regreso al lugar de origen, a convivientes, familiares, amigos y compañeros de trabajo. Por lo tanto, existía una conexión racional entre el fin perseguido y el medio empleado por la autoridad gubernativa».

c) En cuanto a las razones por las que la prohibición de la manifestación supera el juicio de necesidad, basta con remitirse al fundamento jurídico 4 B) c) de la STC 84/2023, que aprecia que «en las circunstancias en que se adoptó constituía la medida de intervención administrativa más idónea o eficaz para preservar la salud pública y proteger la salud y la vida de aquellas personas, manifestantes y terceros, sin que existieran otras menos restrictivas de eficacia pareja. En términos absolutos, podían plantearse alternativas de desenvolvimiento del acto menos lesivas o intrusivas en el derecho fundamental de reunión y manifestación, pero ninguna de las opciones imaginables (sin desnaturalizar la modalidad de concentración pretendida) era igualmente idónea para lograr la finalidad de tutela de la salud. Se podía pensar, por ejemplo, en restringir el tiempo de duración del acto a menos de noventa minutos o

descartar el desplazamiento de los concentrados a otro punto y que solo se reunieran en una plaza de manera estática, pero estas alternativas no eran de similar eficacia para prevenir contagios».

Igualmente se resalta en la repetida STC 84/2023 que «[e]n el juicio de la imprescindibilidad de la medida de prohibición debe tenerse presente que, en aquel momento, finales de abril de 2020, se ignoraba la forma precisa de transmisión del virus más allá de la constancia de que sí se producía por contactos interpersonales. También hay que valorar que la reunión se había programado de forma tradicional, no mediante espacios aislados o burbujas (como, por ejemplo, en el interior de vehículos), y que las únicas medidas de seguridad propuestas eran la distancia física entre manifestantes y el uso de mascarillas, este un mero supuesto o deseo por la dificultad de obtenerlas, ya que entonces eran un bien muy escaso (no fueron obligatorias hasta la publicación de la Orden SND/422/2020, de 19 de mayo)».

Y se concluye afirmando que «porque la transmisión del virus se producía en los contactos interpersonales, la prohibición permitía una máxima eficacia en la selección de medios posibles de actuación administrativa en materia de salud pública, pues garantizaba de manera rigurosa que no hubiera desplazamientos, encuentros, saludos, conversaciones ni gritos de seguimiento de consignas, en definitiva, las conductas que conlleva una concentración de personas con fines de denuncia política y que podrían generar contagios y difusión del virus. En aquel momento -de nuevo el punto exacto para evaluar los datos y las circunstancias- la distancia social era la única cautela cierta que se conocía para evitar la propagación de la enfermedad, de modo que la autoridad gubernativa no pudo adoptar una medida limitadora menos incisiva en el derecho fundamental de igual eficacia».

d) Por último, la prohibición de la manifestación supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto por las mismas razones que expresa la STC 84/2023, FJ 4 B).

Como en aquel caso se trata de una «injerencia en el derecho de reunión y manifestación debe calificarse como grave, porque la prohibición supone la máxima afectación para un derecho que nuestro sistema constitucional reconoce como derecho de libertad en el art. 21 CE. Esta atribución de máximo grado a la interferencia en el derecho requiere como pauta de justificación de su proporcionalidad, como hemos dicho, que la medida injerente permita una muy alta satisfacción de la finalidad pretendida por la autoridad administrativa». En segundo lugar, hay que concluir en «la importancia del beneficio que la prohibición de la manifestación representa para el bien jurídico de la salud pública, sin olvidar la utilidad que la medida tenía respecto a la salud individual, la integridad física y la vida de los manifestantes y de todas aquellas personas que tuvieran con ellos contacto» durante y después de la manifestación.

Y la decisión también resulta proporcionada atendiendo al contexto en el que se adopta. Siguiendo en este punto el ya citado fundamento jurídico 4 B) d) de la STC 84/2023, los elementos relevantes para calibrar la importancia del beneficio que la prohibición proveía al fin de protección de la salud, tanto pública como la de los manifestantes y de todas aquellas personas que tuvieran con ellos contacto durante y después de la manifestación son:

La manifestación se pretendía realizar en el escenario de una pandemia global provocada por la COVID-19, en su primera fase, que ya era calificada por la Organización Mundial de la Salud como inédita, imprevisible y muy grave. Una emergencia sanitaria que había provocado decisiones políticas insólitas en casi todos los Estados, que llegaban hasta el confinamiento domiciliario y la limitación de movilidad en las vías públicas como medios para contener la difusión de un virus desconocido, cuyo origen, etiología, prevención y tratamiento ignoraba la ciencia.

La gravedad de la crisis sanitaria y la inseguridad en la que operaban los actores públicos a causa del estado de los conocimientos científicos habían motivado la declaración del estado de alarma en España por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas sucesivas. El estado de alarma comportaba la limitación de la libre circulación por las vías públicas y el confinamiento domiciliario.

El deficiente estado de conocimiento sobre las formas de contagio, sobre el impacto real de la propagación del virus, así como la inexistencia de certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas, de lo que se deriva la inseguridad en la que se operaba para identificar medidas preventivas idóneas con las que preservar la salud que, al tiempo, fueran respetuosas con el derecho de reunión y manifestación.

No se sabía con precisión las vías de propagación de la enfermedad, ni se contaba con medios de diagnóstico que permitieran a las personas tener conciencia de que estaban contagiadas por el virus y que podían transmitirlo a otros. Lo que significaba que no era posible que quienes decidieran manifestarse pudieran conocer con antelación que eran portadores del virus y evitar unirse a la reunión para no poner en peligro la salud de otras personas.

La convocatoria y celebración de reuniones y manifestaciones cuestionaba radicalmente las decisiones de políticas de salud pública, en la medida en que comprometían las medidas adoptadas para contener la propagación del virus: distancia social y limitación de contactos interpersonales. Entonces eran las únicas que las autoridades sanitarias consideraban eficaces y la manifestación en aquel contexto suponía un riesgo muy elevado de difusión del virus. La manifestación estaba prevista en Madrid para el 1 de mayo de 2020, con una duración de una hora y un recorrido previsto

«desde la plaza Jacinto Benavente bajando por calle Carretas hasta la Puerta del Sol», con una asistencia estimada de entre cincuenta y setenta asistentes. El riesgo que representaba este acto se incrementaba por el contacto de los manifestantes en los transportes públicos de ida y vuelta, la posibilidad de contagio en el lugar y de transmisión a terceros, en particular, en sus grupos familiares, de amigos y compañeros de trabajo.

No se ofrecieron medidas de seguridad concretas e idóneas para garantizar el mantenimiento de la distancia social y evitar contagios, como también apreció la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En conclusión: «Todo ello permite afirmar que el riesgo para el interés público que soportaba la medida era extremo y que la prohibición de la manifestación ofrecía a la autoridad gubernativa el grado máximo, dentro de los medios de que disponía para hacer frente a la pandemia, de limitar este muy serio peligro para la salud pública y la de los manifestantes y terceros, con incidencia en la integridad física y la vida de las personas.

En la grave situación de crisis sanitaria que estos datos describen, dada la inseguridad del conocimiento de la medicina sobre medios de prevención, contagio, diagnóstico y tratamiento, la prohibición procuraba a la salud pública una alta satisfacción, incluso máxima. Este beneficio permite concluir que la medida restrictiva de la libertad de manifestación estaba justificada y era proporcional» [STC 84/2023, FJ 4 B) d)].

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el recurso de amparo interpuesto por el sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores.

*Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, al que se adhieren el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, a la sentencia del Pleno que resuelve el recurso de amparo nº 2192-2020*

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con respeto a la opinión de mis compañeros que han conformado la mayoría del Pleno, de acuerdo con la cual he redactado como ponente esa sentencia, formuló el presente voto particular para expresar mi discrepancia con la fundamentación y con el fallo de la sentencia recaída en el presente recurso de amparo, el cual a mi juicio debió ser estimado.

Las razones de mi discrepancia son las expuestas en el voto particular formulado a la Sentencia 84/2023, de 5 de julio, a la que la presente sentencia se remite cuando procede. En consecuencia, para evitar repeticiones innecesarias en la medida en que la razón de mi discrepancia es la misma que la expuesta en dicho voto particular, no

considero necesario reiterar los argumentos que en el mismo se contienen, siendo suficiente con la remisión a aquel, por cuanto la prohibición de la manifestación se adopta mediante una resolución estereotipada basada en consideraciones genéricas sobre la vigencia del estado de alarma y sobre la incidencia de la pandemia de COVID-19, sin proyección de tales consideraciones al caso concreto, tal como exige la consolidada doctrina constitucional.

*5. Sala Segunda. Sentencia 41/2023, de 8 de mayo de 2023*

\*Recurso de amparo 4702/2021.

Promovido por Barcelona Bus, SL, respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de lo social de Mataró en procedimiento de ejecución de títulos judiciales. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos de la demandada en procedimiento por despido, sin agotar las posibilidades de notificación personal en el centro de trabajo que figuraba en las actuaciones (STC 181/2021).

\*\*Publicada en el BOE del día 12 de junio de 2023.

\*\*\*Ponente: Magistrada Excm. Sra. D<sup>a</sup> Laura Díez Bueso.

FUNDAMENTO DE DERECHO

4º. Alcance del amparo otorgado.

El otorgamiento del amparo solicitado determina la declaración de nulidad del auto del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 27 de mayo de 2021, pronunciado en el procedimiento de despido nº 677/2019, que desestimó el incidente excepcional de nulidad de actuaciones promovido por la demandante, así como la nulidad de todo lo actuado en dicho procedimiento desde que se acordó por la diligencia de ordenación de 3 de febrero de 2020 el emplazamiento edictal de la demandante de amparo. Como solicita el Ministerio Fiscal, esta nulidad debe abarcar al posterior procedimiento de ejecución de títulos judiciales nº 42/2020, del que trae causa asimismo el procedimiento de ejecución dineraria que se sigue ante el Juzgado de lo Social nº 5 de Barcelona bajo el nº 154/2021. Asimismo, el otorgamiento del amparo solicitado determina la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la diligencia de ordenación de 3 de febrero de 2020, que acordó la notificación edictal de la recurrente, para que por el órgano judicial se dicte una nueva que resulte respetuosa con el derecho fundamental.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido otorgar el amparo a la mercantil Barcelona Bus, S.L., y, en consecuencia:

1º. Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción.

2º. Restablecer a la recurrente en su derecho y, a tal efecto, anular el auto del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 27 de mayo de 2021, pronunciado en el procedimiento de despido nº 677/2019, y todo lo actuado en dicho procedimiento desde que se acordó por la diligencia de ordenación de 3 de febrero de 2020 el emplazamiento edictal de la demandante de amparo, abarcando la declaración de nulidad a las demás resoluciones ulteriores, tanto del procedimiento de despido nº 677/2019 como del posterior procedimiento de ejecución de títulos judiciales nº 42/2020, ambos seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, así como del procedimiento de ejecución dineraria que se sigue ante el Juzgado de lo Social nº 5 de Barcelona bajo el nº 154/2021.

3º. Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a que se pronunciara la diligencia de ordenación de 3 de febrero de 2020, a fin de que se resuelva lo procedente de forma respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

## II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

### A. Sentencias

#### 1. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 2 de marzo de 2023*<sup>1</sup>

\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus — (Finlandia) — . (Maestro de educación infantil).

\*\*Procedimiento prejudicial — Libre circulación de los trabajadores — Reconocimiento de cualificaciones profesionales en un Estado miembro —

-Directiva 2005/36/CE — Derecho a ejercer la profesión de maestro de educación infantil — Profesión regulada — Derecho de acceso a la profesión sobre la base de un título emitido en el Estado miembro de origen — Cualificación profesional obtenida en un tercer país) (2023/C 155/11).

\*\*\*Asunto C-270/21

Fallo:

1) El art. 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, en su versión modificada por la Directiva 2013/55/UE del Parlamento

---

1

[https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=270824&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2183694#Footnote\\*](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=270824&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2183694#Footnote*)

Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, debe interpretarse en el sentido de que no se considera una «profesión regulada», en el sentido de dicha disposición, aquella respecto de la cual la normativa nacional exige requisitos de aptitud para el acceso y ejercicio, pero concede a los empleadores discrecionalidad para apreciar el cumplimiento de esos requisitos.

2) El art. 3, apartado 3, de la Directiva 2005/36, en su versión modificada por la Directiva 2013/55, debe interpretarse en el sentido de que esta disposición no es aplicable en el supuesto de que el título de formación presentado al Estado miembro de acogida se haya obtenido en el territorio de otro Estado miembro en una época en la que este último no existía como Estado independiente, sino como república socialista soviética, y ese título de formación haya sido equiparado por dicho Estado miembro a un título de formación expedido en él en un momento posterior a la recuperación de su independencia. Tal título de formación debe considerarse obtenido en un Estado miembro y no en un tercer país.

## 2. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 2 de marzo de 2023<sup>2</sup>

Asuntos acumulados C-410/21 y C-661/21, DRV Intertrans y otros.

\* Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie — Bélgica) —

\*\*Procedimientos penales contra FU, DRV Intertrans BV (C-410/21), y Verbraeken J. en Zonen BV, PN (C-661/21)

\*\*\*Procedimiento prejudicial — Trabajadores migrantes — Seguridad social — Legislación aplicable — Reglamento (CE) n° 987/2009 — Artículo 5 — Certificado A1 — Retirada provisional — Efecto vinculante — Certificado obtenido o invocado de manera fraudulenta — Reglamento (CE) n° 883/2004 — Artículo 13, apartado 1, letra b), inciso i) — Personas que ejercen normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros — Aplicabilidad de la legislación del Estado miembro de la sede — Concepto de «sede» — Empresa que ha obtenido una licencia comunitaria de transporte con arreglo a los Reglamentos (CE) n.º 1071/2009 y (CE) n° 1072/2009 — Relevancia — Licencia obtenida o invocada de manera fraudulenta]

Fallo

1) El art. 5 del Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (UE) n° 465/2012 del Parlamento

---

2

[https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=270826&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2189426#Footnote\\*](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=270826&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2189426#Footnote*)

Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, debe interpretarse en el sentido de que un certificado A1 expedido por la institución competente de un Estado miembro vincula a las instituciones y órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se realiza el trabajo, incluso cuando, a raíz de una solicitud de revisión y retirada presentada por la institución competente de este último Estado miembro a la institución emisora, esta ha declarado la suspensión provisional de los efectos vinculantes de dicho certificado hasta que resuelva con carácter definitivo esa solicitud. No obstante, en tales circunstancias, un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se realiza el trabajo, que conoce de un procedimiento penal seguido contra personas sospechosas de haber obtenido o utilizado fraudulentamente el mismo certificado A1, puede constatar la existencia de un fraude y, en consecuencia, no tener en cuenta dicho certificado, a efectos del procedimiento penal, siempre que, por una parte, haya transcurrido un plazo razonable sin que la institución emisora haya procedido a la revisión de la procedencia de la expedición de ese certificado y haya adoptado una posición sobre la información concreta presentada por la institución competente del Estado miembro de acogida por la que se cree que el citado certificado fue obtenido o invocado de manera fraudulenta, en su caso, anulando o retirando el certificado controvertido, y que, por otra parte, se respeten las garantías inherentes al derecho a un juicio justo que deben concederse a esas personas.

2) El art. 13, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento nº 465/2012, a la luz de los arts. 3, apartado 1, letra a), y 11, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo, así como del art. 4, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera, 2.5.2023 ES Diario Oficial de la Unión Europea C 155/13 debe interpretarse en el sentido de que la posesión por una sociedad de una licencia comunitaria de transporte por carretera expedida por las autoridades competentes de un Estado miembro no constituye la prueba irrefutable de la sede o domicilio de dicha sociedad en ese Estado miembro a efectos de la determinación, con arreglo al art. 13, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento nº 883/2004, en su versión modificada por el Reglamento nº 465/2012, de la legislación nacional de seguridad social aplicable.



3. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de marzo de 2023*<sup>3</sup>

\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Miskolci Törvényszék — Hungría) — IH / MÁV-START Vasúti Személyszállító Zrt.

\*\*Procedimiento prejudicial — Política social — Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Ordenación del tiempo de trabajo — Artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Directiva 2003/88/CE — Artículos 3 y 5 — Descanso diario y descanso semanal — Normativa nacional que establece un período de descanso semanal mínimo de 42 horas — Obligación de conceder el descanso diario — Condiciones de concesión)

\*\*\*Asunto C-477/21, MÁV-START:

Fallo

1) El art. 5 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el art. 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que el descanso diario previsto en el art. 3 de esta Directiva no forma parte del período de descanso semanal contemplado en dicho art. 5, sino que se añade a este.

2) Los arts. 3 y 5 de la Directiva 2003/88, en relación con el art. 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una normativa nacional establece un período de descanso semanal que excede de 35 horas consecutivas, debe concederse al trabajador, además de ese período, el descanso diario garantizado por el art. 3 de dicha Directiva.

3) El art. 3 de la Directiva 2003/88, en relación con el art. 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se concede a un trabajador un período de descanso semanal, este tiene también derecho a disfrutar de un período de descanso diario precedente a dicho período de descanso semanal.

4. *Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2023*

\*PS/BEI. Función pública — Personal del BEI — Seguridad social —

\*\*Régimen de seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales — Invalidez total y permanente — Origen profesional de la enfermedad — Contrato

celebrado con una compañía de seguros — Alcance las obligaciones que permanecen a cargo del BEI»

\*\*\*Asunto T-65/22

\*\*\*\*Objeto Mediante su recurso basado en los artículos 270 TFUE y 50 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el demandante solicita, en primer lugar, la anulación de la decisión del Banco Europeo de Inversiones (BEI) de 12 de julio de 2021 en la medida en que le denegó el pago de 233 500 euros en concepto de indemnización del perjuicio material y los daños morales, en segundo lugar, la condena del BEI a abonarle una indemnización como consecuencia de la enfermedad profesional de la que supuestamente adolece y, en tercer lugar, la condena del BEI al pago de la cantidad de 24 000 euros en concepto de reparación del daño moral que alega haber sufrido como consecuencia de su estado de salud.

Fallo

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar en costas a PS.

*5. Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (España) el 30 de diciembre de 2022 — Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) /Bernardino*

\*Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 8 de mayo de 2023 C 164/28.

\*\* (Asunto C-796/22, INSS) (2023/C 164/36). Documento 62022CN0796.

\*\*\*Cuestiones prejudiciales

1) ¿Debe interpretarse el término «condiciones de empleo» de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en el sentido de que el mismo comprende una prestación de jubilación parcial de la Seguridad Social, cuyos beneficiarios solo pueden ser los trabajadores a tiempo completo y no a tiempo parcial?

2) ¿Debe interpretarse el término «trabajadores a tiempo parcial» de las cláusulas 2 y 3 de la Directiva 97/81/CE, en el sentido de que en el mismo se entiende incluida la persona trabajadora fija discontinua?

3) ¿Debe interpretarse la cláusula cuarta del Acuerdo Marco de la Directiva 97/81/CE, en el sentido de que se opone a la misma, una legislación que excluye a los trabajadores a tiempo parcial, del acceso a la pensión de jubilación parcial con contrato de relevo, siendo por tanto ello una discriminación no justificada por razones objetivas, en relación con los trabajadores a tiempo completo?

4) ¿Debe interpretarse la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social<sup>4</sup>, en el sentido de que se opone a la misma, una normativa como la nacional, que excluye a las personas trabajadoras a tiempo parcial de ser beneficiarias y por tanto de poder acceder a la pensión de jubilación parcial (con celebración simultánea de contrato de relevo), constituyendo ello una discriminación por razón de sexo, no justificada por razones objetivas?

6. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de marzo de 2023*<sup>5</sup>

\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main — Alemania) — Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium / Minister des Hessischen Kultusministeriums

\*\*Procedimiento prejudicial — Protección de datos personales — Reglamento (UE) 2016/679 — Artículo 88, apartados 1 y 2 — Tratamiento de datos en el ámbito laboral — Sistema escolar regional — Enseñanza por videoconferencia debido a la pandemia de COVID-19 — Aplicación sin el consentimiento expreso de los docentes]

\*\*\*Asunto C-34/21, Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer.

\*\*\*\*Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 22 de mayo de 2023. C179/2.

Fallo

1) El art. 88 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional no puede constituir una «norma más específica», a los efectos del apartado 1 de dicho artículo, en caso de que no cumpla las condiciones impuestas en el apartado 2 del referido artículo.

2) El art. 88, apartados 1 y 2, del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de disposiciones nacionales adoptadas para garantizar la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en cuanto se refiere al tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral deberá excluirse cuando esas disposiciones no respeten las condiciones y los límites establecidos por el citado art. 88,

---

<sup>4</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2023.164.01.0028.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A164%3ATOC#ntr2-C\\_2023164ES.01002801-E0002](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.164.01.0028.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A164%3ATOC#ntr2-C_2023164ES.01002801-E0002)

<sup>5</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2023.179.01.0002.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A179%3ATOC#ntr1-C\\_2023179ES.01000201-E0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.179.01.0002.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A179%3ATOC#ntr1-C_2023179ES.01000201-E0001)

apartados 1 y 2, a menos que dichas disposiciones constituyan una base jurídica contemplada en el art. 6, apartado 3, de dicho Reglamento que cumple las exigencias establecidas en este.

#### 7. Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2023<sup>6</sup>

\* PP y otros/Parlamento («Función pública — Funcionarios — Crisis sanitaria relacionada con la pandemia de COVID-19 —

\*\*Decisión de autorizar el trabajo a tiempo parcial para ocuparse de parientes fuera del lugar de destino — Inexistencia de posibilidad de trabajar a distancia fuera del lugar de destino a tiempo completo — Irregularidad del procedimiento precontencioso — Decisión de acceder a una solicitud de trabajo a tiempo parcial — Inexistencia de interés en ejercitar la acción — Inadmisibilidad — Remuneración — Suspensión de la indemnización por expatriación — Artículos 62 y 69 del Estatuto — Infracción del artículo 4 del anexo VII del Estatuto»)

\*\*\*Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 30 de mayo de 2023. C 189/28.

\*\*\*\*Asunto T-39/21. (2023/C 189/36).

\*\*\*\*\*Objeto

Mediante su recurso basado en el art. 270 TFUE, los demandantes esencialmente solicitan, por un lado, la anulación de las decisiones del Parlamento Europeo de 14 de abril de 2020 por la que se autorizó a PQ y PS a ejercer su actividad a tiempo parcial fuera de su lugar de destino debido a la pandemia de COVID-19, de 18 de mayo de 2020 por la que se autorizó a PP a ejercer su actividad a tiempo parcial fuera de su lugar de destino debido a la pandemia de COVID-19, de 7, 15 y 16 de abril y 19 de mayo 2020 por la que se suspendió el abono de la indemnización por expatriación de los demandantes durante su período de trabajo fuera de su lugar de destino y de 6 de mayo de 2020 por las que se procedió a recuperar las cantidades percibidas en exceso por PR y PT, así como, por otro lado, la reparación de los perjuicios que consideran haber sufrido como consecuencia de esas decisiones.

Fallo

1) Anular la decisión del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2020 de suspender la indemnización por expatriación de PP.

2) Anular la decisión del Parlamento Europeo de 7 de abril de 2020 de suspender la indemnización por expatriación de PR.

---

<sup>6</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2023.189.01.0028.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A189%3ATOC#ntr1-C\\_2023189ES.01002801-E0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.189.01.0028.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A189%3ATOC#ntr1-C_2023189ES.01002801-E0001)

3) Anular la decisión del Parlamento de 15 de abril de 2020 de suspender la indemnización por expatriación de PQ.

4) Anular la decisión del Parlamento de 15 de abril de 2020 de suspender la indemnización por expatriación de PS.

5) Anular la decisión del Parlamento de 16 de abril de 2020 de suspender la indemnización por expatriación de PT.

6) Desestimar el recurso en todo lo demás.

7) PP, PS, PR, PQ y PT cargarán con la mitad de sus propias costas.

8) El Parlamento Europeo cargará, además de con sus propias costas, con la mitad de las de PP y PS y de PR, PQ y PT.

#### 8. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 20 de abril de 2023*<sup>7</sup>

\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht — Austria) — BF / Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau (BVAEB).

\*\*Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Directiva 2000/78/CE — Prohibición de discriminación por razón de la edad — Artículo 2, apartados 1 y 2, letra a) — Artículo 6, apartado 1 — Pensión de jubilación — Normativa nacional que prevé una equiparación progresiva del régimen de pensiones de los funcionarios con el régimen general de pensiones — Primera actualización del importe de la pensión realizada más rápidamente para una categoría de funcionarios que para otra — Justificaciones).

\*\*\*Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 12 de junio de 2023.

\*\*\*\*Asunto C-52/22. BVAEB (Actualización de las pensiones de jubilación)] (2023/C 205/14)

Fallo

Los arts. 2, apartados 1 y 2, letras a) y b), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece que, a efectos de la equiparación progresiva del régimen de pensiones de los funcionarios con el régimen general de pensiones, la primera actualización del importe de la pensión de jubilación de una categoría de funcionarios tiene lugar a partir del segundo año natural siguiente a la constitución del derecho a pensión, mientras que, para otra categoría de funcionarios, la

---

<sup>7</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2023.205.01.0012.02.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A205%3ATOC#ntr1-C\\_2023205ES.01001202-E0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.205.01.0012.02.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A205%3ATOC#ntr1-C_2023205ES.01001202-E0001)

citada actualización se produce desde el primer año natural siguiente a la constitución de ese derecho.

9. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de abril de 2023*<sup>8</sup>

\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht — Alemania) — FI / Bayerische Motoren Werke AG.

\*\*Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2003/88/CE — Artículo 7, apartado 1 — Artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Derecho a vacaciones anuales retribuidas — Extinción de este derecho — Régimen de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación — Días de vacaciones anuales adquiridos durante la fase de trabajo efectuada con arreglo a este régimen, pero aún no disfrutados — Incapacidad laboral).

\*\*\*Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 12 de junio de 2023 C 205/16.

\*\*\*\*Asunto C-192/22, Bayerische Motoren Werke.

Fallo

El art. 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el art. 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido por un trabajador en el ejercicio de su trabajo en el marco de un régimen de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación se extingue, al finalizar el año de devengo de las vacaciones o en una fecha posterior, cuando el trabajador no ha podido disfrutar de esas vacaciones antes de la fase de dispensa de trabajo por motivo de enfermedad aunque no se trate de una ausencia de larga duración.

10. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de abril de 2023*<sup>9</sup>

\* Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof — Austria) — FW, CE

---

<sup>8</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2023.205.01.0016.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A205%3ATOC#ntr1-C\\_2023205ES.01001601-E0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.205.01.0016.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A205%3ATOC#ntr1-C_2023205ES.01001601-E0001)

<sup>9</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2023.205.01.0008.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A205%3ATOC#ntr1-C\\_2023205ES.01000801-E0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.205.01.0008.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A205%3ATOC#ntr1-C_2023205ES.01000801-E0001)

\*\*Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Directiva 2000/78/CE — Prohibición de las discriminaciones por motivos de edad — Retribución de los funcionarios — Normativa nacional anterior declarada discriminatoria — Clasificación en un nuevo régimen retributivo sobre la base de la antigüedad determinada con arreglo a un régimen retributivo anterior — Corrección de esa antigüedad mediante la determinación de una fecha de comparación — Carácter discriminatorio de la nueva clasificación — Norma que tiende a perjudicar a los funcionarios de mayor edad.

\*\*\*Publicada en el Diario oficial de la Unión Europea del día 12 de junio de 2023. C 205/8.

\*\*\*\*Asunto C-650/21, Landespolizeidirektion Niederösterreich y Finanzamt Österreich: (Asunto C-650/21).

Fallo

1) Los arts. 1, 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en relación con el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual la clasificación de un funcionario se determina sobre la base de su antigüedad salarial en un régimen retributivo anterior declarado discriminatorio —en la medida en que solo permitía que se tuviesen en cuenta, para determinar dicha antigüedad, los períodos computables anteriores al nombramiento del funcionario que se hubieran cubierto después de cumplir 18 años de edad, con exclusión de los cubiertos antes de esa edad—, dado que la citada normativa dispone que se corregirá el cálculo realizado inicialmente de los períodos computables del funcionario cubiertos antes de su nombramiento mediante la determinación de una fecha de comparación a efectos de la cual, para establecer dicha antigüedad, se tienen ahora en cuenta los períodos computables anteriores al nombramiento cubiertos antes de que ese funcionario cumpliera 18 años de edad cuando, por una parte, por lo que se refiere a los períodos cubiertos después de cumplir 18 años, únicamente se toman en consideración los «otros períodos» computables por mitad y, por otra parte, esos «otros períodos» se incrementan de tres a siete años, pero solo se consideran si superan cuatro años.

2) El principio de igualdad de trato, tal como está consagrado en el art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales, y el principio de seguridad jurídica deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece, en relación con los funcionarios respecto a los que estaba pendiente un procedimiento destinado a redefinir su situación en la escala salarial en la fecha de publicación de una

modificación legislativa del régimen retributivo que incluía dicha escala, que las retribuciones se recalcularán de conformidad con las nuevas disposiciones relativas a la fecha de comparación, disposiciones que conllevan nuevas limitaciones en cuanto a la duración máxima de los períodos computables, de modo que no se elimina una discriminación por motivos de edad contraria a los arts. 1, 2 y 6 de la Directiva 2000/78, en relación con el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, mientras que ese cálculo no se realiza para los funcionarios respecto a los que ya haya concluido un procedimiento con idéntico objeto, iniciado con anterioridad, mediante una resolución firme, basada en una fecha de referencia determinada de modo más favorable en virtud del anterior régimen retributivo cuyas disposiciones consideradas discriminatorias por el juez nacional no se aplicaron como consecuencia de la aplicación directa del principio de igualdad de trato previsto por el Derecho de la Unión.

3) Los arts. 1, 2 y 6 de la Directiva 2000/78, en relación con el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece que los períodos de aprendizaje en una entidad territorial nacional únicamente serán computados íntegramente, al determinar la fecha de comparación, cuando el funcionario afectado haya sido nombrado por el Estado después de una determinada fecha, mientras que los períodos de aprendizaje serán computados por mitad, y se someterán a una minoración general, cuando el funcionario afectado hubiese sido nombrado por el Estado antes de esa fecha.

#### *11. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 15 de junio de 2023*<sup>10</sup>

\*Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (CE) nº 883/2004 — Artículo 3, apartado 1, letra a) —

\*\*Concepto de “prestaciones de enfermedad” — Ámbito de aplicación — Libre circulación de los trabajadores — Artículo 45 TFUE — Reglamento (CE) nº 492/2011 — Artículo 7, apartado 2 — Ventajas sociales — Diferencia de trato — Justificaciones — COVID-19 — Aislamiento de trabajadores ordenado por la autoridad sanitaria nacional — Indemnización de dichos trabajadores por el empresario — Reembolso del empresario por la autoridad competente — Exclusión de los trabajadores transfronterizos aislados en virtud de una medida adoptada por la autoridad de su Estado de residencia»

\*\*\*Asunto C 411/22

\*\*\*\*Objeto de la Sentencia

---

10

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C27D19D68628B977B2E9E8CD3BE281E0?text=&docid=274648&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=22365230#Footnote>\*



La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los arts. 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2004, L 166, p. 1; corrección de errores en DO 2004, L 200, p. 1, y en DO 2013, L 188, p. 10), 45 TFUE y 7 del Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO 2011, L 141, p. 1).

Fallo: El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

1) El art. 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que la compensación, financiada por el Estado, que corresponde a los trabajadores por los perjuicios patrimoniales sufridos a causa de la imposibilidad de desarrollar su actividad profesional durante su aislamiento como personas que han contraído la COVID-19 o que son sospechosas de haberla contraído o de ser contagiosas, no constituye una «prestación de enfermedad» contemplada en dicha disposición y, por tanto, no se halla comprendida en el ámbito de aplicación de ese Reglamento.

2) Los arts. 45 TFUE y 7 del Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual la concesión de una compensación por las pérdidas de ingresos sufridas por los trabajadores como consecuencia de un aislamiento ordenado a raíz de un resultado positivo en el test de detección de la COVID-19 se supedita de ese Estado miembro con arreglo a dicha normativa.

## 12. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 15 de junio de 2023<sup>11</sup>

\*Procedimiento prejudicial — Libre circulación de los trabajadores — Artículo 45 TFUE — Reglamento (UE) nº 492/2011 — Artículo 3, apartado 1 — Obstáculo — Igualdad de trato —

\*\*Procedimiento de elaboración de listas para la asignación de puestos en determinados centros públicos nacionales — Requisito de admisión ligado a la experiencia profesional anterior adquirida en esos centros — Normativa nacional que no

---

11

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C27D19D68628B977B2E9E8CD3BE281E0?text=&docid=274649&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=22365230#Footnote>\*

permite que se tenga en cuenta la experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros — Justificación — Objetivo de lucha contra la precariedad»

\*\*\*Asunto C-132/22.

\*\*\*\*Objeto: una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), mediante resolución de 13 de diciembre de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 25 de febrero de 2022, en el procedimiento entre BM, NP y Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca — MIUR, dicta la siguiente

Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 45 TFUE, apartados 1 y 2, y del art. 3, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO 2011, L 141, p. 1).

2. Dicha petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre BM y NP, dos nacionales italianos que adquirieron experiencia profesional en Estados miembros distintos de la República Italiana, y el Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca — MIUR (Ministerio de Educación, Universidades e Investigación, Italia; en lo sucesivo, «Ministerio»), en relación con la legalidad de un Decreto Ministerial que establece que solo serán admitidos al procedimiento de inclusión en las listas que se elaboren para la contratación de personal, mediante contratos de trabajo por tiempo indefinido y contratos de trabajo de duración determinada, en los centros públicos italianos de formación superior artística, musical y coreográfica los candidatos que hayan adquirido cierta experiencia profesional en esos centros.

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

El art. 45 TFUE y el art. 3, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece que únicamente los candidatos que hayan adquirido cierta experiencia profesional en los centros públicos nacionales de formación superior artística, musical y coreográfica podrán ser admitidos en un procedimiento de inclusión en las listas elaboradas para la contratación, mediante contratos de trabajo por tiempo indefinido o de duración determinada, de personal en esos centros y que impide de tal manera que se tenga en cuenta, a efectos de la admisión en el referido procedimiento, la experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros.

13. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de junio de 2023*<sup>12</sup>

\*Procedimiento prejudicial — Política social — Trabajo a través de empresas de trabajo temporal — Directiva 2008/104/CE — Artículo 1 — Ámbito de aplicación —

\*\*Concepto de “puesta a disposición de manera temporal” — Transmisión por el empleador a una empresa tercera de las funciones desempeñadas por un trabajador — Puesta a disposición permanente del trabajador manteniendo su contrato de trabajo inicial»

\*\*\*Asunto C 427/21, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania), mediante resolución de 16 de junio de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de julio de 2021, en el procedimiento entre LD y ALB FILS Kliniken GmbH.

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta), Declara

El art. 1, apartado 1, en relación con el art. 3, apartado 1, letras b) a e), de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva no resulta aplicable a una situación en la que, por un lado, las funciones ejercidas por un trabajador son transmitidas con carácter definitivo por su empleador a una empresa tercera y, por otro, el trabajador, cuya relación laboral con ese empleador se mantiene por haber ejercido el trabajador su derecho de oposición a la transmisión de su relación laboral a la empresa tercera, puede quedar obligado, a requerimiento de su empleador, a realizar con carácter permanente la prestación laboral determinada en su contrato de trabajo en el establecimiento de la empresa tercera y verse sometido a estos efectos, tanto en el plano organizativo como en el técnico, a la facultad de dirección de esta última.

14. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de mayo de 2023*<sup>13</sup>

\*Asuntos acumulados C-529/21 a C-536/21 y C-732/21 a C-738/21, Glavna direktsia «Pozharna bezopasnost i zashtita na naselenieto» (Trabajo nocturno) y otros.

---

12

[https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1351EB10DF89ABA6CB431FAEEA8B048F?text=&docid=274865&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=23950273#Footnote\\*](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1351EB10DF89ABA6CB431FAEEA8B048F?text=&docid=274865&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=23950273#Footnote*)

13

[https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=273288&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2183694#Footnote\\*](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=273288&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2183694#Footnote*)

\*\* Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Rayonen sad — Kula — Bulgaria) — OP (C-529/21), MN (C-530/21), KL (C-531/21), IJ (C-532/21), GH (C-533/21), EF (C-534/21), CD (C-535/21), AB (C-536/21), AB (C-732/21), BC (C-733/21), CD (C-734/21), DE (C-735/21), EF (C-736/21), FG (C-737/21), GH (C-738/21) / Glavna direktsia «Pozharna bezopasnost i zashtita na naselenieto» kam Ministerstvo na vatreshnite raboti (Procedimiento prejudicial —

\*\*\*Política social — Ordenación del tiempo de trabajo — Directiva 2003/88/CE — Artículo 1, apartado 3 — Ámbito de aplicación — Artículo 8 — Artículo 12 — Seguridad y salud de los trabajadores nocturnos en el trabajo — Nivel de protección de los trabajadores nocturnos adaptado a la naturaleza de su trabajo — Directiva 89/391/CEE — Artículo 2 — Trabajadores del sector público y trabajadores del sector privado — Artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Igualdad de trato).

\*\*\*\*Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día...

Fallo

1) El art. 1, apartado 3, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el art. 2 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, debe interpretarse en el sentido de que la Directiva 2003/88 se aplicará a los trabajadores del sector público, como los bomberos, a los que se considere trabajadores nocturnos, siempre que dichos trabajadores ejerzan sus actividades en condiciones habituales.

2) El art. 12 de la Directiva 2003/88, a la luz del art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la duración normal del trabajo nocturno fijada en siete horas por la normativa de un Estado miembro para los trabajadores del sector privado no se aplique a los trabajadores del sector público, como es el caso de los bomberos, siempre y cuando tal diferencia de trato, en la medida en que las categorías de trabajadores de que se trate se encuentren en una situación comparable, se base en un criterio objetivo y razonable, es decir, que guarde relación con un fin legalmente admisible perseguido por dicha normativa y sea proporcionada a ese fin.

15. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 27 de abril de 2023*<sup>14</sup>

\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof — Austria)  
— Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau (BVAEB) / BB

\*\*Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Directiva 2000/78/CE — Prohibición de discriminación por razón de la edad — Pensión de jubilación — Normativa nacional que establece la asimilación, con efecto retroactivo, de una categoría de funcionarios anteriormente privilegiada por la legislación nacional sobre los derechos a pensión de jubilación a una categoría de funcionarios anteriormente desfavorecida por esta misma legislación.

\*\*\*Asunto C-681/21, BVAEB (Importe de la pensión de jubilación).

Fallo

Los arts. 2, apartados 1 y 2, letra a), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen, a falta de un imperativo de interés general, a una normativa nacional que, para poner fin a una discriminación por razón de la edad, asimila, con efecto retroactivo, el régimen de la pensión de jubilación de una categoría de funcionarios anteriormente privilegiada por la legislación nacional relativa a los derechos a pensión de jubilación al régimen de la categoría de funcionarios anteriormente desfavorecida por esa misma legislación.

16. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 27 de abril de 2023*<sup>15</sup>

\*Brunswick Bowling Products LLC, anteriormente Brunswick Bowling & Billiards Corporation / Comisión Europea, Reino de Suecia (Recurso de casación — Protección de los consumidores — Directiva 2006/42/CE —

\*\*Protección de la salud y la seguridad de los consumidores y de los trabajadores ante los riesgos derivados de la utilización de máquinas — Medidas adoptadas por el Reino de Suecia — Prohibición de comercialización de un tipo de máquina colocadora de bolos y un kit complementario — Retirada de las máquinas ya introducidas en el mercado — Decisión de la Comisión Europea que declara la medida justificada)

\*\*\*Asunto C-694/21 P.

Fallo

---

14

[https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=272969&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2183694#Footnote\\*](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=272969&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2183694#Footnote*)

15 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0694#Footnote\\*](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0694#Footnote*)

- 1) Desestimar el recurso de casación.
- 2) Condenar en costas a Brunswick Bowling Products LLC.

*17. Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023*

\* CV/Comisión («Función pública — Funcionarios — Seguridad social — Artículo 73 del Estatuto —

\*\*Reglamentación común relativa a la cobertura de los riesgos de accidente y enfermedad profesional — Enfermedad profesional — Comisión médica — Artículo 22 — Negativa a reconocer el origen profesional de una enfermedad — Regularidad del procedimiento administrativo previo — Obligación de motivación»

\*\*\*Asunto T-20/18

\*\*\*\*Objeto

Mediante su recurso basado en el art. 270 TFUE, el demandante solicita, de una parte, la anulación de la decisión de la Comisión Europea de 20 de marzo de 2017 por la que se deniega la solicitud de reconocimiento del origen profesional de su enfermedad y de la decisión de la Comisión de 15 de marzo de 2017 por la que se ponen a su cargo ciertos gastos y honorarios de los miembros de la comisión médica que se pronunció sobre esta solicitud y, por otra parte, la reparación por los perjuicios materiales y morales que alega haber sufrido a causa de dichas decisiones.

Fallo

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar a CV a cargar con las costas.

*18. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) 6 de julio de 2023<sup>16</sup>*

\*Procedimiento prejudicial — Información y consulta de los trabajadores — Directiva 2002/14/CE — Ámbito de aplicación —

\*\*Concepto de “empresa que ejerce una actividad económica” — Persona jurídica de Derecho privado perteneciente al sector público — Destitución de trabajadores nombrados para puestos de dirección — Falta de información y de consulta previa de los representantes de los trabajadores»

\*\*\* Asunto: C 404/22

\*\*\*\*Objeto: petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Dioikitiko Protodikeio Athinon (Tribunal de Primera Instancia de lo

---

16

[https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275248&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2522560#Footnote\\*](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275248&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2522560#Footnote*)

Contencioso-Administrativo de Atenas, Grecia), mediante resolución de 3 de mayo de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2022, en el procedimiento entre Ethnikos Organismos Pistopoiisis Prosonton & Epangelmatikou Prosanatolismou (Eoppep) y Elliniko Dimosio.

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

1) El art. 2, letra a), de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea debe interpretarse en el sentido de que puede estar comprendida en dicha disposición una persona jurídica de Derecho privado que actúa como una persona de Derecho público y que realiza actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, siempre que preste, además, a cambio de una remuneración, servicios que compiten con los prestados por operadores del mercado.

2) El art. 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que la obligación de información y consulta establecida en dicha disposición no es aplicable en caso de cambio de puesto de un reducido número de trabajadores nombrados *ad interim* para ocupar puestos de responsabilidad, si dicho cambio no afecta a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa de que se trate, ni supone un riesgo para el empleo en general.

#### 19. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 15 de junio de 2023<sup>17</sup>

\* Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio — Italia) — BM, NP / Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca — MIUR [Procedimiento prejudicial —

\*\*Libre circulación de los trabajadores — Artículo 45 TFUE — Reglamento (UE) n.º 492/2011 — Artículo 3, apartado 1 — Obstáculo — Igualdad de trato — Procedimiento de elaboración de listas para la asignación de puestos en determinados centros públicos nacionales — Requisito de admisión ligado a la experiencia profesional anterior adquirida en esos centros — Normativa nacional que no permite que se tenga en cuenta la experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros — Justificación — Objetivo de lucha contra la precariedad]

\*\*\* Asunto C-132/22. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Listas especiales).

\*\*\*\*Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 31 de julio de 2023. C271/6

---

<sup>17</sup> DO C 207 de 23.5.2022.

## Fallo

El art. 45 TFUE y el art. 3, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece que únicamente los candidatos que hayan adquirido cierta experiencia profesional en los centros públicos nacionales de formación superior artística, musical y coreográfica podrán ser admitidos en un procedimiento de inclusión en las listas elaboradas para la contratación, mediante contratos de trabajo por tiempo indefinido o de duración determinada, de personal en esos centros y que impide de tal manera que se tenga en cuenta, a efectos de la admisión en el referido procedimiento, la experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros.

### *20. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 15 de junio de 2023<sup>18</sup>*

\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof — Austria) — Thermalhotel Fontana Hotelbetriebsgesellschaft mbH [Procedimiento prejudicial —

\*\*Seguridad social — Reglamento (CE) nº 883/2004 — Artículo 3, apartado 1, letra a) — Concepto de «prestaciones de enfermedad» — Ámbito de aplicación — Libre circulación de los trabajadores — Artículo 45 TFUE — Reglamento (CE) nº 492/2011 — Artículo 7, apartado 2 — Ventajas sociales — Diferencia de trato — Justificaciones — COVID-19 — Aislamiento de trabajadores ordenado por la autoridad sanitaria nacional — Indemnización de dichos trabajadores por el empresario — Reembolso del empresario por la autoridad competente — Exclusión de los trabajadores transfronterizos aislados en virtud de una medida adoptada por la autoridad de su Estado de residencia]

\*\*\*Asunto C-411/22, Thermalhotel Fontana.

\*\*\*\*Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 31 de julio de 2023. C271/9

## Fallo

1) El art. 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que la compensación, financiada por el Estado, que corresponde a los trabajadores por los perjuicios patrimoniales sufridos a causa de la imposibilidad de desarrollar su actividad profesional durante su aislamiento como personas que han contraído la COVID-19 o que son sospechosas de haberla contraído o de ser contagiosas, no constituye una «prestación de enfermedad»

---

<sup>18</sup> DO C 359 de 19.9.2022.



contemplada en dicha disposición y, por tanto, no se halla comprendida en el ámbito de aplicación de ese Reglamento.

2) Los arts. 45 TFUE y 7 del Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual la concesión de una compensación por las pérdidas de ingresos sufridas por los trabajadores como consecuencia de un aislamiento ordenado a raíz de un resultado positivo en el test de detección de la COVID-19 se supedita al requisito de que la imposición de la medida de aislamiento haya sido ordenada por una autoridad de ese Estado miembro con arreglo a dicha normativa.

## **B. Autos**

### *1. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 13 de enero de 2023<sup>19</sup>*

\* Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzgericht — Austria) — XO/ Finanzamt Österreich, anteriormente Finanzamt Waldviertel (Procedimiento prejudicial — Artículos 53, apartado 2, y 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia —

\*\*Seguridad social — Prestaciones familiares — Indexación en función de los precios — Respuesta a una cuestión prejudicial que puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia — Inexistencia de relación alguna entre la cuestión prejudicial y el litigio principal — Cuestión manifiestamente inadmisibile.

\*\*\*Asunto C-574/20, Finanzamt Österreich.

\*\*\*\*Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 8 de mayo de 2023. C 164/20

Fallo

1) El examen de la primera cuestión prejudicial no ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a la validez del art. 7 del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (UE) nº 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, a la vista del art. 45 TFUE.

2) La segunda cuestión prejudicial planteada por el Bundesfinanzgericht (Tribunal Federal de lo Tributario, Austria) es manifiestamente inadmisibile.

---

<sup>19</sup> DO C 35 de 1.2.2021.

2. *Auto del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 — Oxyzoglou/Comisión*<sup>20</sup>

\*Función pública — Agentes contractuales —

\*\*Pensión de jubilación — Derechos a pensión adquiridos antes de la entrada al servicio de la Unión — Transferencia al régimen de la Unión — Bonificación de anualidades — Recurso de anulación — Solicitud de reembolso de una parte del capital transferido — Enriquecimiento injusto — Plazo de reclamación — Inadmisibilidad manifiesta — Petición de requerimiento — Incompetencia manifiesta».

\*\*\*Asunto T-342/22.

\*\*\*\*Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 29 de marzo de 2023.

\*\*\*\*\*Objeto

Mediante su recurso basado en el art. 270 TFUE, la demandante solicita, en esencia, con carácter principal, por un lado, la anulación de la decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2022 por la que se desestima su reclamación dirigida a la anulación del dictamen de 21 de abril de 2020 sobre determinación de sus derechos a pensión de jubilación y, por otro lado, la remisión de su expediente a la autoridad facultada para celebrar contratos a fin de que se determine el importe que se le debe restituir; con carácter subsidiario, que se condene a la Comisión al pago de 30 439,50 euros, en concepto de enriquecimiento injusto, y, con carácter subsidiario de segundo grado, que se solicite a la Comisión que precise su método de cálculo y lo aplique en el presente asunto.

Fallo

1) Desestimar el recurso.

2) La Sra. Despina Oxyzoglou cargará con sus propias costas y con las de la Comisión Europea.

3) El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea cargarán con sus propias costas.

3. *Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de marzo de 2023*<sup>21</sup>

\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Administrativen sad Veliko Tarnovo — Bulgaria) — DV / Direktor na Teritorialno podelenie na Natsionalnia osiguriteln institut — Veliko Tarnovo [Procedimiento prejudicial — Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia —

---

<sup>20</sup> DO C 284 de 25.7.2022.

<sup>21</sup> DO C 138 de 28.3.2022.

\*\*Trabajadores migrantes — Desempleo — Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica — Seguridad social — Artículo 30 — Determinación del derecho a prestación por desempleo — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Artículo 65, apartado 2 — Nacional de un Estado miembro que ha ejercido una actividad por cuenta ajena en el Reino Unido — Extinción de su contrato de trabajo después de la retirada del Reino Unido y de la finalización del período transitorio fijado en dicho Acuerdo — Derecho de esa persona a una prestación por desempleo en virtud de la legislación del citado Estado miembro al regresar a este].

\*\*\*Asunto C-30/22. Direktor na Teritorialno podelenie na Natsionalnia osiguritelen institut-Veliko Tarnovo.

\*\*\*\*Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 31 de julio de 2023 .C 271/11

Fallo

El art. 65, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (UE) nº 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a un supuesto en el que una persona solicita prestaciones por desempleo ante la autoridad competente de un Estado miembro en el cual no ha cubierto períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia y a cuyo territorio regresa al término de un período de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia cubierto en otro Estado, en el cual residía, en el sentido de dicha disposición, durante todo este período.

### **C. Conclusiones de los Abogados Generales del TJUE**

*1. Conclusiones de la Abogada General Sra. Tamara Čápeta presentadas el 8 de junio de 2023<sup>22</sup>*

\*Asunto C 218/22 .BU contra Comune di Copertino.

\*\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Lecce (Tribunal de Lecce, Italia)]

\*\*\*«Petición de decisión prejudicial — Política social — Ordenación del tiempo de trabajo — Directiva 2003/88/CE — Artículo 7 — Derecho a una compensación

---

22

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=274433&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=22365230#Footnote1>

económica por las vacaciones anuales no disfrutadas antes de la extinción de la relación laboral — Riesgo de recurso inadecuado a la compensación económica — Normativa nacional que, con el fin de controlar el gasto público, prohíbe sustituir mediante una compensación económica las vacaciones no disfrutadas — Carga de la prueba de la imposibilidad de disfrutar de las vacaciones durante la relación laboral»

#### IV. Conclusión

A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Tribunale di Lecce (Tribunal de Lecce, Italia) del siguiente modo:

«1) El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, no se opone a una normativa nacional que no permite sustituir mediante una compensación económica las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al término de la relación laboral, si:

- la prohibición de solicitar una compensación económica de las vacaciones no cubre el derecho a vacaciones anuales adquirido en el año de devengo en el que se produce la extinción de la relación laboral;

- el trabajador tuvo la posibilidad de disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas en los años de devengo anteriores, también durante el período mínimo de aplazamiento;

- el empleador animó al trabajador a disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas;

- el empleador informó al trabajador de la imposibilidad de acumular las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas para sustituirlas por una compensación económica al término de la relación laboral.

2) El artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 exige que el empleador demuestre que permitió al trabajador disfrutar de las vacaciones y le animó a hacerlo, que le informó de la imposibilidad de sustituir mediante una compensación económica esas vacaciones al término de la relación laboral, y que, no obstante, el trabajador decidió no disfrutar de las referidas vacaciones. En caso de que el empleador no lo acredite, deberá abonarse una compensación económica al trabajador.» Kreuziger, apartados 52 y 56; Fraport, apartado 42, y LB, apartados 25 y 45.

2. Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard de la Tour presentadas el 22 de junio de 2023<sup>23</sup>

\*Asunto C 422/22: Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Toruniu contra TE.

\*\*Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia)]

\*\*\*«Procedimiento prejudicial — Trabajadores migrantes — Seguridad social — Legislación aplicable — Reglamento (CE) nº 883/2004 — Artículo 76 — Obligación de informarse mutuamente y cooperar entre sí — Reglamento (CE) nº 987/2009 — Certificado A1 — Retirada de oficio — Artículos 6 y 16 — Inexistencia de obligación de la institución emisora de iniciar un procedimiento de diálogo y conciliación con la autoridad competente del Estado miembro de acogida — Artículos 2 y 20 — Obligación de información a dicha autoridad lo antes posible tras la retirada del certificado»

\*\*\*\*Objeto:

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del Reglamento (CE) nº 987/2009 (2) y versa, más concretamente, sobre la aplicación por analogía de los arts. 6 y 16 de dicho Reglamento a un procedimiento de retirada de un certificado A1. Dicha petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre TE y Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Toruniu (Organismo de Seguridad Social, Caja de Toruń, Polonia; en lo sucesivo, «ZUS») en relación con la decisión de este último de retirar el certificado A1 que acredita, a instancias de dicho solicitante, su situación a efectos de la aplicación de la legislación polaca en materia de seguridad social durante el período comprendido entre el 22 de agosto de 2016 y el 21 de agosto de 2017.

Conclusión

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) del siguiente modo:

«Los artículos 5, 6 y 16, por una parte, y los artículos 2 y 20, por otra, del Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (UE) nº 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, deben interpretarse en el sentido de que:

---

23

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1351EB10DF89ABA6CB431FAEEA8B048F?text=&docid=274884&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=23950273#Footnote1>

- una institución que, a raíz de comprobaciones efectuadas por iniciativa propia, haya constatado que ha expedido indebidamente un certificado A1, puede retirarlo sin iniciar previamente un procedimiento de diálogo y conciliación con las instituciones competentes de los Estados miembros afectados con el fin de determinar la legislación aplicable.
- No obstante, dicha institución está obligada a informar lo antes posible de su decisión de retirada a las instituciones competentes de los Estados miembros afectados.»

# JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL

## LA OBTENCIÓN DE PRUEBA A TRAVÉS DE LA ACTIVIDAD DE DETECTIVES PRIVADOS: LA NULIDAD DE LA FUENTE DE PRUEBA y LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

Comentario a la STS de 12/09/2023 (RCUD 2261/2022)

Por

ELENA GARCÍA TESTAL  
Profesora Titular de DTSS  
Universitat de València

[elena.garcia@uv.es](mailto:elena.garcia@uv.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

**RESUMEN:** El ejercicio de las facultades vigilancia y control de las personas contratadas laboralmente por parte de la empresa requiere aplicar a las medidas adoptadas los límites derivados de la proporcionalidad, la idoneidad y la necesidad, también cuando esta vigilancia se efectúa a través de la actividad profesional de los detectives privados. La nulidad de la fuente de prueba así obtenida no presupone la nulidad de la decisión extintiva.

**PALABRAS CLAVE:** Vigilancia y control; detective privado; derechos fundamentales; intimidad.

**SUMARIO:** I. La STS de 12 de septiembre de 2022 (RCUD 2261/2022).- II. La actividad de detectives privados en el ámbito laboral.- III. Razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la decisión de la empresa de realizar la vigilancia y control de la actividad de las personas trabajadoras mediante la actuación profesional de detectives privados.- IV. El proceso judicial: la aportación de la prueba de detective en el orden social de la jurisdicción.- V. La nulidad de la fuente de prueba no presume la nulidad del despido.- VI. Reflexión final.- VII. Bibliografía citada.

### **OBTAINING EVIDENCE THROUGH PRIVATE DETECTIVE ACTIVITY: NULLITY OF THE SOURCE OF EVIDENCE AND THE DISMISSAL QUALIFICATION**

**ABSTRACT:** The exercise of monitoring and control powers over individuals hired by the company requires applying limits derived from proportionality, suitability, and necessity to the measures taken, even when this surveillance is carried out through the professional activity of private detectives. The nullity of the source of evidence thus obtained does not presuppose the nullity of the termination decision.

**KEYWORDS:** Surveillance and control; private detective; fundamental rights; privacy.

SUMMARY: I. The STS of September 12, 2022 (RCUD 2261/2022).- II. The Activity of Private Detectives in the Workplace.- III. Reasonableness, Necessity, Suitability, and Proportionality of the Company's Decision to Monitor and Control the Activities of Employees through the Professional Actions of Private Detectives.- IV. The Judicial Process: the Introduction of Detective Evidence in the Social Order of Jurisdiction.- V. The Nullity of the Source of Evidence Does Not Presume the Nullity of the Termination.- VI. Final Reflection.- VII. Cited Bibliography.

## **I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2023 (RCUD 2261/2022)**

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2023, resuelve el Recurso de Casación para la Unificación de Sentencia núm. 2261/2022, interpuesto contra la Sentencia dictada por el TSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2022, en resolución del Recurso de Suplicación 2469/2021.

El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, interpuesto por la empresa, cuestiona la calificación de nulidad del despido disciplinario de un trabajador, al estar basada ésta en la vulneración de su derecho a la intimidad, consecuencia de la prueba obtenida mediante la contratación de un detective privado.

Tanto la Sentencia del TSJ como la del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Bilbao habían estimado la demanda del trabajador, declarando la nulidad del despido y condenando, además, al pago de una indemnización por lesión del derecho fundamental a la intimidad. Para alcanzar el fallo, se valoró la falta de justificación por la empresa del uso de la prueba de detective, y, en consecuencia, la imposibilidad de tomarla en consideración (prueba ilícita), además de la lesión al derecho a la intimidad del trabajador (prueba con vulneración de un derecho fundamental), lo que resultó determinante para la calificación del despido.

En el examen de contradicción, el TS analiza la comparación entre la Sentencia impugnada y la del TSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2017, girando ambas en torno a la necesidad de acreditación de existencia de indicios de incumplimientos laborales por el trabajador para la licitud de la prueba -testifical- de detective, coincidiendo en uno y otro la inexistencia de indicios previos que amparasen la prueba de detectives privados y resolviendo de forma contradictoria.

La STS de 12 de septiembre de 2022 estima en parte el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina interpuesto por la empresa, casando y anulando la sentencia del TSJ del País Vasco de 22 de febrero 2022 y revocando la dictada por el Juzgado núm. 6 de los de Bilbao, y estimando la pretensión subsidiaria de la demanda declara la improcedencia del despido, condenando a la empresa a optar entre readmisión y abono



de salarios dejados de percibir o abono de la indemnización prevista para el despido improcedente.

## II. LA ACTIVIDAD DE DETECTIVES PRIVADOS EN EL ÁMBITO LABORAL

Verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de las personas trabajadoras por la empresa, ejercitando la facultad de vigilancia y control atribuida a la empresa por el art. 20.3 del ET, se ha venido realizando mediante los servicios de los detectives privados. Aunque el recurso es frecuente, tanto para la verificación de las situaciones de incapacidad laboral, como para la comprobación de una sospechada competencia desleal pero también para el control del cumplimiento de la prestación laboral, es posible cuestionarlo, como ha señalado la doctrina, por encontrarnos con el ejercicio de un poder empresarial realizado por personas ajenas a la organización empresarial<sup>1</sup>, por lo que se le debe atribuir el carácter de excepcional y sometido a límites. Pese a todo, ha sido legitimado y admitido legislativa y jurisprudencialmente<sup>2</sup>.

El art. 20.3 ET ampara la adopción de las medidas de vigilancia y control que el empresario “estime más oportunas” aunque recuerda que debe guardar “la consideración debida” a la dignidad de los trabajadores y ha de tener en cuenta, en su caso, “la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

Además, la referencia a la dignidad de los trabajadores está directamente vinculada con el necesario respeto a sus derechos fundamentales, y en este sentido debe estarse a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de noviembre de protección de datos de carácter personal, que se refiere a la protección de la intimidad y de la propia imagen en los procesos de vigilancia a través de medios tecnológicos y videovigilancia<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Por todos, GOÑI SEIN, J.L. (1988), *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid: Civitas, p. 130-138, se muestra muy crítico con esta opción de legitimación de la utilización de los agentes investigadores y señala “La actividad de control viene dirigida -como no podía ser de otra manera- por lo significativa referencia del art. 20.3 ET a la verificación de la rectitud del trabajador en el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales. Consiguientemente, la función de vigilancia debe ceñirse exclusivamente a la actividad laboral y ejercitarse por personal integrado en la organización de la empresa.” (p. 131, y más adelante señala “debe realizarse siempre con caracteres de publicidad y nunca debe desarrollarse por procedimientos ocultos (p. 136), así como que “se viola un límite general concretado en el postulado de la buena fe de lealtad que habitualmente debe presidir el comportamiento contractual” (p. 138).

<sup>2</sup> MERCADER UGUINA, Jesús R., (2020), “La protección de datos del informe de detectives privados” en *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba* La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba, Taléns Visconti (dir.)- Valls Genovard (dir.), Madrid: Wolters Kluver, p. 290.

<sup>3</sup> GIL PLANA, Juan, (2020), “Las vicisitudes probatorias del informe de detectives La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba” en *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Taléns Visconti-Valls Genovard (dirs.), Madrid: Wolters Kluver, ISBN 9788490904572, p. 312. También DÍAZ

De manera que, junto al poder contractual empresarial de control de las actividades laborales ejercido sobre la plantilla de trabajadores, encontramos el derecho de los trabajadores a la protección de sus datos personales<sup>4</sup>, especialmente en riesgo cuando se desarrolla la vigilancia fuera del centro de trabajo, como es el caso analizado en la STS de 12 de septiembre de 2023 que analizamos en este estudio.

Debemos partir, entonces, de los términos legales que delimitan la actuación de los detectives privados, sujeta a la Ley de Seguridad Privada (Ley 5/2014, de 4 de abril, en adelante LSP), cuyo art. 1 señala que:

“... tiene por objeto regular la realización y la prestación por personas privadas, físicas o jurídicas, de actividades y servicios de seguridad privada que, desarrollados por éstos, son contratados, voluntaria u obligatoriamente, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, para la protección de personas y bienes. Igualmente regula las investigaciones privadas que se efectúen sobre aquéllas o éstos. Todas estas actividades tienen la consideración de complementarias y subordinadas respecto de la seguridad pública”.

En su desarrollo el art. 48 LSP identifica los denominados “Servicios de investigación privada”, como aquellos que, a cargo de detectives privados, consisten:

“en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con los siguientes aspectos: a) Los relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados”

para a continuación señalar aspectos relevantes de la actuación de los detectives privados en la ejecución de servicios de investigación privada, de los que quiero destacar los siguientes:

1. El encargo de una investigación a los detectives privados requiere motivación y justificación de un interés legítimo relacionado con la persona investigada y con la obtención de información sobre conductas o hechos privados o con la investigación de delitos perseguibles solo a instancia de parte (art. 48.2 y

---

RODRÍGUEZ, Juan Miguel (2013), Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial, Tirant lo Blanch.

<sup>4</sup> GARRIDO PÉREZ, Eva (2019), “La actuación de los detectives privados como instrumento de control empresarial”, Temas Laborales, núm. 150/2019, p. 229.

57.1.o LSP)<sup>5</sup>.

2. El necesario respeto a los derechos fundamentales en la realización de su actividad, mencionándose expresamente el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones y la protección de datos, por ser los que principalmente pueden quedar afectados por la realización de una actividad investigadora sobre el comportamiento de las personas<sup>6</sup>.

3. La prohibición de investigación de “la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados” (art. 48.3 LSP).

Esta cuestión fue delimitada por la STS de 25 de mayo de 2023 (RCUD 2339/2022), afirmando que:

“Parece razonable deducir que también el jardín del domicilio del trabajador es un lugar en el que solo puede entrarse con el consentimiento de este, titular del domicilio, o, salvo supuestos de flagrante delito, mediante resolución judicial (artículo 18.2 CE). En efecto, se trata de un ámbito en el que se ejerce la vida íntima, personal y familiar y que puede permanecer ajeno a las intromisiones de terceros en contra de la voluntad de su titular. Es un espacio en el que este también tiene una expectativa legítima de privacidad, aunque pueda ser con alguna intensidad menor que en el espacio edificado distinto del jardín. Y, de no considerarse que el jardín sea, en sentido estricto, el domicilio del trabajador, dicho jardín entrará sin dificultad en el concepto de otros lugares reservados (artículos 48.1 a) y 48.3 de la Ley 5/2014), que lo son porque toda intromisión de terceros en ellos necesita del consentimiento de su titular”.

Si los detectives privados no pueden investigar lo que sucede en los domicilios u otros lugares reservados de las personas (como lo es el jardín del domicilio del trabajador, que requiere consentimiento del titular para su entrada) la prueba así obtenida no será lícita, por violar el derecho fundamental a la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE), por lo que su utilización para fundamentar un despido disciplinario conducirá a la declaración de improcedencia. Y ello con fundamento en lo previsto en los mencionados artículo 48.6 y 49.5 LSP pues si, como señala la STS 25 de mayo de 2023 (RCUD 2339/2022) los detectives privados no pueden,

---

<sup>5</sup> MERCADER UGUINA Jesús R., (2020), “La protección de datos del informe de detectives privados”, citado, p. 295.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos (2018), “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales”, en Aranzadi Digital núm. 1/2018 (BIB 2018/14676).

investigar lo que transcurra en los domicilios u otros lugares reservados de las personas, los informes realizados por los servicios de investigación privada, que han de ejecutarse con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad tienen carácter reservado y los datos obtenidos a través de las investigaciones solo se podrán poner a disposición del cliente o, en su caso, de los órganos judiciales y policiales<sup>7</sup>.

4. La necesidad de velar por los derechos de sus clientes (en nuestro ámbito, las empresas) que debe cohonestarse con el respeto a los derechos de los sujetos investigados (en nuestro caso las personas trabajadoras) (art. 48.5 LSP).

5. La aplicación, en la ejecución de los servicios de investigación privada, de los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad (art. 48.6 LSP). Así que, como se ha señalado por el profesor MERCADER el control de la actividad laboral de los trabajadores por detectives privados al estar sometida al principio de proporcionalidad, debe respetar los juicios de justificación, adecuación de la medida, indispensabilidad o estricta necesidad<sup>8</sup>. Y, en mi opinión, esta resulta clave para amparar la actuación de las empresas en su encargo de vigilancia a personas ajenas al círculo empresarial.

La atención jurídico laboral de la actividad de vigilancia encargada a los detectives privados por una empresa requiere especial atención por la posibilidad de que resulten afectados derechos fundamentales, debiendo atenderse, en mi opinión, a tres momentos decisivos:

- Respecto a la actuación de la empresa, se pueden identificar conflictos de derechos tanto en la propia toma de decisiones respecto a la adopción de la medida de vigilancia mediante detectives privados, como en las actuaciones y decisiones empresariales basadas en las pruebas obtenidas e informes emitidos por los detectives privados. Ambas actuaciones (la toma de la decisión de encomendar la investigación privada como las consecuencias que se deriven sobre la relación laboral) deben resultar respetuosas con los derechos fundamentales de los trabajadores afectados (vid. *infra* 3.1);

- En relación con las actuaciones de vigilancia por los detectives privados. Estos profesionales deben respetar los límites establecidos en la LSP y los

---

<sup>7</sup> PALOMINO SAURINA, Pilar (2023), “¿En qué supuesto no sería válida la prueba para fundamentar un despido disciplinario? (Comentario de la sentencia del TS de 25 de mayo de 2023, rec. 2339/2022)”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, núm. 10335.

<sup>8</sup> MERCADER UGUINA Jesús R., (2020), “La protección de datos del informe de detectives privados”, citado, p. 298.

derechos fundamentales de la persona trabajadora, pues en caso contrario se contagiará la prueba obtenida vulnerándolos y, en consecuencia, las decisiones empresariales que traen su causa (vid. *infra* 3.2);

- En el proceso judicial desarrollado ante una impugnación de dichas decisiones empresariales, y, en consecuencia, la valoración de la aportación de las pruebas obtenidas al proceso judicial (vid. *infra* 4).

### **III. RAZONABILIDAD, NECESIDAD, IDONEIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA DECISIÓN DE LA EMPRESA DE REALIZAR LA VIGILANCIA Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MEDIANTE LA ACTUACIÓN PROFESIONAL DE DETECTIVES PRIVADOS**

La pretensión con el encargo de vigilancia de la empresa al detective para la investigación profesional de alguna persona con la que mantiene aquella relación laboral es obtener una prueba válida, y para asegurar esta validez es necesario analizar y cuestionar las actuaciones de los dos sujetos que intervienen:

- En primer lugar, sería preciso valorar la decisión de la empresa de encomendar la vigilancia de las personas trabajadoras a través de un sistema de vigilancia privada (vid. 3.1).

- En segundo lugar, es preciso enjuiciar la propia labor de investigación realizada por el detective privado, pues dado que utiliza medios de grabación de imágenes y sonido, y que habitualmente realiza su labor en espacios y tiempos no laborales, debe mantenerse el respeto a los derechos fundamentales de la persona investigada, relativos a la intimidad y la propia imagen, pero también a la protección de sus datos personales (vid. 3.2).

**3.1. Sobre la decisión empresarial:** En el ejercicio del poder de dirección se atribuye al empresario la función de vigilancia y control de la actividad de las personas por aquel contratadas. Es a la empresa a la que corresponde decidir el sistema de vigilancia y control de sus trabajadores, pero creo que es importante recordar que no existe una libertad absoluta en la toma de la decisión del método de control oportuno que deberá respetar unos límites<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> DÍAZ RODRÍGUEZ, JUAN MIGUEL (2013), Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial, Tirant lo Blanch, p. 63 y ss.

La interpretación más literal del art. 20.3 ET limita la vigilancia al estricto ámbito de la prestación de servicios laborales, pues la finalidad es el control del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, respetando la dignidad e intimidad del trabajador<sup>10</sup>.

Sin embargo, ni las formas, ni los lugares, ni los tiempos de prestación de servicios son unívocas, ni los incumplimientos laborales se desarrollan siempre en tiempo y lugar de trabajo, pudiendo alcanzar, en algunos supuestos, esferas limítrofes con la esfera personal del trabajador/a. Frente al modelo clásico de prestación de servicios, ha de prestarse atención a la descentralización del proceso productivo y la pérdida de relevancia de la presencialidad del trabajador en el centro de trabajo, efectos favorecidos por la evolución tecnológica, que colabora a la pérdida de fronteras entre la vida profesional y la vida personal, y facilitan las posibilidades de control<sup>11</sup>.

De acuerdo con ello, no puede admitirse la extensión infinita del control empresarial, sino la efectividad del límite general establecido para el regular ejercicio del poder de dirección empresarial de no alcanzar las actividades extralaborales del trabajador, que solo puede ceder cuando existan fundados indicios o sospechas de que existen conductas no laborales, o no realizadas en tiempo y lugar de trabajo, que repercutan negativamente sobre el cumplimiento de la prestación laboral, o constituyan una conducta desleal o en perjuicio de la empresa<sup>12</sup>, configurándose como transgresiones de la buena fe contractual.

En el supuesto enjuiciado en la STS de 12 de septiembre de 2023 (RCUD 2261/2022), que ahora comentamos, constan acreditadas las circunstancias concretas de la prestación de servicios del trabajador que desarrollaba sus funciones “limpiando cristales y las superficies de las instalaciones atendidas por la empresa (polideportivos), en horario de 6 a 13, desplazándose en coche de un establecimiento a otro junto con otro compañero. Entre semana, el compañero se lleva el vehículo a su domicilio al finalizar la jornada, dejando en su domicilio al actor. El viernes es el actor quien lleva al compañero a XXX, volviendo con el vehículo de empresa, con el que se queda hasta el lunes” (Antecedente de Hecho Primero de la STS de 12 de septiembre de 2023, reproduciendo los Hechos Probados de la SJS núm. 6 de Bilbao de 6 de julio de 2021).

---

<sup>10</sup> Como señala GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO, (2005), *El control empresarial*, Valencia: CISS, p. 184, de acuerdo con los precedentes constitucionales y la doctrina de los tribunales, el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto pudiendo ceder ante otros derechos constitucionales legítimos.

<sup>11</sup> Interesantes reflexiones de NORES TORRES, L. ENRIQUE y GOERLICH PESET, JOSÉ M<sup>a</sup> (2020), “Protección de la privacidad digital: derecho a la desconexión e investigación en redes sociales”, en *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba* / Eduardo Enrique Taléns Visconti (dir.), María Ángeles Valls Genovard (dir.), 2020, p. 116 y ss.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2014), “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”, *Actualidad laboral*, núm. 12-2014, p. 3/14.

Sin embargo, en este relato de Hechos Probados de la SJS núm. 6 recién mencionada no consta, en ningún momento, la justificación de las razones por las que la empresa decide someter al trabajador y a su compañero a una vigilancia y seguimiento por detective, únicamente que como consecuencia del informe realizado por el profesional se imputan a los trabajadores una serie de incumplimientos que avalan la decisión de proceder al despido disciplinario del trabajador. Más bien al contrario. En la SJS núm. 6 de Bilbao de 6 de julio de 2021 según recoge la STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2022 que resuelve el Recurso de Suplicación núm. 2469/2021 se afirma que “no habría presentado la empresa una acreditación solvente del presupuesto que hace justificado el recurso al seguimiento por detective”.

Y es por ello por lo que, de acuerdo con lo acreditado en este supuesto de hecho, surge de forma inmediata la duda sobre si se ha producido respetando la dignidad y la intimidad del trabajador, y si se han respetado las limitaciones derivadas para investigar la vida extralaboral del trabajador, garantizando el espacio sin injerencias del empresario<sup>13</sup>.

El debate debe centrarse, con carácter general, en las limitaciones que cabe imponer a la empresa cuando establece mecanismos de vigilancia y control, pero de forma especial cuando ese control puede recaer en aspectos de la vida privada de la persona contratada, y en concreto, cuando se realiza mediante la contratación de detectives privados, a los que cabe extender las necesidades de acreditar la proporcionalidad y justificación de la decisión, su necesidad y su idoneidad por la posible vulneración de derechos fundamentales del trabajador. Es en este contexto en el que, en mi opinión, cabe exigir a la empresa la justificación de su decisión.

En efecto, como ya indicaba, ni la SJS núm. 6 de Bilbao, que declaró nulo el despido por lesión del derecho fundamental a la intimidad, y que fue recurrida, y desestimado el recurso planteado ante el TSJ del País Vasco, ni la Sentencia de este TSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2022, que confirmó la SJS, adicionando únicamente al relato fáctico las bases de cotización de los doce meses previos al despido, incluyen ninguna acreditación de la justificación de la necesidad de adoptar esta vigilancia ni ninguna advertencia relacionada con la conformación de la voluntad de la empresa de investigar al trabajador mediante detectives privados.

Y ello conduce a la Sentencia del Juzgado de lo Social a estimar que la vulneración del derecho fundamental se había producido, pues la empresa “no había justificado el uso de la prueba de detective por lo que no era posible tomar en cuenta los resultados

---

<sup>13</sup> Tal y como se viene RODRÍGUEZ COPÉ, M.<sup>a</sup> Luisa (2001), “El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de febrero de 2000 y de Asturias de 17 de noviembre de 2000”, *Temas Laborales*, núm. 62, p. 219.

probatorios obtenidos a partir de ese seguimiento, habiéndose lesionado sin sustento alguno el derecho a la intimidad del trabajador” (FJ 1º). Apreciación confirmada por la STSJ del País Vasco que estimó que “estamos ante una prueba ilícita, vulneradora del derecho a la intimidad”. Compartimos así las argumentaciones que efectúa la STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2022, cuando afirma que:

“ante una prueba ilícita, vulneradora del derecho a la intimidad del demandante puesto que no se ha justificado por la empleadora la razón por la que acordó el seguimiento del actor, no respetando el recurso a tal medida el principio de proporcionalidad preciso para adoptar cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, para lo que hubiera sido preciso la acreditación de fundadas sospechas de irregularidades cometidas por el actor que amparasen el seguimiento instaurado, que tampoco cumple el parámetro de necesidad y el de idoneidad, insistimos a la luz de lo acreditado, y todo ello conforme a doctrina constitucional extensa y detalladamente expuesta en la sentencia de instancia”.

Sin embargo, la empresa cuestiona estas decisiones judiciales y para justificar la contradicción propone como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2017, que había validado una prueba de vigilancia privada, por considerarla no invasiva de la intimidad del trabajador, pese a realizarse en el ámbito privado y no constar que la empleadora tuviese indicio alguno de incumplimiento de sus deberes laborales, entendiéndose que la prueba resultaba idónea, necesaria y proporcional para el fin pretendido por la empresa. La SJS núm. 6 de Bilbao y la STSJ del País Vasco impugnada, por el contrario, vinculaban la falta de justificación del seguimiento con la falta de respeto al principio de proporcionalidad, necesario debido a la adopción de una medida restrictiva de derechos fundamentales, la falta de necesidad y de idoneidad de la prueba de detectives, y no existiendo otra prueba de los incumplimientos concluyen que el despido debe declararse nulo.

La STS de 12 de septiembre de 2023, tras el correspondiente repaso jurisprudencial y legislativo, toma en consideración los siguientes hechos:

- La observación del detective privado no tiene lugar ni en el domicilio del trabajador ni en otros lugares reservados.
- La encomienda del seguimiento e investigación se refirió al desempeño de la actividad asignada al trabajador, que se desarrollaba fuera del centro de trabajo.
- La carta de despido, que se basó exclusivamente en el informe del detective, le imputa una “multitud” de incumplimientos laborales y delitos penales.
- La prueba realizada en el juicio oral no acreditó de forma solvente el



presupuesto que justificaría el recurso al seguimiento por el detective.

A partir de este desarrollo fáctico se plantean dos debates: el relativo a la declaración en torno a la licitud o ilicitud de la prueba y, la adecuada calificación de la decisión extintiva, como improcedente o nula.

Al respecto señala el TS que, aunque la LSP se refiera a la afectación de los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad a los informes de los servicios de investigación privada, esta previsión “no requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba”, así como que “la exigencia de indicios relevantes o sospechas fundadas llegaría a hacer inútil o superflua la adición de otros elementos probatorios” (FD 3.4).

En este sentido llama la atención la propia LSP que da respaldo a las actuaciones de los servicios de investigación admitiendo con laxitud el recurso a estos servicios, no exige la necesidad de alegación de causa, motivo o finalidad de la decisión empresarial de acudir a este sistema de control, pues cuando el art. 48.1 LSP admite la realización de averiguaciones sobre conductas o hechos privados relativos, entre otros, al ámbito laboral solamente exceptúa que se desarrollen las labores de vigilancia en domicilios o lugares reservados, habilitándose un amplio campo de actuación para realizar investigaciones sobre conductas privadas o utilizar medios técnicos de vigilancia (cámaras, videovigilancia, grabación de imágenes o sonidos), con el límite genérico de no lesionar derechos fundamentales de las personas sometidas a vigilancia<sup>14</sup>.

El marco normativo vigente no exige al empresario la demostración de la insuficiencia o inutilidad de otros medios de vigilancia, y el recurso a esta modalidad de vigilancia se muestra como un recurso hábil cuando la conducta del trabajador se desarrolla fuera de un centro de trabajo o cuando la conducta atentatoria del deber de buena fe contractual se produce fuera de lugar y tiempo de trabajo o durante una situación suspensiva. El reconocimiento de la habilidad de esta prueba para la realización de esta función no debe conducirnos a estimar la absoluta existencia de libertad empresarial a acudir a la figura de vigilancia externa por medio de la actuación de los investigadores o detectives privados.

Sin embargo, la conclusión que alcanza el TS en su Sentencia de 12 de septiembre de 2023 consiste en descartar la ilicitud de la prueba cuando ésta se hace depender de la existencia de indicios relevantes de los eventuales incumplimientos en la prestación de servicios, de manera que considera que, en el supuesto enjuiciado, la vigilancia

---

<sup>14</sup> GARRIDO PÉREZ, Eva (2019), “La actuación de los detectives privados como instrumento de control empresarial”, citado, p. 230-232.

acordada no atenta a la dignidad del trabajador ni a su intimidad. No obstante, tratándose de un recurso extraordinario no cabe una nueva valoración de la prueba.

**3.2.** Sobre la actuación profesional de los investigadores privados: además de la colisión entre la esfera íntima de la persona trabajadora y los poderes empresariales de vigilancia y control, se añade el de los medios empleados para ejercitar esos poderes empresariales, en nuestro caso, el recurso a la actividad de investigación de los detectives privados. Como ya se ha señalado se trata de una actuación no prohibida por nuestro ordenamiento jurídico-laboral y que puede afectar, de forma importante, a los derechos fundamentales de la persona investigada. Es por ello por lo que, del mismo modo que en el resto de las facultades empresariales de vigilancia y control, deben imponerse los límites generales de interés empresarial y respeto al principio de proporcionalidad a la actividad de investigación de los detectives privados en la vigilancia y control de las personas trabajadoras en nombre de la empresa<sup>15</sup>.

La STS de 12 de septiembre de 2023, que comentamos, añade un elemento más en la valoración de la prueba de seguimiento: “Descartamos la calificación de ilicitud de la prueba que se hace depender de una existencia previa de indicios relevantes de los eventuales incumplimientos en la prestación de servicios. La clave del juicio de licitud no resulta tributaria de la causa remota (...)”, a lo que añade “la vigilancia acordada con cobertura en las facultades de dirección no puede tildarse en este caso de atentatoria a la propia dignidad del trabajador ni a su intimidad personal” (FD 3.4).

Así las cosas, no existe más juicio de proporcionalidad y necesidad de la medida de vigilancia por servicios de investigación privada que la propia cobertura derivada del ejercicio regular del poder de dirección, sin determinarse ni exigirse previamente la justificación objetiva y razonada de la necesidad de acudir a esta medida que puede atentar la dignidad y la intimidad de las personas trabajadoras. De forma que, en el supuesto resuelto en la STS de 12 de septiembre de 2023, no confirmándose la vulneración del derecho a la intimidad se estima que las labores de vigilancia entran en las facultades directivas.

Lo que no obsta que, en el caso enjuiciado pueda valorarse la prueba, como a continuación se explica (infra 4).

#### **IV. EL PROCESO JUDICIAL: LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA DE DETECTIVE EN EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN**

De acuerdo con las previsiones del art. 49 de la LSP:

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2014), “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”, Actualidad laboral, núm. 12-2014, p. 2/14.

“1. Por cada servicio que les sea contratado, los despachos o los detectives privados encargados del asunto deberán elaborar un único informe en el que reflejarán el número de registro asignado al servicio, los datos de la persona que encarga y contrata el servicio, el objeto de la contratación, los medios, los resultados, los detectives intervinientes y las actuaciones realizadas”.

Además de los arts. 265.1.5 y 380 LEC se deduce que los informes elaborados por profesionales de la investigación privada deben acompañar a la demanda y sobre ellos se practicará prueba testifical.

Sin embargo, estas previsiones legales resultan inaplicables en el proceso laboral, no sólo por la previsión del art. 80 LRJS, sino también porque suele ser una prueba aportada por la parte empresarial, por lo que como regla general se aportará en la vista oral en la fase de proposición y admisión de los medios de prueba (art. 87 LRJS)<sup>16</sup>. Se genera, no obstante, la duda sobre si debe realizarse una única proposición de medios de prueba o una diferente para la declaración testifical del detective y otra para la reproducción de imágenes y/o sonidos.

Una de las principales dificultades derivadas de la prueba consistente en el informe elaborado por estos profesionales es que no resulta apto para la modificación de los hechos probados en fase de recurso, al no ser considerado ni prueba documental ni pericial, como de forma insistente reiteran los Tribunales del Orden Social. La STS de 24 de febrero de 1992 (RCUD 1059/1991) ya negó a los informes de detectives privados aportados al proceso valor documental a efectos de revisión de hechos en un recurso de casación, indicando que se trata de una prueba testifical impropia, que adquiere todo su valor procesal como prueba testifical cuando el informe es ratificado en juicio por su firmante, el profesional que lo realizó. Que el informe aportado no es prueba documental, sino testimonio documentado ha sido reiterado por el TS, y como recuerda la STS de 17 junio 1996 (Recurso de Revisión núm. 1611/1995) “el informe no es un documento, sino un testimonio documentado o, más exactamente, un testimonio que se prestó en juicio con el apoyo de un documento y de un medio mecánico de reproducción de la imagen”. Dado que el detective se encarga de ejecutar las actividades de averiguación de información y pruebas en relación con las conductas de las personas trabajadoras, a través del seguimiento y observación de personas o interrogatorio de terceros<sup>17</sup>, y que el

---

<sup>16</sup> GIL PLANA, Juan (2020), “Las vicisitudes probatorias del informe de detectives La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba”, citado, p. 321

<sup>17</sup> Conforme se ha señalado [MORALES PRATS, Fermín y MARCO FERNÁNDEZ, Francisco (1999) “La naturaleza-jurídico procesal del detective privado: el testigo-perito. (Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998)”, BIB 1999\735, Actualidad Jurídica

resultado se plasma en un informe, este solamente es la plasmación de lo percibido, por lo que la prueba aportada al proceso debe entenderse, sin duda, que tiene naturaleza de prueba testifical<sup>18</sup>. En este sentido “consiste en una prueba personal que los Tribunales pueden valorar libremente, en función del conjunto de circunstancias concurrentes tanto desde el punto de vista de la legalidad de su intervención como desde el de la credibilidad de sus manifestaciones” (FD 3.4 de la STS de 12 de septiembre de 2023 citando la STC 114/84).

En consecuencia, resulta vedada una nueva valoración de la prueba en el RCUD, sino que debe estarse a la valoración efectuada en la instancia por el JS núm. 6 de Bilbao y confirmada por el TSJ del País Vasco, de donde deriva la inexistencia de prueba que acredite los incumplimientos imputados al trabajador y la derivada calificación del despido ante esta falta de acreditación.

## **V. LA NULIDAD DE LA FUENTE DE PRUEBA NO PRESUME LA NULIDAD DEL DESPIDO**

La última de las cuestiones que deben abordarse es la de los efectos que la nulidad de una prueba genera sobre la calificación del despido.

Y es que en el supuesto resuelto por la STS de 12 de septiembre de 2023 se aborda la cuestión de los efectos que la licitud o ilicitud de la prueba ha de tener sobre la calificación de la decisión extintiva, al ser la prueba considerada ilícita (la testifical derivada de la actuación de los detectives privados) la única prueba.

En el supuesto enjuiciado, al no poder valorar nuevamente la prueba derivada del informe del detective privado, y haber de asumir la valoración efectuada en la instancia (supra 4) se deriva la ausencia de acreditación por la empresa de los incumplimientos imputados al trabajador en la carta de despido (al tratarse de la única prueba aportada sobre los hechos) por lo que considera el TS únicamente procede la declaración de improcedencia, pero no la de nulidad como habían determinado el Juzgado de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia.

Para ello es preciso efectuar la distinción entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido, y la inexistencia de una correlación entre ambas, acudiendo a la afirmación de la STS de 26 de julio de 2022 (RCUD 1675/2021) que afirmó “un despido

---

Aranzadi num.396]: “La intervención del detective privado en el proceso se lleva a cabo con la aportación, por una de las partes, de un informe escrito que recoge cuanto observó, o escuchó, así como la constancia documental, gráfica, videográfica o sonora de los hechos. Aportada la prueba mediante ese informe, en principio, debe ser ratificada en juicio mediante la declaración testifical del detective privado”.

<sup>18</sup> GIL PLANA, Juan (2020), “Las vicisitudes probatorias del informe de detectives La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba”, citado, p. 317.

no es necesariamente nulo por el hecho de que venga basado en una fuente probatoria que haya comportado la vulneración de derechos fundamentales”. Y así, proyectando las claves de la STC 61/2021 entiende que “no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una consecutividad lógica y jurídica (...) así como que “no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo”, ni en consecuencia procede indemnización por lesión de un derecho fundamental.

Sobre la cuestión ya existían pronunciamientos previos del Tribunal Supremo confirmando que la nulidad de la prueba no conduce necesariamente a la nulidad del despido, sino exclusivamente a la expulsión de la prueba así obtenida del proceso judicial<sup>19</sup>, de modo que no existiendo otras pruebas procede declarar la improcedencia de la decisión extintiva por no acreditación de los incumplimientos imputados.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

Pese a que nadie discute que los derechos a la intimidad, la privacidad, o la protección de datos de las personas contratadas laboralmente, deben ser respetados por la empresa y suponen un límite a la facultad de vigilancia y control empresarial, en cuanto que derechos fundamentales de reconocimiento constitucional (art. 18 CE), la adopción de medidas para llevarlas a cabo a través de la actividad de los detectives privados continúan siendo avaladas por los tribunales del orden social, teniendo la empresa libertad para contratar los servicios de estos profesionales. No obstante, en mi opinión, deba exigirse en primer lugar una especial atención a la empresa en la justificación de la proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida adoptada, que incluyen al menos la acreditación de existencia de un legítimo interés, de una sospecha de incumplimientos por parte del empleado, que legitime la sumisión a esta vigilancia extraordinaria. Y, en segundo lugar, un comportamiento del detective privado que no sea lesivo a los derechos del trabajador sometido a vigilancia, pues el interés del empleador no justificaría una conducta indebida del detective<sup>20</sup>. Lo contrario debe conducir a la nulidad de la fuente de prueba.

Cuestión distinta, recuerda el TS en la Sentencia de 12 de septiembre de 2023, es que la nulidad de la fuente de prueba conduzca a la nulidad en la calificación del

---

<sup>19</sup> *Inextenso* TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique (2020), “Vídeo-vigilancia en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba” en *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Taléns Visconti (dir.)- Valls Genovard (dir.), Madrid: Wolters Kluwer, p. 224 y ss.

<sup>20</sup> GARRIDO PÉREZ, Eva (2019), “La actuación de los detectives privados como instrumento de control empresarial”, citado, p. 238.

despido, estimando en el caso concreto que procede la declaración de improcedencia por inexistencia de otra prueba de los incumplimientos alegados por la empresa, siguiendo pronunciamientos anteriores de la misma Sala<sup>21</sup>.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel (2013), *Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial*, Tirant lo Blanch.

GARCÍA NINET, José Ignacio (2005), *El control empresarial en el ámbito laboral*, Valencia: CISS.

GARRIDO PÉREZ, Eva (2019), "La actuación de los detectives privados como instrumento de control empresarial", *Temas Laborales*, núm. 150/2019.

GIL PLANA, Juan (2020), "Las vicisitudes probatorias del informe de detectives La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba" en *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Taléns Visconti (Dir.)- Valls Genovard (Dir.), Madrid: Wolters Kluver.

GOÑI SEIN, José Luis (1988), *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid: Civitas.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos (2018), "Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales", en *Aranzadi Digital* núm. 1/2018 (BIB 2018/14676).

MERCADER UGUINA, Jesús R. (2020), "La protección de datos del informe de detectives privados" en *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Taléns Visconti (Dir.)- Valls Genovard (Dir.), Madrid: Wolters Kluver.

MORALES PRATS, Fermín Y MARCO FERNÁNDEZ, Francisco (1999), "La naturaleza-jurídico procesal del detective privado: el testigo-perito. (Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998)", *BIB* 1999/735, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm.396.

NORES TORRES, L. Enrique y GOERLICH PESET, José M<sup>a</sup> (2020), "Protección de la privacidad digital: derecho a la desconexión e investigación en redes sociales", en *La*

---

<sup>21</sup> Vid la STS de 19 de febrero de 2020, RCUd núm. 3943/2017, y SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (2020), "Despido disciplinario fundamentado en prueba ilícita", *Aranzadi digital* núm. 1/2020, parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

*actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Taléns Visconti (Dir.)-Valls Genovard (Dir.), Madrid: Wolters Kluwer.

PALOMINO SAURINA, Pilar (2023), “¿En qué supuesto no sería válida la prueba para fundamentar un despido disciplinario? (Comentario de la sentencia del TS de 25 de mayo de 2023, rec. 2339/2022)”, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, núm. 10335.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2014), “Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador”, Actualidad laboral, núm. 12-2014.

RODRÍGUEZ COPÉ, M.<sup>a</sup> Luisa (2001), “El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de febrero de 2000 y de Asturias de 17 de noviembre de 2000”, Temas Laborales, núm. 62.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (2020), Despido disciplinario fundamentado en prueba ilícita Aranzadi digital núm. 1/2020, parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique (2020), “Video-vigilancia en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba” en *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Taléns Visconti (Dir.)-Valls Genovard (Dir.), Madrid: Wolters Kluwer.

**LA CONSIDERACIÓN DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS  
COMO TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y SUS POSIBLES  
CONSECUENCIAS. COMENTARIO A LA STSJ-GALICIA DE 15 DE  
SEPTIEMBRE DE 2023**

Por

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ  
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Deusto

[javier.arrieta@deusto.es](mailto:javier.arrieta@deusto.es)

*Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

RESUMEN: A través de este estudio se analiza la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2023, dado el carácter novedoso que supone, tras la reforma de 2021, la consideración del contrato de trabajo fijo discontinuo como contrato a tiempo parcial. Precisamente, la aplicación del régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial es lo que posibilita al Tribunal concluir que cuando un trabajador no acepta su novación contractual, de un contrato de trabajo indefinido ordinario a un contrato de trabajo fijo discontinuo, y es despedido, puede vulnerarse la garantía de indemnidad, siempre y cuando en la oferta de novación no subyazcan causas objetivas para poder llevar a cabo el despido. Así, mientras que la existencia de dichas causas conllevaría la calificación del despido como procedente, su inexistencia supondría la calificación como nulo. Cuestión distinta es que, como sucede en el supuesto objeto de litigio, el despido del trabajador se produzca a través de un despido disciplinario, fundamentado, además, en este caso, en una causa inexistente, es decir inventada por el empresario. Hecho que es reconocido expresamente por el empresario en la misma carta de despido, y que, junto al resto de circunstancias existentes, nos sitúa ante la figura del despido exprés, carente de regulación desde la reforma laboral de 2012. Todas estas cuestiones se abordan en profundidad.

PALABRAS CLAVE: trabajadores fijos discontinuos; trabajadores a tiempo parcial; garantía de indemnidad; despido.

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO Y ALGUNAS CUESTIONES NO TRATADAS EN LA SENTENCIA.- II. CUESTIONES LITIGIOSAS DE INTERÉS.- 2.1. Consideración de trabajadores a tiempo parcial de los trabajadores fijos discontinuos.- 2.2. Posible vulneración de la garantía de indemnidad como consecuencia de despedir a trabajadores que no aceptan voluntariamente su conversión en trabajadores fijos discontinuos.- 2.2.1. Los razonamientos del TSJ de Galicia.- 2.2.2. El necesario análisis de la institución de la garantía de indemnidad.- 2.2.2.1. *Naturaleza jurídica de la garantía de indemnidad.*- 2.2.2.2. *Aspectos objetivos de la garantía de indemnidad.*- 2.2.2.3. *Conexión de causalidad entre la reclamación del trabajador y la represalia llevada a cabo frente a la misma por el empresario.*- 2.3. Calificación del despido de trabajadores que no aceptan voluntariamente su conversión en trabajadores fijos discontinuos.



**THE CONSIDERATION OF DISCONTINUOUS FIXED WORKERS AS PART-TIME WORKERS AND ITS POSSIBLE CONSEQUENCES AFTER THE JUDGMENT OF THE HIGH COURT OF JUSTICE OF GALICIA, OF SEPTEMBER 15, 2023**

**ABSTRACT:** In this study, the STSJ of Galicia, Sala de lo Social, of September 15, 2023, is analyzed, given the novel nature of the consideration of the discontinuous fixed employment contract as a part-time contract after the 2021 reform. Precisely, the application of the part-time employment contract regime is what allows the Court to conclude that when a worker does not accept his contractual novation, from an ordinary indefinite employment contract to a discontinuous fixed employment contract, and this worker is dismissed, the guarantee of indemnity may be violated, as long as, the novation offer does not contain objective causes to carry out the dismissal. While the existence of objective causes would lead to the classification of the dismissal as appropriate, their non-existence would mean the classification as void. A different issue is that, as happens in the case that is analyzed, the dismissal of the worker occurs through a disciplinary dismissal, also based, in this case, on a non-existent cause, that is, invented by the employer. Moreover, this is a fact that is expressly recognized by the employer in the dismissal letter, and that, together with the rest of the existing circumstances, places us before the figure of express dismissal, lacking regulation since the labor reform of 2012. All these issues are addressed in depth in this study.

**KEYWORDS:** discontinuous fixed workers; part-time workers; guarantee of indemnity; dismissal.

**SUMMARY:** I. FACTS AND SOME ISSUES NOT ADDRESSED IN THE JUDGMENT.- II. LITIGIOUS MATTERS OF INTEREST.- 2.1. Consideration of part-time workers from discontinuous fixed workers.- 2.2. Possible violation of the guarantee of indemnity as a consequence of dismissing workers who do not voluntarily accept their conversion into discontinuous fixed workers.- 2.2.1. The reasoning of the High Court of Justice of Galicia.- 2.2.2. The necessary analysis of the institution of de guarantee of indemnity.- 2.2.2.1. *Legal nature of the guarantee of indemnity.*- 2.2.2.2. *Objective aspects of the guarantee of indemnity.*- 2.2.2.3. *Causal connection between the worker's claim and the relation carried out against it by the employer.*- 2.3. Qualification of the dismissal of workers who do not voluntarily accept their conversion into discontinuous fixed workers.

**I. SUPUESTO DE HECHO Y ALGUNAS CUESTIONES NO TRATADAS EN LA SENTENCIA**

La cuestión litigiosa objeto de la sentencia comentada en este estudio comienza como consecuencia de la presentación por el empresario, el 19 de septiembre de 2022, de un Expediente de Regulación de Empleo para transformar algunos de los contratos indefinidos en fijos discontinuos.

En consecuencia, el período de consultas comenzó el 26 de septiembre de 2022. En reunión mantenida el 3 de octubre de 2022 se alcanzó un principio de acuerdo sobre la base de determinadas cláusulas expuestas por los trabajadores, algunas de ellas no aceptadas por la empresa. En la reunión del 7 de octubre de 2022 los trabajadores

adelantaron el no acuerdo si no se garantizaba el abono de la prestación de desempleo, al tiempo que solicitaron una nueva reunión. El 14 de octubre de 2022 la empresa comunicó al representante de los trabajadores que algunos de ellos habían cambiado de opinión, estando de acuerdo con la conversión. No obstante, la planilla se reunió el 18 de octubre de 2022 y, en la misma, el trabajador afectado por el litigio objeto de estudio y tres compañeros más votaron en contra de cerrar el acuerdo. La última reunión tuvo lugar el 20 de octubre de 2022 y, en la misma, se comunicó al empresario la falta de mayoría para alcanzar el acuerdo. En dicha reunión no participó el trabajador afectado; aun así, el empresario le puso de manifiesto si quería reconsiderar su negativa a la transformación.

Al finalizar la reunión, el empresario comunicó al trabajador en cuestión la extinción de su contrato de trabajo mediante carta de fecha del mismo día 20 de octubre de 2022. En dicha carta se le comunicó la baja en la empresa ese mismo día, como consecuencia de despido disciplinario motivado por no adaptarse a las normas de producción. Asimismo, se puso a su disposición la indemnización máxima legalmente establecida de 45/33 días de salario por año de servicio, con reconocimiento expreso de la improcedencia del despido.

Ese mismo día el trabajador firmó el documento de liquidación y finiquito, renunciando al ejercicio de cualquier acción judicial administrativa en materia de reclamación de cantidades, así como de reclamación contra la causa extintiva. Por su parte, el empresario abonó al trabajador mediante cheque bancario la cantidad de 3734,25 euros.

Sin embargo, posteriormente, dicho trabajador presentó papeleta de conciliación el 10 de noviembre de 2022. El acto de conciliación tuvo lugar el 28 de noviembre de 2022 y finalizó sin avenencia.

Este hecho que pasa por alto, tanto en la instancia como en suplicación, merece ser comentado. Ciertamente, la actuación del empresario al llevar a cabo el despido disciplinario, consistente en reconocer en la propia carta de despido su improcedencia y poner a disposición del trabajador la indemnización máxima conforme a la ley, nos sitúa ante una institución jurídica inexistente en la actualidad, a saber, la del despido exprés.

En efecto, debe entenderse que, primero, tras el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (RD-ley 3/2012)<sup>1</sup>, y, definitivamente, después, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012)<sup>2</sup>, no existe posibilidad de llevar a cabo despidos exprés.

---

<sup>1</sup> BOE de 11 de febrero de 2012, núm. 36.

<sup>2</sup> BOE de 7 de julio de 2012, núm. 162.

Así se deduce de la propia Exposición de Motivos de ambas normas, cuando se señala que:

«Más allá de los beneficios en términos de rapidez y seguridad económica que esta posibilidad reporta a las empresas, el “despido exprés” se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de “flexiseguridad”.

El “despido exprés” crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Pero también desde el punto de vista empresarial, el éxito del “despidos exprés” también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. No constituye un comportamiento económicamente racional —el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial— despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica. La razón de ello se reside en los costes adicionales que acarrear los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciado, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables» (apartado V).

Precisamente, con la reforma legal de 2012 se introdujeron modificaciones respecto a los salarios de tramitación, de forma y manera que a partir de ese momento se obliga a los empresarios a abonar los salarios de tramitación tan solo en los supuestos de readmisión del trabajador, bien por así haber optado ante un despido improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo (cfr. apartado V de la Exposición de Motivos de ambas normas). Esto último no hace más que reforzar la afirmación de que, en la actualidad, no cabe el despido exprés.

Concretamente, la reforma laboral de 2012 eliminó del artículo 56.2 del entonces vigente Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET-1995)<sup>3</sup>, la posibilidad de que el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciera la indemnización legalmente establecida, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación.

Así, como consecuencia de la no existencia del despido exprés, también deben entenderse derogadas las consecuencias que se derivaban de la aceptación del mismo por parte del trabajador.

Cabe recordar que, vigente el despido exprés, con la aceptación por parte del trabajador las partes formalizaban un contrato mediante el que evitaban la provocación de un pleito o ponían final al ya iniciado, conforme a lo dispuesto en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil, en relación con el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En suma, dicha práctica se consideraba en principio válida como una forma en que las partes llegaban a un acuerdo sobre el despido. Esta transacción acababa plasmándose, como sucede en el supuesto litigioso, objeto de este estudio, en la firma por parte del trabajador de un finiquito que, junto con la tradicional liquidación de cuentas, incorporaba una declaración de voluntad del trabajador expresiva de su conformidad con las consecuencias de la extinción de la relación laboral y de que mediante el percibo de la cantidad saldada no tendría ninguna reclamación pendiente frente al empleador. La jurisprudencia había reconocido reiteradamente que este tipo de acuerdos constituían un mecanismo de autocomposición de las partes que no vulneraba la prohibición de renuncia de derechos contenida en el artículo 3.5 del TRLET<sup>4</sup>. En esa línea, como, conforme al artículo 1816 del Código Civil, la transición tiene fuerza de cosa juzgada entre las partes, resultaba indubitado que, si el trabajador aceptaba los términos del acuerdo, y, en particular, la indemnización por despido improcedente carecía ya de acción para impugnarlo<sup>5</sup>, siempre y cuando la voluntad del trabajador fuera clara, no existieran vicios de consentimiento y la causa del negocio extintivo resultara lícita. Al fin y a la postre, ello se correspondía con los principios de seguridad jurídica y buena fe de los contratantes<sup>6</sup>.

Por consiguiente, dado que, actualmente, no existe el despido exprés y que, por tanto, tampoco cabe aceptar la transacción entre las partes que trae causa del mismo, y

---

<sup>3</sup> BOE de 29 de marzo de 1995, núm. 75.

<sup>4</sup> Por todas, vid. STS 4ª, de 30 de marzo de 2010, núm. rec. ud. 1068/2009.

<sup>5</sup> Por todas, vid. STSJ de Cataluña 4ª, de 21 de abril de 2005, núm. rec. 357/2005.

<sup>6</sup> ESTEVE SEGARRA, A. *El despido exprés: la limitación de los salarios de tramitación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 99-102. Véase, asimismo, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. «III. Forma, lugar y tiempo del despido disciplinario». En *El despido* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, 2ª edición, pp. 417-418.

debe entenderse la misma inexistente en caso de haberse llevado a cabo, como sucede en el supuesto litigioso, resulta lógico que el trabajador interpusiera demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra. En concreto, la demanda cuenta con una primera petición, de nulidad del despido, y, solicita, subsidiariamente, la improcedencia del despido.

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra emitió el siguiente fallo: «estimando en su petición subsidiaria la demanda interpuesta (...) declaro improcedente el despido del trabajador con derecho a la indemnización ya percibida, acordando así mismo la extinción del contrato de trabajo en la fecha del despido».

Ante este fallo, en lo que interesa a los efectos de este estudio, el trabajador recurrió en suplicación con la pretensión principal de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad más una indemnización de 30.000 euros por el daño moral consiguiente a la vulneración de derechos fundamentales, e incremento del salario regulador. Igualmente, subsidiariamente, para el supuesto de que se desestimara dicha pretensión principal, solicitó el incremento del salario regulador y la indemnización de despido improcedente.

## **II. CUESTIONES LIGIOSAS DE INTERÉS**

### **2.1. Consideración de trabajadores a tiempo parcial de los trabajadores fijos discontinuos**

El TSJ de Galicia establece que los trabajadores fijos discontinuos son trabajadores a tiempo parcial, como punto de partida del supuesto litigioso a resolver o, en términos expresos de la propia sentencia, como «contexto normativo de resolución de la denuncia jurídica» (vid. F.D. 4º.2).

En ese sentido, el TSJ de Galicia considera que el trabajo fijo discontinuo se regula a través de un contrato laboral atípico que no garantiza trabajar durante la jornada anual completa. No obstante, pese a dicha atipicidad, resalta del contrato de trabajo fijo discontinuo que no establece ninguna garantía asociada al principio de voluntariedad dirigida a evitar que esa contratación sea impuesta por el empresario, tal y como sí ocurre en relación con el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal y el trabajo a distancia, respectivamente, en el artículo 12.4.e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los

Trabajadores (TRLET-2015)<sup>7</sup>, en el artículo 15.7 del TRLET-2015 y en los artículos 5 a 8 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia<sup>8</sup>.

Matiza, además, que se trata de una cuestión que no trae causa de la reforma laboral de 2021, si no que se daba ya con anterioridad.

El TSJ de Galicia fundamenta su afirmación de que los trabajadores fijos discontinuos son trabajadores a tiempo parcial en el Derecho de la Unión Europea y, más concretamente, en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES<sup>9</sup>. Así, se tiene en cuenta la definición que se contiene en el apartado 1 de la Cláusula 3 del Acuerdo, cuando se dispone que «se entenderá por “trabajador a tiempo parcial” a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

A partir de la equiparación de los trabajadores fijos discontinuos con los trabajados a tiempo parcial, el TSJ de Galicia entiende aplicable lo dispuesto en el apartado 2 de la Cláusula 5 del Acuerdo, de forma y manera que: «el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado».

De todo ello, el TSJ de Galicia deduce las siguientes importantes conclusiones:

(a) Que la conversión de un contrato fijo continuo en fijo discontinuo solo puede realizarse por acuerdo individual, sin que pueda imponerse por acuerdo colectivo y menos aún por decisión unilateral de la empresa ni siquiera a través de un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

(b) Que la persona trabajadora no puede ser despedida por consecuencia de su negativa a la conversión, con lo cual el despido sería ilegítimo (no procedente en la terminología del Derecho interno, aunque la norma comunitaria no dilucida si sería improcedente o nulo).

(c) Que sí puede ser despedido objetivamente cuando, subyacente a la oferta empresarial de conversión, existas causas económicas, técnicas organizativas o

---

<sup>7</sup> BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

<sup>8</sup> BOE de 10 de julio de 2021, núm. 164.

<sup>9</sup> DO de 20 de enero de 1998, L 14.

de producción.

Sobre lo antedicho, debe reconocerse el carácter novedoso que supone la interpretación realizada por el TSJ de Galicia, así como las consecuencias que pueden derivarse de la misma en el supuesto de que dicha interpretación se consolide. La verdad es que no puede negarse la claridad de la literalidad de la Directiva 97/81/CE, por lo que es comprensible que el TSJ de Galicia no optara por plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, en un momento en el que estamos acostumbrados a que nuestros tribunales planteen multitud de cuestiones prejudiciales.

Ahora bien, no cabe desconocer que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Convenio OIT núm. 175, sobre el trabajo a tiempo parcial (1994), es posible que un Estado Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores interesados, excluya total o parcialmente de la aplicación del Convenio a categorías particulares de trabajadores o de establecimientos, toda vez que la inclusión de tales categorías pueda plantear problemas particulares de especial importancia. En ese caso, el Estado Miembro debe indicar, en las memorias sobre las medidas adoptadas para la aplicación del Convenio que presente en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT, cada una de las categorías particulares de trabajadores o de establecimientos así excluida, y los motivos por los que dicha exclusión se ha considerado o se sigue considerando necesaria.

No obstante, se da circunstancia que España no ha ratificado este Convenio OIT, por lo que no es posible seguir esa vía.

Por su parte, en el Acuerdo que recoge la Directiva 97/81/CE, y más concretamente, en la Cláusula 2.2 del mismo, se recoge la posibilidad de que los Estado miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales al nivel pertinente de conformidad con las prácticas nacionales de relaciones laborales, por razones objetivas, excluyan total o parcialmente de las disposiciones del Acuerdo a los trabajadores a tiempo parcial que trabajan de manera ocasional. Además, deberían reexaminarse periódicamente estas exclusiones a fin de establecer si siguen siendo válidas las razones objetivas que las sustentan.

En España no se ha aplicado expresamente esta posibilidad. No obstante, cabe preguntarse si existe margen para diferenciar el contrato fijo discontinuo del contrato a tiempo parcial, de forma y manera que las especificidades del contrato fijo discontinuo sean lo suficientemente relevantes como para justificar su no consideración con contrato a tiempo parcial.

Conforme a la normativa vigente, en principio, parece que debe entenderse que si se opta por concertar un contrato de trabajo fijo discontinuo no podrá acordarse su celebración a tiempo parcial sin el acuerdo previo del convenio colectivo sectorial aplicable, pues el artículo 16.5 del TRLET-2015 dispone que los convenios colectivos de ámbito sectorial «podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos»<sup>10</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina científica entiende que el artículo 16.5 del TRLET-2015 se limita a establecer una posibilidad convencional «que en ningún caso es obligatoria ni impide firmar estos contratos a tiempo parcial». Es decir, quienes defienden esta postura, consideran que no es necesario el convenio colectivo sectorial para habilitar contratos a tiempo parcial discontinuos por voluntad de las partes. Los argumentos jurídicos para defender esta tesis son los siguientes<sup>11</sup>:

«El artículo 12.2 [del TRLET-2015] reconoce la libertad de firmar “contratos a tiempo parcial indefinidos o de duración determinada en los supuestos legalmente previstos”. Precisamente, el fijo discontinuo es una modalidad indefinida donde rige esta libertad pues sólo se prevé cobertura legal expresa, en su caso, en contratos temporales a tiempo parcial. Sobre esta premisa, el artículo 16.5 [del TRLET-2015] no prohíbe expresamente esta contratación, ni excepciona esta libertad, sino que literalmente abre la posibilidad —“podrá”— del convenio colectivo de contemplarla con la oportunidad de establecer reglas específicas acordes con la peculiaridad de la actividad realizada. Cabe recordar que esta posibilidad convencional ya estaba en el anterior artículo 16 [del TRLET-2015], no es una novedad de la reforma 2021, y que no se defendía, entonces, la presencia de una prohibición legal. El artículo 16.2 [del TRLET-2015], como luego se desarrolla, obliga en la forma escrita del contrato a mencionar la “jornada” del trabajador, sin delimitarla al tiempo completo ni mención alguna a esta hipotética prohibición. Por tanto, puede ser jornada a tiempo completo o parcial.

Todo ello va en beneficio también de evitar la rigidez de este tipo de impedimento porque la empresa puede necesitar fijos discontinuos a tiempo completo o a tiempo parcial en función de las necesidades productivas (...). Evitar esta opción abocaría a contratos temporales por circunstancias de la producción a tiempo parcial del artículo 15 [del TRLET-2015], en el sentido contrario a la

---

<sup>10</sup> SALA FRANCO, T. *Los contratos indefinidos fijos discontinuos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 14.

<sup>11</sup> LAHERA FORTEZA, J. y VICENTE PALACIO, A. «El contrato de trabajo fijo discontinuo estacional o de temporada». En *Los contratos de trabajo fijos discontinuos e indefinidos a tiempo parcial* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 42-43.



reforma, o a tener períodos de actividad por encima de las necesidades de la producción, lo que económicamente carece de sentido. En conclusión, cabe suscribir contratos fijos discontinuos de temporada o campaña a tiempo parcial combinando el artículo 16.1 y [el artículo] 12.1 [del TRLET-2015], lo prevea o no el convenio colectivo sectorial».

Además, los mismos autores entienden que lo indicado es también extensible a los contratos de trabajo fijos discontinuos intermitentes, de forma y manera que tampoco esta modalidad estaría sujeta a ninguna excepción. Según los autores: «ello responde a determinadas estructuras productivas donde la prestación intermitente se realiza con jornadas diarias parciales, que constarán en el contrato»<sup>12</sup>. Cuestión distinta es que, estos autores defiendan que «la causalidad imperativa —”se concertará”— en el artículo 16.2 [del TRLET-2015] de este contrato fijo discontinuo para prestaciones laborales intermitentes descarta utilizar contratos a tiempo parcial en cómputo anual del artículo 12 [del TRLET-2015] para estos supuestos de hecho»<sup>13</sup>. En sus palabras:

«El contrato indefinido a tiempo parcial en cómputo anual, tras la reforma laboral 2021, sigue vigente, pues lo único que se ha alterado de este régimen jurídico del artículo 12 [del TRLET-2015] es la supresión de los fijos periódicos en fecha cierta, ahora absorbidos por los fijos-discontinuos, estacionales o intermitentes. En supuestos de hecho que no respondan al artículo 16 [del TRLET-2015] se mantiene abierta la puerta de la contratación a tiempo parcial en cómputo anual (...). [En todo caso], la intermitencia del fijo discontinuo no depende de la decisión organizativa de la empresa, sino de las necesidades externas de la estructura productiva»<sup>14</sup>.

Respecto a esta última idea, cabe recordar que, conforme a la STS 4ª, de 19 de febrero de 2019, núm. rec. ud. 971/2017, el carácter fijo discontinuo de la actividad a cubrir: no puede depender de la decisión unilateral empresarial, debe ser conocida en el sector de que se trate, y debe depender de factores objetivos independientes de la voluntad de las partes o de la voluntad unilateral del empresario (F.D. 4º.3)<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> LAHERA FORTEZA, J. y VICENTE PALACIO, A. «El contrato de trabajo fijo discontinuo estacional o de temporada», *ob. cit.*, p. 71.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> LAHERA FORTEZA, J. y VICENTE PALACIO, A. «El contrato de trabajo fijo discontinuo estacional o de temporada», *ob. cit.*, p. 72.

<sup>15</sup> Al respecto véase LÓPEZ BALAGUER, M. «El nuevo contrato fijo-discontinuo». En *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2023, vol. 13, núm. 1, p. 8.

Algún otro autor, incluso antes de la reforma de 2021, criticó la limitación a los convenios colectivos sectoriales para acordar el carácter a tiempo parcial de los contratos de trabajo fijos discontinuos, al considerar que es en el ámbito de empresa donde mejor se conocen las específicas necesidades de la realidad empresarial<sup>16</sup>.

En todo caso, se ha señalado que la habilitación realizada por el artículo 16.5 del TRLET-2015 a la negociación colectiva para que pueda acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos, constituye la prueba palpable de que el contrato fijo discontinuo y el contrato a tiempo parcial no son la misma cosa, de forma y manera que el contrato fijo discontinuo es, por regla general, a tiempo completo. En concreto, se caracteriza el contrato fijo discontinuo por su finalidad de atender las necesidades estacionales<sup>17</sup> o intermitentes<sup>18</sup> de la producción de bienes y servicios, sin llegar a prestar servicios todo el año, pero constituyendo en sí mismo un trabajo a tiempo completo específico<sup>19</sup>, o como señalara DE LA VILLA GIL, «un exótico contrato indefinido ejecutado a plazos»<sup>20</sup>. Por el contrario, se considera que:

«La existencia del contrato a tiempo parcial obedece a razones de otra índole: repartir el trabajo como bien escaso en épocas de alto desempleo, ofrecer trabajo *part-time* a quien no quiere o no puede trabajar *full-time* por diversos motivos (familiares, profesionales, educativos...). Es la voluntad de las partes la que determina si el contrato se celebra a jornada completa o parcial, pero, por lo

---

<sup>16</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. «Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001». En *Relaciones Laborales*, vol. 1, 2001, pp. 1661-1662.

<sup>17</sup> Más concretamente, se ha matizado que «el contrato que se instrumenta para la realización del trabajo estacional no llega a prestar servicios durante todo el año, pero es debido a que la propia naturaleza del trabajo lo impide», es decir, «lo que se trabaja por campañas o temporadas no se puede trabajar, en general, durante todo el año» (TÁRRAGA POVEDA, J. *El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial*. Albacete: Bormazo, 2004, p. 25). El carácter estacional de la actividad, al igual que se señalara para con la «temporada», entendida como concepto global, delimita el tipo contractual, determinando y justificando en el Ordenamiento Laboral, la propia existencia del mismo (VALVERDE ASENSIO, A.J. *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 119.

<sup>18</sup> En este supuesto cabría recurrir a la idea de «intensificación periódicamente recurrente de la actividad en empresas de funcionamiento continuo, aunque este aumento de trabajo sea de igual naturaleza que el realizado durante el resto del año» (GARCÍA ORTEGA, J. *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*. Barcelona: José M.<sup>a</sup> Bosch, 1990, p. 80).

<sup>19</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. «Capítulo IV. El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021». En *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico* (MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dir.s). Murcia: Laborum, 2022, pp. 128-129.

<sup>20</sup> Vid. LÓPEZ CUMBRE, L. «Artículo 12. Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo». En *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.). Madrid: Iustel, 2011, p. 12.

general, lo que se trabaja a tiempo parcial podría hacerse igualmente a tiempo completo»<sup>21</sup>.

En esa línea, se ha defendido que como «el contrato fijo-discontinuo es un peculiar contrato a tiempo completo», «cabe pactar una inferior prestación de servicios mediante su combinación con el tiempo parcial, resultando de aplicación en bloque ambos regímenes jurídicos, sin restricción de ningún tipo». Ahora bien, se ha advertido que ello resulta problemático por el rigorismo con que se concibe el contrato a tiempo parcial y la obligación de concretar en el documento contractual las horas de trabajo pactadas<sup>22</sup>.

Como advirtiera YANINI BAEZA, siguiendo a DURÁN LÓPEZ<sup>23</sup>, «trabajo a tiempo parcial y trabajo fijo discontinuo no son una misma cosa, son respectivamente especies de sendas formas de distribuir el tiempo de trabajo que pueden tener aspectos coincidentes, [hasta el punto] de combinarse entre sí (...)»<sup>24</sup>.

Ciertamente, la prestación de servicios durante un número de días inferior al que con carácter general tienen consideración de laborales es una característica común de ambas modalidades contractuales, pero se diferencian entre ambas porque ese período inferior al año en que se ejecutan las prestaciones de ambos contratos es el normal en que se prestan o se pueden realizar los trabajos fijos discontinuos e inferior al habitual en el caso del contrato a tiempo parcial<sup>25</sup>. De ahí que, como haya indicado BELTRÁN DE HEREDIA, deba asumirse la siguiente premisa:

«El artículo 12 [el TRLET-2015] debe operar como una regla general y el artículo 16 [del TRLET-2015] como una regla especial. De modo que, en todo aquello que no esté previsto en este segundo precepto, deberá acudir al primero. Los motivos para atribuir carácter especial al artículo 16 [el TRLET-2015] es que se refiere únicamente a ciertos contratos fijos, mientras que el artículo 12 [del TRLET-2015] apela a la parcialidad sin distinción entre el carácter temporal o

---

<sup>21</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. «Capítulo IV. El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021», *ob. cit.*, p. 128.

<sup>22</sup> GARCÍA ORTEGA, J. «El contrato fijo discontinuo, consolidación de su autonomía». En *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco* (GOERLICH PESET, J.M., Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 380.

<sup>23</sup> DURÁN LÓPEZ, F. «Modalidades de contratación laboral». En *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 120.

<sup>24</sup> YANINI BAEZA, J. *La contratación para trabajos fijos discontinuos*. Madrid: MacGraw-Hill, 1998, p. 35.

<sup>25</sup> GARCÍA ORTEGA, J. *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, *ob. cit.*, p. 81.

indefinido de la relación»<sup>26</sup>.

En suma, el carácter especial del contrato de trabajo fijo discontinuo conllevaría la imposibilidad de considerarlo, sin más, y en todo caso, un contrato a tiempo parcial. Cuestión distinta es que, al tratarse, precisamente, por su carácter discontinuo, de un contrato indefinido atípico, en supuestos como el caso litigioso objeto de este estudio, en los que se pretenda una auténtica novación contractual, en la medida en que al pasar del contrato de trabajo indefinido ordinario al contrato de trabajo fijo discontinuo quedan alterados tanto el objeto como la causa del contrato, una decisión de esta envergadura requiera del común acuerdo de trabajador y empleador, tal y como sucede para con la novación del contrato de trabajo a tiempo completo en contrato a tiempo parcial y viceversa en el artículo 12.4.e) del TRLET-2015<sup>27</sup>. Pero para llegar a esta última conclusión no era necesario forzar la naturaleza del contrato de trabajo fijo discontinuo, en el sentido de considerarlo, en todo caso, un contrato a tiempo parcial.

## **2.2. Posible vulneración de la garantía de indemnidad como consecuencia de despedir a trabajadores que no aceptan voluntariamente su conversión en trabajadores fijos discontinuos**

### *2.2.1. Los razonamientos del TSJ de Galicia*

Atendiendo a las consideraciones realizadas en el apartado anterior, el TSJ de Galicia «no rechaza radicalmente la posibilidad de declaración de nulidad» en situaciones como las planteadas en el supuesto litigioso.

Es decir, el TSJ de Galicia sí considera que pueda vulnerarse la garantía de indemnidad como consecuencia del despido producido inmediatamente a la negativa del trabajador demandante en suplicación a aceptar la conversión en trabajador fijo discontinuo.

Estamos ante un cambio de valoración, pues cabe recordar que la sentencia de instancia considera que:

«Lo único que existe es una negativa del demandante a aceptar la conversión de su contrato indefinido en otro de la misma naturaleza, pero discontinuo,

---

<sup>26</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, I. «¿Qué diferencia hay entre un contrato fijo-discontinuo y un contrato a tiempo parcial tras la reforma del RD Ley 32/2021?. En el Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2022/05/23/que-diferencia-hay-entre-un-contrato-fijo-discontinuo-y-un-contrato-a-tiempo-parcial-tras-la-reforma-del-rdley-32-2021/>.

<sup>27</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. «Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial». En *Relaciones Laborales*, 1995, tomo II.

decisión que la empresa adoptó en uso del poder de dirección legalmente atribuido, por lo que propiamente no estamos ante el ejercicio de una pretensión sino ante un conflicto que entra dentro de la lógica de las relaciones laborales, debiendo de añadir, primero, que esta circunstancia aparece expuesta en la propia comunicación de despido y en segundo lugar, que la extinción se acordó con otro trabajador que también rechazó la medida empresarial que se hizo efectiva, procediendo al cese de su actividad, que hace imposible el mantenimiento de sus contratos (...) No puede tampoco hablarse de una coacción al demandante, pues la empresa se limitó a ofertar esa transformación en varios momentos y ante la negativa, a extinguir el contrato, teniendo a su alcance otros instrumentos, como la modificación de las condiciones de trabajo, con una indemnización en su caso, sustancialmente inferior, que por las razones que fueran, no utilizó. Admitir lo contrario implicaría dejar en manos de los trabajadores la gestión de la empresa, condicionado con sus decisiones la facultad del empresario de dirigir su explotación y adoptar las medidas que entienda convenientes, amparando en la libertad de empresa que también reconoce el artículo 38 de la Constitución».

Muy al contrario, el TSJ de Galicia realiza una interesante interpretación sobre la garantía de indemnidad.

Reconoce que el trabajador recurrente en suplicación, «antes de ser despedido, no había interpuesto ninguna demanda contra la empresa, ni había realizado ningún acto previo al proceso como presentar una papeleta de conciliación, ni ningún otro acto que, sin ser obligatorio previo al proceso, estuviera teleológicamente dirigido al planteamiento de una contienda en sede judicial, como una comunicación a la empresa dirigida por un abogado o abogada buscando resolver la cuestión sin necesidad de acudir a juicio, o una denuncia ante la Inspección de Trabajo por cuestión objeto de reivindicación individual o colectiva contra la empleadora».

Pero, a continuación, el TSJ de Galicia centra la atención en el hecho de que «estamos ante una actuación del trabajador de resistencia frente a una propuesta de la empresa para alterar su estatuto jurídico laboral de fijo continuo en fijo discontinuo que, en aplicación de la Cláusula 5, apartado 2, de la Directiva 97/81/CE, no podría ser impuesta en un acuerdo colectivo, ni por decisión unilateral de la empresa a través de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo».

Ante esa situación, en principio, resulta lógico y acertado el ítem descrito, como hipótesis, por el TSJ de Galicia, a saber: «si la empresa, ante la negativa del trabajador a la propuesta de conversión, persistiese en la intención de alterar su estatuto jurídico laboral a través de una imposición unilateral, y frente a esa imposición el trabajador

impugnase, aparte del previsible éxito de la demanda, un despido en represalia sería declarado nulo», precisamente, por vulnerar la garantía de indemnidad.

Pero el ítem materializado en el supuesto litigioso es bien distinto, pues el empresario procede, directamente, a despedir al trabajador tras su negativa a la conversión. De ahí que el TSJ de Galicia lleva a cabo una interpretación *in extenso* de la garantía de indemnidad.

De este modo, se reflexiona que «de admitir que la empresa podría despedir al trabajador por haberse negado a la conversión con la sanción de improcedencia dada la ausencia de causa, se estaría segando de entrada tanto la posibilidad de reclamación del trabajador para el supuesto de que la empresa decidiese acordar unilateralmente la ilegítima alternación de su estatuto laboral, como la protección de esa reclamación con la nulidad ante un eventual despido hecho en represalia».

Además, en coherencia con todo ello, se asevera que «no sería lógico que el despido por rechazar la propuesta empresarial de conversión derivase en una consecuencia jurídica de menor relevancia (léase, improcedencia del despido) a la que tendría el despido por reclamar frente a la unilateral decisión empresarial de conversión (léase, nulidad del despido)».

Por consiguiente, el TSJ de Galicia entiende que «la garantía de indemnidad vinculada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española se vulnera cuando la empresa despide al trabajador por su resistencia a la propuesta de modificación de su estatuto laboral, pues ese despido cercena toda posibilidad de reclamación contra la eventual unilateral decisión empresarial (ilegítima) de modificación de dicho estatuto laboral, así como elude la protección frente a represalias de que sí gozaría esa reclamación».

Ahora bien, todo ello requiere un análisis más pausado, como se observará en el siguiente apartado.

### 2.2.2. *El necesario análisis de la institución de la garantía de indemnidad*

Para una valoración certera de las conclusiones a las que llega sobre la garantía de indemnidad el TSJ de Galicia en el supuesto litigioso objeto de estudio, deben analizarse la naturaleza jurídica de la garantía de indemnidad, la posibilidad de su interpretación *in extenso* atendiendo a los aspectos objetivos que deben concurrir en la garantía de indemnidad, así como la necesidad de que exista una conexión de causalidad entre la reclamación del trabajador y la represalia llevada a cabo frente a la misma por el empresario. Además, sobre esta última cuestión, en el supuesto litigioso se da la particularidad de que, como se ha observado *supra*, ante la negativa del trabajador de convertirse en trabajador fijo discontinuo, el empresario procede de inmediato a

despedirlo, imposibilitando que este lleve a cabo reclamación alguna frente a la decisión unilateral del empresario de llevar a cabo la conversión referida.

#### 2.2.2.1. Naturaleza jurídica de la garantía de indemnidad

La primera sentencia que se refirió a la idea que supone la garantía de indemnidad, aun sin mencionarla expresamente, y que también es alegada por el trabajador que recurre en suplicación como infringida, fue la SCT 7/1993, de 18 de enero, al declarar que represaliar a un trabajador por haber intentado el ejercicio de la acción judicial representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24 de la Constitución, que habrá de ser sancionada por los tribunales con la nulidad radical (cfr. F.J. 3º).

En ese sentido, la gran singularidad que presenta el derecho a la tutela judicial efectiva en esta elaboración del TC es que la misma no se vulnera por los integrantes del poder judicial, sino por el propio empresario<sup>28</sup>.

De ahí que la garantía de indemnidad trascienda a la tutela judicial efectiva y cobre sustantividad propia. Ciertamente, la garantía nace del ejercicio de la tutela judicial efectiva pero su eficacia se proyecta fuera, en unas relaciones, las laborales, en las que no participa el poder judicial<sup>29</sup>.

Sin esta dimensión sustantiva que alcanza la garantía de indemnidad resultaría insuficiente el derecho reconocido en el artículo 4.2.g) del TRLET-2015, según el cual: «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo».

Es más, la amplitud de este derecho conlleva que la garantía no se vincule únicamente al ejercicio de acciones judiciales en defensa de derechos fundamentales sino a cualquier género de derecho del que el trabajador se considere asistido<sup>30</sup>.

Por su parte, fue la STC 14/1993, de 18 de enero, que también alega como infringida el trabajador recurrente en suplicación, la que por vez primera acuñó el término de garantía de indemnidad.

En su definición se aprecia además una primera extensión de su alcance. Concretamente, se señala que la garantía «en el ámbito de las relaciones laborales (...),

---

<sup>28</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2008, p. 24.

<sup>29</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pp. 25-26.

<sup>30</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pp. 27 y 32.

se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos» (F.J. 2º).

Pero, previamente, se refiere expresamente al «ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo» como desencadenante de la posterior medida de represalia. Ello es consecuencia de la toma en consideración del artículo 5.c) del Convenio OIT núm. 158. Igualmente, cabe recordar el antecedente normativo que marcó el artículo 32.c) del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo<sup>31</sup>, en tanto que establecía que en ningún caso tendrían la consideración de causa justa para el despido «la presentación de quejas o intervención en procedimiento seguidos frente al empresario por supuesto incumplimiento por este de normas laborales o de Seguridad Social». Sin embargo, esta norma limitaba sus efectos a los despidos y no los aplicaba al resto de actuaciones empresariales que podrían suponer un perjuicio para el trabajador, como pueden ser, las sanciones o las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo<sup>32</sup>. La garantía de indemnidad, tal y como se concibe por el TC se refiere a todo perjuicio que puede padecer el trabajador.

A partir de dichas sentencias del TC se ha ido construyendo, principalmente por la jurisprudencia del propio TC, pero también por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, el contenido de la garantía de indemnidad, con su alcance y límites.

De este modo, a la luz de todo lo arriba indicado, de entrada, parece lógica la pretensión del trabajador recurrente en suplicación, sin perjuicio de que deban contrastarse los contenidos de la garantía de indemnidad, tal y como se hará en los siguientes apartados.

Con todo, resulta extraño que el trabajador recurrente alegara infracción de la STC 54/1995, de 24 de febrero, pues dicha sentencia jugaría contra sus intereses, ya que en el caso litigioso en cuestión el TC desestimó las alegaciones de los trabajadores que consideraban vulnerada la garantía de indemnidad. Se trata de dos trabajadores que en su día rechazaron el acuerdo obtenido entre el nuevo empresario y el comité de empresa en un supuesto de sucesión de planilla, conforme al cual el nuevo empresario se comprometía a incorporar a su plantilla un determinado número de trabajadores, así como a satisfacer ciertas cantidades, excluyendo expresamente la existencia de una sucesión de empresas en los términos del artículo 44 del TRLET-1995, y, por tanto, también la obligación del nuevo empresario de subrogarse en la posición jurídica del anterior empresario hacia los trabajadores de esta última (cfr. F.J. 2º). Ante el fracaso de la pretensión de los trabajadores que se apartaron de dicho acuerdo, tanto en la

---

<sup>31</sup> BOE de 9 de marzo de 1977, núm. 58.

<sup>32</sup> FOLGOSO OLMO, A. *La garantía de indemnidad*. Madrid: BOE, 2021, p. 105.



instancia, como en suplicación, de conseguir una resolución judicial que declarara la existencia de la sucesión de empresa ex artículo 44 del TRLET-1995, dichos trabajadores intentaron la incorporación a la empresa en las condiciones pactadas por el comité de empresa, pero, nuevamente, el TSJ desestimó su pretensión, al considerar que una vez rechazada en vía judicial la pretensión inicial por la que válidamente optaron y despejada así la incertidumbre jurídica que constituía la causa del acuerdo entre el nuevo empresario y el comité de empresa, no podían los trabajadores utilizar como argumento para su incorporación a la empresa la oferta que esta les había hecho. En palabras del TSJ ya no cabía dicha opción para los trabajadores, pues, previamente, se había producido un «legítimo repudio de la transacción regulada en los artículos 1809 y siguientes del Código Civil» (cfr. F.J. 2º). Entonces, los trabajadores alegaron ante el TC que su no incorporación a la empresa vulneraba la garantía de indemnidad, al tratarse de una represalia por haber pretendido recurrir el acuerdo entre el nuevo empresario y el comité de empresa, al entender que existía una sucesión de empresa. Pues bien, el TC rechaza haberse vulnerado la garantía de indemnidad. De entrada, recuerda que, si los trabajadores optaron voluntariamente por acudir a los tribunales renunciando a la oferta de integración, ha de entenderse que lo resuelto por estos adquiriría eficacia plena, y, en su virtud, producida la declaración extintiva de su vínculo contractual, el nuevo empresario quedaba liberado de contratar nuevamente a tales trabajadores. Así, el razonamiento del TC resulta del todo lógico, al afirmar que «no es posible imputar la vulneración del derecho fundamental por represalia a la negativa del empresario a integrar en su plantilla al trabajador, pues mal puede ser represaliado un trabajador cuya relación laboral con la actual empresa no se ha constituido aún» (cfr. F.J. 2º). A mayor abundamiento, el TC señala que la declaración por los tribunales de no existencia de un supuesto de sucesión de empresa «actúa como elemento legitimador de la decisión empresarial, toda vez que convierte la incorporación a la plantilla en un acto graciable de esta, de tal forma que no existe en su decisión de no incorporar a los trabajadores a la misma en las condiciones del pacto un acuerdo de represalia como (...) [ocurre en la STC 14/1993], sino en todo caso, un acto de libertad que se enmarca en el ámbito de la autonomía privada» (cfr. F.J. 2º).

#### 2.2.2.2. Aspectos objetivos de la garantía de indemnidad

Dentro del contenido de la garantía de indemnidad, en el caso objeto de estudio, cobran especial importancia los aspectos objetivos que deben existir para poder aplicar la garantía de indemnidad.

Estos aspectos objetivos son las reclamaciones de los trabajadores frente al empresario y la respuesta en forma de represalia a dichas reclamaciones por el empresario o los sujetos vinculados al mismo.

Comenzando por las reclamaciones, en primer lugar, dentro de las mismas se encuentra el ejercicio de todo tipo de acción judicial<sup>33</sup>, independientemente del resultado de la misma, pues lo que se tutela es «una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se cría asistido»<sup>34</sup>. Asimismo, la protección se extiende a toda actuación intraprocesal, como puede ser la práctica de determinadas pruebas, el recurso contra la sentencia emitida o la solicitud de ejecución de la sentencia en cuestión<sup>35</sup>. En todo caso, estas actuaciones judiciales deben dirigirse a obtener un beneficio para el propio trabajador que acciona o demanda porque de orientarse hacia la defensa de un interés general, en la línea de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión<sup>36</sup>, la protección deberá encauzarse a través de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información<sup>37</sup>.

Pero la reclamación debe contemplar también los actos preparatorios o previos a la interposición de la acción judicial<sup>38</sup>. Entre los mismos se encuentra la conciliación administrativa<sup>39</sup>. También tienen cabida actos como los que traen causa de la necesidad de acudir previamente a la comisión paritaria<sup>40</sup> u a otras instancias u órganos determinados por la ley o por acuerdo o convenios colectivos para agotar la vía interna en la empresa.

---

<sup>33</sup> Vid. STC 14/1993, de 18 de enero, (F.J. 2º).

<sup>34</sup> STC 5/2003, de 20 de enero, (F.J. 7º). Igualmente, vid. STC 120/2006, de 24 de abril, (F.J. 6º).

<sup>35</sup> FOLGOSO OLMO, A. *La garantía de indemnidad, ob. cit.*, pp. 206-207. Se refiere expresamente a la ejecución de sentencias la STC 5/2003, de 20 de enero, (F.J. 4º).

<sup>36</sup> DOUE de 26 de noviembre de 2019, L 305.

<sup>37</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing)*. Albacete: Bomarco, pp. 85-90. Por su parte, TOROLLO GONZÁLEZ entiende que la STC 198/2001, de 4 de octubre, (F.J. 4º) ha podido diseñar un nuevo contorno de la garantía de indemnidad, al extenderla a la protección del trabajador frente al cumplimiento de su deber de denunciar actos ilícitos [TOROLLO GONZÁLEZ, F.J. «1.213. Sentencia 198/2011, de 4 de octubre. La garantía de indemnidad del trabajador y carga probatoria del empresario ante despido disciplinario». En *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*. Tomo XIX (ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A., Dirs.). Madrid: Civitas, 2011, p. 357].

<sup>38</sup> Vid. STC 14/1993, de 18 de enero, (F.J. 2º).

<sup>39</sup> Vid. STC 191/1999, de 25 de octubre, comentada en LÓPEZ CUMBRE, L. «1.104. Sentencia 191/1999, de 25 de octubre. Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva». En *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*. Tomo XVII, 1999 (ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A., Dirs.). Madrid: Civitas, 1999, pp. 288-289.

<sup>40</sup> Vid. STC 217/1991, de 14 de noviembre.

Igualmente, el TC, a partir de la STC 55/2004, de 19 de abril, ha considerado protegible por la garantía de indemnidad ciertas actuaciones no jurisdiccionales pero que tienen como objetivo evitar el proceso judicial. Es el caso de las denuncias interpuestas por los trabajadores ante la Inspección de Trabajo<sup>41</sup>, o de las actuaciones ante órganos de medicación, conciliación o arbitraje. También se protegen denuncias ante órganos administrativos de naturaleza no laboral, pero por materias relacionadas con el entorno laboral, como sucede con las interpuestas ante el Instituto de la Mujer<sup>42</sup> o el Defensor del Pueblo<sup>43</sup>.

Tampoco cabe desconocer que existen pronunciamientos judiciales que abogan por extender, más si cabe, el ámbito de actuación de la garantía de indemnidad, al contemplar también a aquellas reclamaciones de los trabajadores que no presentan una conexión nítida con la posibilidad de acudir de forma inmediata al proceso o de evitarlo<sup>44</sup>. Precisamente, es aquí donde encuentra justificación la interpretación *in extenso* realizada por el TSJ de Galicia para poder entender que es posible que se vulnere la garantía de indemnidad cuando el trabajador no acepta la conversión en trabajador fijo discontinuo y ante la no aceptación, inmediatamente, el empresario lo despide, eliminado de raíz que el trabajador pueda reclamar contra la decisión unilateral de empresario de novación contractual.

En lo que respecta a la represalia, como respuesta a la reclamación del trabajador, debe estarse a un concepto amplio. Por tanto, no existe una lista cerrada de supuestos y la jurisprudencia muestra casos muy variados como los relativos a la extinción del contrato de trabajo<sup>45</sup>, sanciones<sup>46</sup>, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo<sup>47</sup> o no renovaciones de contrato<sup>48</sup>. Es más, la protección debe extenderse a supuestos que la propia legislación no concibe a priori como perjudiciales para el trabajador, como sucede con la movilidad funcional que se da dentro del *ius variandi* que

---

<sup>41</sup> Vid. STC 16/2006, de 19 de enero, (F.J. 6º) y STS 4ª, de 23 de diciembre de 2010, núm. rec. ud. 4380/2009 (F.D. 5º).

<sup>42</sup> Vid. STSJ País Vasco 4ª, de 26 de noviembre de 2019, núm. rec. 1993/2019 (F.D. 3º).

<sup>43</sup> Vid. STSJ Aragón 4ª, de 16 de octubre de 2013, núm. rec. 422/2013 (F.D. 13º).

<sup>44</sup> Por todas, vid. STSJ País Vasco 4ª, de 14 de septiembre, núm. rec. 1350/2004, en la que se considera que cualquier acto previo al proceso, al ejercicio de un derecho, exige dentro de los parámetros de comunicación social la manifestación de la pretensión, dentro del mismo seno empresarial. De ahí que no conciba mantener una defensa de la tutela judicial efectiva cuando se cercena y elimina la misma posibilidad de reclamación (F.D. 2º).

<sup>45</sup> Vid. STC 14/1993, de 18 de enero.

<sup>46</sup> Vid. STC 5/2003, de 20 de enero.

<sup>47</sup> Vid. STC 128/2002, de 3 de junio.

<sup>48</sup> Vid. STC 144/2005, de 6 de junio.

corresponde al empresario<sup>49</sup>. Ciertamente, a través del *ius variandi* pueden llevarse a cabo represalias de distinta índole, tales como el aislamiento<sup>50</sup> o el retraso a la hora de reconocer derechos indiscutidos<sup>51</sup>. A modo de ejemplo de otro tipo de represalias que cabe adoptar por el empresario puede tenerse en cuenta el listado que reproduce el artículo 19 de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

En suma, teniendo en cuenta el perjuicio que conlleva no respetar el principio de voluntariedad en la novación de todo contrato a tiempo parcial, en los términos de la Directiva 97/81/CE, en cuanto supone vulnerar un derecho que corresponde al trabajador, y partiendo de la consideración por el TSJ de Galicia de que los contratos de trabajo fijos discontinuos son contratos de trabajo a tiempo parcial, es razonable entender que despedir a los trabajadores que no aceptan novar su contrato es una represalia, si no se prueba que en el ofrecimiento de la novación subyacen causas objetivas que podrían justificar el despido en caso de no procederse a la novación. Todo ello es coherente con lo dictaminado por la STS 4ª, de 30 de mayo de 2018, núm. rec. ud. 2329/2016, según la cual, el artículo 12.4.e) del TRLET supone «una prohibición legal expresa de que pueda convertirse un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial sin el expreso consentimiento del trabajador, de manera que, si se produce esa negativa, cabe siempre que se lleve a cabo la extinción del contrato por esas causas objetivas, naturalmente cuando queden acreditadas» (F.D. 4º). Igualmente, resulta de interés, por la similitud con el supuesto litigioso que se analiza en este estudio, que la mencionada sentencia establezca que la contratación de otro trabajador a tiempo parcial que se adapte a las necesidades de la empresa no supone fraude alguno, sino mera ejecución de las posibilidades legales que la propia negativa del trabajador a novar su contrato propicia, teniendo en cuenta que el empresario en ningún caso podía aplicar el artículo 41 del TRLET-2015 para modificar la naturaleza del contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial (cfr. F.D. 4º, *in fine*).

### 2.2.2.3. Conexión de causalidad entre la reclamación del trabajador y la represalia llevada a cabo frente a la misma por el empresario

---

<sup>49</sup> Vid. STC 188/2004, de 2 de noviembre.

<sup>50</sup> Vid. STSJ Asturias 4ª, de 17 de diciembre, núm. rec. 2102/2019, sobre un supuesto en el que se produce una exclusión constante y sistemática del actor en la asignación de servicios discrecionales, la exclusión del grupo de whatsapp utilizado para comunicar entre los trabajadores cuestiones relativas a la prestación de servicios, y la no invitación a las cenas o comidas en las que la empresa procede a entregar una gratificación (F.D. 3º).

<sup>51</sup> STSJ Galicia 4ª, de 11 de noviembre de 2019, núm. rec. 4352/2019, en la que se califica como lesiva de la garantía de indemnidad la actuación consistente en demorar de manera injustificada la respuesta a una solicitud de una medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

La prueba del nexo causal entre la reclamación del trabajador y la represalia llevada a cabo frente a la misma por el empresario opera de forma y manera que se produce una inversión de la carga de la prueba, conforme a lo establecido en los artículos 96.1 y 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)<sup>52</sup>. En consecuencia, el trabajador debe aportar los indicios de la existencia de la vulneración de la garantía de indemnidad y será el empresario quien deberá demostrar que su actuación es ajustada a Derecho y se encuentra al margen de todo propósito lesivo.

De entrada, para que exista el nexo causal es necesario que la represalia se produzca tras el conocimiento por parte del empresario de la reclamación realizada por el trabajador. Por su parte, quebrará el nexo causal cuando el trabajador reclame después de conocer la medida que ahora pretende encubrir como represalia.

En el caso litigioso objeto de estudio ya se ha señalado *supra* la interpretación extensiva que realiza el TSJ de Galicia de la garantía de indemnidad, al entender que un despido inmediato ante la negativa del trabajador a novar su contrato conlleva eliminar de raíz la posibilidad de reclamar contra la decisión unilateral del empresario e incluso ante un posterior despido en represalia por dicha reclamación. Por tanto, en el caso objeto de estudio, en principio, existiría el nexo causal necesario.

Igualmente, a partir de la STC 6/2011, de 14 de febrero, hay que tener en cuenta que resulta indiferente el ánimo o voluntad del empresario cuando reprime al trabajador, por lo que lo fundamental no es atender a la existencia de una intención subjetiva por parte del empresario, sino al impacto que su actuación genere para el trabajador reclamante<sup>53</sup>.

Centrando la atención en el primero de los elementos que debe concurrir para que se produzca el referido nexo de causalidad, a saber, en la prueba indiciaria que debe llevar a cabo el trabajador que sufre la represalia, la jurisprudencia se fija, principalmente, en dos aspectos: por un lado, en el breve tiempo que transcurre entre la reclamación y la represalia y, por otro lado, en la comparación realizada para con otros sujetos o situaciones.

Comenzando el análisis por el breve tiempo que transcurre entre la reclamación y la represalia, si bien es un criterio frecuentemente utilizado por la jurisprudencia<sup>54</sup>, y reforzado a nivel de la Unión Europea, a partir de la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/2018, Jamina Hakelbracht y otros contra WTG Retail BVBA, parece recomendable que se interprete de manera integrada junto al resto de indicios, tal y como lo demuestra la STC 38/2005, de 28 de febrero, con el fin de evitar que el

---

<sup>52</sup> BOE de 11 de octubre de 2011, núm. 245.

<sup>53</sup> FOLGOSO OLMO, A. *La garantía de indemnidad, ob. cit.*, p. 331.

<sup>54</sup> Por todas, víd. 125/2008, de 20 de octubre, y 140/2014, de 11 de septiembre.

empresario lleve a cabo su represalia después de dejar transcurrir cierto tiempo desde las reclamaciones del trabajador precisamente para impedir que se dé dicho indicio.

En todo caso, en el supuesto litigioso objeto de este estudio resulta obvio que la represalia, en caso de considerarse que efectivamente existe, se produce en el mismo momento en que el trabajador no acepta su novación contractual.

Por lo que respecta a la comparación realizada para con otros sujetos o situaciones, de lo que se trata es de observar si respecto a los mismos se da un trato desfavorable al trabajador reclamante. En tales supuestos el trabajador debe aportar los indicios suficientes como para acreditar la existencia de una comparativa que resulte desfavorable para él y el empresario deberá probar que la medida adoptada en contra del trabajador es justificada, sin que se produzca vulneración del principio de igualdad. A tal efecto, es posible que el empresario alegue para desbaratar la prueba indiciaria que junto al trabajador reclamante se han impuesto iguales medidas a otros trabajadores no reclamantes<sup>55</sup>. Sin duda, en dicho supuesto la prueba indiciaria del trabajador deberá reforzarse aportando otros indicios, como puede ser la falta de igualdad de criterio a la hora de adoptar las medidas para con una serie de trabajadores<sup>56</sup>. Pero cuando la decisión se debe a una decisión organizativa que afecta por igual a todos los trabajadores, sean estos reclamantes o no, estaremos ante un contraindicio fuerte<sup>57</sup>. Incluso puede suceder que la comparativa se realice para con situaciones previas que atañen al propio trabajador, a efectos de demostrar, por ejemplo, que previamente venía actuándose de una forma constante por parte del empresario y, sin embargo, tras una reclamación se cambia el criterio pese a que la situación no cambie<sup>58</sup>. Lo que la empresa no puede alegar como contraindicio es que previamente, ante una misma situación, no se ha represaliado a otros trabajadores, y ello porque basta con que se vulnere la garantía de indemnidad en el caso concreto que corresponda<sup>59</sup>.

En el caso concreto objeto de estudio, el indicio que, de entrada, podría considerarse alegado por el trabajador recurrente en suplicación, consistiría en el hecho de que producido su despido inmediatamente después de no haber aceptado su novación

---

<sup>55</sup> En ese sentido, vid. STSJ Murcia 4ª, de 6 de septiembre de 2017, núm. rec. 214/2017, ante un supuesto de despidos objetivos que afectan a varios trabajadores además de al trabajador que previamente había reclamado.

<sup>56</sup> Vid. STSJ País Vasco 4ª, de 10 de abril de 2018, núm. rec. 613/2018.

<sup>57</sup> Vid. SSTC 196/2000, de 24 de julio, y 199/2000, de 24 de julio.

<sup>58</sup> Un ejemplo de ello puede apreciarse en la STC 144/2005, de 6 de junio, en la que se concluye que se vulnera la garantía de indemnidad en un supuesto en el que no se prorroga un contrato de arrendamiento de servicios a un trabajador que reclama judicialmente el reconocimiento de la laboralidad de su relación, cuando previamente se le venían concatenando sucesivamente los contratos de arrendamiento de servicios, por períodos de cinco años.

<sup>59</sup> Vid. STJ Canarias/Tenerife 4ª, de 11 de mayo de 2015, núm. rec. 844/2014 (F.D. 12º).

contractual, el empresario contrata a dos trabajadores nuevos como fijos discontinuos para sustituir a los dos despedidos (cfr. F.D.4<sup>o</sup>.1).

Sin embargo, el contraindicio aportado por el empresario, consistente en la existencia de causas objetivas para despedir al trabajador recurrente en suplicación, desvirtuaría la posibilidad de considerar que existe una situación desfavorable. En efecto, aplicado el artículo 12.4.e) y la ya analizada STS 4<sup>a</sup>, de 30 de mayo de 2018, núm. rec. ud. 2329/2016, debe concluirse que no existe agravio entre el trabajador despedido y la contratación de los nuevos trabajadores. Al trabajador se le despide porque al no aceptar su novación subjetiva y, por tanto, no ajustarse a la realidad de la empresa, entran en escena las causas objetivas legalmente establecidas para ser despedido. Por el contrario, la contratación de nuevos trabajadores con la misma modalidad contractual que se ofreció, vía novación, al trabajador despedido, se ajusta a la realidad de la empresa.

### **2.3. Calificación del despido de trabajadores que no aceptan voluntariamente su conversión en trabajadores fijos discontinuos**

Pese a las consideraciones realizadas acerca de que el despido llevado a cabo inmediatamente después de la negativa del trabajador a aceptar su conversión en trabajador fijo discontinuo supone vulnerar la garantía de indemnidad, el TSJ de Galicia retoma lo preceptuado por el apartado 2 de la Cláusula 5 de la Directiva 97/81/CEE para recordar que cabe una importante excepción: que existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido. Ciertamente, la existencia de tales causas justificaría el despido y lo desvincularía de la negativa del trabajador a su conversión en fijo discontinuo. Es decir, la proposición de conversión sería una alternativa para poder salvar el puesto de trabajo del trabajador, coherente con el principio de conservación del negocio jurídico que inspira el Derecho del Trabajo. Pero la negativa del trabajador a dicha conversión nos sitúa ante la concurrencia de motivos ajenos a la misma. Por ende, el TSJ procede a analizar si en el supuesto litigioso se da la excepción indicada o no.

A tal efecto, se parte de la afirmación de que «la cuestión se complejiza porque, como el juzgador de instancia rechazó radicalmente la existencia de represalia, la declaración de hechos probados de su sentencia no contiene ninguna precisión al respecto».

Sin embargo, se toma en consideración que «en la fundamentación jurídica se parte de la existencia real de dichas causas con afirmaciones de valor fáctico como la de que “[la empresa procedió] al cese de su actividad [lo] que hace imposible el mantenimiento de sus contratos [del trabajador y de otro compañero]”, o que “[paralizó] su proceso productivo».

También hay que tener en cuenta que, según consta en el F.D. 4º.1, el empresario, en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, «pone de manifiesto que, subyacente a la propuesta de conversión de contrato fijo continuo en fijo discontinuo hecha a varios trabajadores de su plantilla entre los cuales estaba el ahora recurrente, había una parada de actividad por ausencia de contratados y así se acreditó en el expediente de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que finalizó sin acuerdo, de ahí que precisamente conscientes de la realidad de la empresa, varios trabajadores aceptasen individualmente la conversión, pero no tras hablar con su jefe (como, según la impugnante, se afirma por el recurrente), amén de que tal realidad (según la empresa) también se acreditó a través de la documental y testifical propuesta y practicada en el acto de juicio oral pues la empresa, al no poder dar ocupación efectiva de manera continua a su personal, interrumpió la producción dado el elevado coste de mantenerla y la falta de continuidad en los pedidos. Si finalmente la empresa le ofreció al ahora recurrente que reconsiderase su postura, no fue para coaccionarlo, y si lo despidió fue por razones de reestructuración, no por otro motivo, reconociendo la improcedencia con la finalidad de no perjudicarlo con menor indemnización».

De ahí que el TSJ de Galicia concluya que «una lectura amplia y complementaria de las actuaciones, incidiendo en particular en la existencia de un expediente de regulación de empleo que no fue cuestionado por sus causas, sino por sus efectos sobre los contratos, permite corroborar la realidad de lo que la empresa afirma en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, o sea, una parada de actividad por ausencia de contratados pues, al no poder dar ocupación efectiva de manera continua a su personal, interrumpió la producción dado el elevado coste de mantenerla y la falta de continuidad en los pedidos. Todo lo cual descarta la nulidad del despido» (F.D. 3º.4).

Todo ello constituye el fundamento para que, finalmente, el TSJ de Galicia desestime totalmente el recurso de suplicación y confirme íntegramente la sentencia de instancia. Con otras palabras, para no calificar el despido como nulo, se aprecia la excepción según la cual el despido es procedente si subyacen en el mismo causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se enerva así la nulidad que se produciría sin la existencia de dichas causas, al conllevar entonces el despido la vulneración de la garantía de indemnidad en los términos ya señalados (*supra* 2.2). Cuestión distinta es que como el despido se fundamenta en una causa inexistente, a saber, un motivo disciplinario, el mismo debe calificarse, necesariamente, como improcedente<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> La jurisprudencia reiteradamente ha excluido la nulidad en los casos de despido sin causa o fraudulentos (por todas, SSTs 4ª, de 2 de noviembre de 1993, núm. rec. ud. 3669/1992; de 19 de enero de 1994, núm. rec. ud. 3400/1992; de 15 de diciembre de 1994, núm. rec. ud. 985/1994; de



---

30 de enero de 1995, núm. rec. ud. 1592/1994); de 2 de junio de 1995, núm. rec. ud. 3083/1994; de 23 de mayo de 1996, núm. rec. ud. 2369/1995; de 30 de diciembre de 1997, núm. rec. ud. 1649/1997; de 29 de septiembre de 2014, núm. rec. ud.3248/2013).

**CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES DURANTE LA  
PRESTACIÓN LABORAL DEL CONDUCTOR DE TRANSPORTE DE  
VIAJEROS POR CARRETERA. COMENTARIO A LA STS DE 21 DE  
FEBRERO DE 2023**

Por

CARLOTA SOTOMAYOR VELASCO  
Abogada laboralista. Despacho Montero Aramburu

[csv@montero-aramburu.com](mailto:csv@montero-aramburu.com)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 66 (2023)*

RESUMEN: La aplicación y análisis del tipo disciplinario recogido en el Laudo arbitral de fecha 24 de noviembre de 2000 para las Empresas de Transportes por Carretera consistente en conducir "bajo la influencia" de sustancias estupefacientes del conductor de transporte de viajeros por carretera.

PALABRAS CLAVE: Conductor; autobús; estupefacientes; despido; drogas; peligro; integridad física; transgresión de la buena fe contractual.

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO.- II. SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL.- III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LA MANCHA.- IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.- V. CONCLUSIONES.

**THE CONSUMPTION OF NARCOTIC SUBSTANCES DURING THE WORK OF  
A ROAD PASSENGER TRANSPORT DRIVER. COMMENTARY ON THE  
JUDGMENT OF THE SUPREME COURT (SOCIAL DIVISION) NO. 149/2023  
DATED 21 FEBRUARY 2023**

ABSTRACT: The application and analysis of the disciplinary type included in the Arbitration Award of 24 November 2000 for Road Transport Companies consisting of driving "under the influence" of narcotic substances of the road passenger transport driver.

KEY WORDS: Driver; bus; narcotics; dismissal; drugs; danger; physical integrity; breach of contractual good faith.

SUMMARY: I. FACTUAL CIRCUMSTANCES.- II. JUDGEMENT OF THE LABOUR COURT.- III. JUDGEMENT OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE OF CASTILLA LA MANCHA.- IV. DOCTRINE OF THE SUPREME COURT.- V. CONCLUSIONS.

## I. SUPUESTO DE HECHO

El trabajador, conductor de autobús de viajeros por carretera, desde el año 2001, en fecha 25 de octubre de 2020, tenía asignado el servicio Cuenca-Madrid (salida a las 14 horas y regreso a las 18:30 horas).

Mientras cubría la ruta Madrid-Cuenca, a las 15:45, en el punto kilométrico 74 de la Autovía Valencia-Madrid ("A3") es interceptado por un control rutinario y aleatorio de alcoholemia y drogas de la Guardia Civil.

El resultado de la prueba de alcoholemia resultó negativo, siendo la prueba de detección de drogas positiva, por lo que la Guardia Civil procede a la inmovilización del vehículo, siendo necesario desplazar a dos conductores a la zona para terminar el servicio.

Estos hechos provocaron múltiples quejas por parte de los 39 viajeros que iban en el autobús, viéndose la empresa obligada a devolver los importes de los billetes.

La Compañía solicitó información a la Jefatura Provincial de Tráfico sobre los motivos por los que se procedió a la inmovilización del vehículo remitiendo el citado organismo el siguiente oficio:

*Se ha recibido en esta jefatura vía correo electrónico su solicitud de información sobre los motivos por los que el vehículo propiedad de su empresa matrícula XXX fue inmovilizado por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil el pasado día 25 de octubre cuando circulaba por la autovía A-3.*

*En contestación a la misma le informo que dicho vehículo fue detenido en un control rutinario en el que se practicó al conductor del mismo pruebas de detección de presencia tanto de alcohol como de sustancias psicotrópicas en su organismo.*

*Al arrojar la prueba de detección de drogas "resultado positivo" se procedió a la preceptiva inmovilización del vehículo.*

El posterior análisis de laboratorio confirmó el positivo por cocaína, habiéndose observado "respeto estricto a la cadena de custodia".

La Empresa procede, tras la tramitación del correspondiente expediente disciplinario, al despido del trabajador, imputándole los siguientes ilícitos administrativos y laborales:

- Ley Sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial); el cual prohíbe expresamente la conducción de vehículos "con presencia de drogas en el organismo" (Art. 14), considerando una falta muy grave conducir "con presencia en el organismo de drogas" (Art. 77.c).

- Art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores: Transgresión de la buena fe contractual.

- Apartado g) referente a las faltas muy graves recogidas en el Capítulo V del Laudo arbitral de fecha 24 de noviembre de 2000, dictado por don Alfonso Morón Merchante en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada Ordenanza Laboral para las Empresas de Transportes por Carretera, aprobada por Orden de 20 de marzo de 1971, en lo que se refiere al Subsector de Transporte de Viajeros por Carretera (BOE 24/02/2001):

*"(...) g) La superación de la tasa de alcoholemia fijada reglamentariamente en cada momento durante el trabajo para el personal de conducción, 'así como la conducción bajo los efectos de drogas, sustancias alucinógenas o estupefacientes'. Deberá someterse a los medios de prueba pertinentes y la negativa de dicho sometimiento será justa causa de despido. (...)"*

## II. SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL

El trabajador disconforme con la decisión disciplinaria de la Empresa impugna el despido ante la Jurisdicción Social de Cuenca, siendo conocido el procedimiento por el Juzgado de lo Social 2 de esta localidad, y seguido con número de autos 55/2021.

El Juzgado de lo Social 2 de Cuenca declara la procedencia del despido, fundamentalmente, por los siguientes criterios de fondo:

- Acreditación de los hechos contenidos en la carta de despido a través del expediente emitido por la Guardia Civil, dónde consta tanto el respeto estricto a la cadena de custodia de las muestras obtenidas en el control de alcohol y drogas realizado el trabajador, la cualificación del agente actuante para la realización de estas pruebas, como el propio análisis del laboratorio en el que se obtiene el positivo a cocaína.

Además, el Juzgado de lo Social, determina, en base a lo anterior, que el tratamiento médico de analgésicos alegado por el trabajador es irrelevante a los efectos del consumo de cocaína:

*" (...) dicha documentación no justifica los resultados analíticos del laboratorio ya que para la sustancia detallada como positiva en el informe del laboratorio (cocaína) no se aporta prescripción facultativa alguna."*

- El Laudo Arbitral que regula el régimen disciplinario del conductor de autobuses no exige incidencia efectiva del consumo de drogas sobre la conducción, entendiendo la literalidad del precepto como un tipo objetivo.

Concretamente, el Juzgado de lo Social, en línea con lo que posteriormente concluirá el Tribunal Supremo, afirma:

*“Respecto de la posible incidencia que la ingesta previa de drogas haya podido tener en la conducción ‘nada dice el precepto convencional acerca de que la presencia de las drogas deba tener incidencia en la conducción del vehículo, sino que simplemente se exige que se esté conduciendo bajo los efectos de la previa ingesta de drogas, por la gravísima negligencia y trasgresión de la buena fe contractual que supone el hecho de tomar drogas sabiendo que debe ponerse al volante de un transporte colectivo de viajeros (STJ País Vasco 26-02-2019)’, conducta además, como hemos visto, plenamente tipificada en el Convenio Colectivo y en el propio Laudo Arbitral.”*

Concluye calificando como muy graves los hechos, al suponer un incumplimiento laboral, y una infracción administrativa en materia de seguridad vial. El Juzgado introduce como *ratio decidendi* la realidad social en la que se enmarca el ilícito advertido, pues la conducta del trabajador pone en peligro la vida de pasajeros del autobús y de quienes circulen por la vía pública, además de perjudicar la imagen de la empresa.

### **III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LA MANCHA**

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, aunque con Voto Particular, mediante Sentencia 1315/2021 de 30 julio, “estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador (rec. 881/2021), y declara la improcedencia del despido” basándose en los siguientes argumentos jurídicos:

- El Laudo Arbitral que regula el sector del transporte de viajeros por carretera determina que el consumo de drogas, estupefacientes y alucinógenos únicamente opera como causa de despido disciplinario cuando tiene una efectiva influencia en la conducción.

La Sala, apela a la voluntariedad negociadora de las partes legitimadas para establecer el régimen disciplinario que rige el Transporte de Viajeros por Carretera, entendiendo que la inclusión de conducir “bajo los efectos” implica que deba ser probada esta exteriorización del consumo de drogas:

*“Es claro que las partes negociadoras del Convenio al asumir el Laudo dictado asumieron que el consumo de drogas, estupefacientes y alucinógenos únicamente puede ser invocado como causa de despido disciplinario (...)”*

- En línea con lo anterior, concluye afirmando que el mero positivo no acredita esta afectación, pues el rastro en sangre de la cocaína perdura varios días desde el momento de su consumo y desde que cesó su influencia en las facultades cognitivas y volitivas del consumidor.

- La Empresa no ha acreditado en instancia que la conducción del trabajador se viese influenciada por el consumo de sustancias tóxicas, por cuanto la prueba se produce como consecuencia de una prueba rutinaria y aleatoria realizada por la Guardia Civil, y no con motivo en una conducción imprudente o temeraria del empleado.

El TSJ de Castilla La Mancha concluye que “con independencia del reproche moral que pueda realizársele”, la conducta no basta para justificar el despido:

*En el presente caso, consideramos que no habiéndose acreditado que la conducción del actor se viese influenciada por el consumo de sustancias tóxicas acreditado, la conducta no es susceptible de ser tipificada como falta muy grave de acuerdo con el régimen convencional aplicable (art. 58.1 ET), con independencia del reproche moral que pueda realizársele (...)*

El voto particular de la Sentencia se opone al criterio mayoritario de la Sala, al entender que la conducta del trabajador, es decir el positivo en cocaína durante la conducción derivada de su prestación laboral, queda subsumida en el tipo infractor, porque “el dato objetivo de dar positivo en la prueba de drogas supone que al tiempo de la conducción el trabajador tenía esa sustancia en su organismo con los efectos que la misma pudiera desplegar”.

Afirma, que el Laudo Arbitral, en consecuencia, no exige que se acredite la influencia externa de los efectos de las drogas en la conducción, sino que esta incidencia es inherente al propio positivo.

Además, concluye determinado que esta irregularidad supone un incumplimiento grave de las obligaciones del conductor de vehículos a motor, posición que merece mayor reproche al tratarse de transporte colectivo de viajeros. El trabajador ha incumplido sus obligaciones contractuales colocándose al volante de un vehículo cuando no tenía las condiciones requeridas (administrativamente) para proceder a la conducción, lo que supone una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza en el desempeño del trabajo que merece todo el reproche y que no admite graduación.

Finalmente, como elementos configuradores de la teoría gradualista, determina que debe valorarse para justificar la decisión de la empresa: (i) el vehículo que conducía quedó inmovilizado por la Guardia Civil y se hizo necesario el traslado de dos conductores para terminar el servicio, lo que evidencia que su conducta, incidió

negativamente en la regularidad del servicio, (ii) existencia de reclamación de clientes por el retraso.

#### IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La empresa, interpone frente al pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, alegando como sentencia de contraste el pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 10 de diciembre de 2018 (rec. 2848/2018).

La Sentencia 149/2023, de 21 de febrero de 2023, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, inicia su exposición doctrinal circunscribiendo el análisis jurídico al estudio y valoración de la “interpretación que debe darse al precepto incluido en el Laudo arbitral que regula el régimen disciplinario del sector de transporte de viajeros por carretera, sin incidir en las circunstancias concretas e individuales del supuesto de hecho”.

El apartado g) referente a las faltas muy graves recogidas en el Capítulo V del Laudo arbitral de fecha 24 de noviembre de 2000 recordemos que determina:

*“(...) g) La superación de la tasa de alcoholemia fijada reglamentariamente en cada momento durante el trabajo para el personal de conducción, ‘así como la conducción bajo los efectos de drogas, sustancias alucinógenas o estupefacientes’. Deberá someterse a los medios de prueba pertinentes y la negativa de dicho sometimiento será justa causa de despido. (...)”*

La Sala afirma, que, de la literalidad de la norma, se desprende que en ninguno de los dos tipos disciplinarios -alcohol y drogas- se requieren requisitos adicionales al hecho objetivo: *“ni presencia policial, ni previa detección de anomalías viales, ni protesta de usuarios del transporte, ni proximidad cronológica de la ingesta, ni reiteración del comportamiento, etc.”*

Así, “conducir bajo los efectos de drogas no puede equipararse a que haya pruebas que acrediten la irregular conducción”. El Tribunal Supremo, advierte, que debe realizarse una interpretación análoga a la redacción que el Laudo hace del consumo de alcohol, que configura la alcoholemia no constata externamente como situación sancionable.

El Alto Tribunal determina que la interpretación de la norma debe realizarse partiendo de la finalidad del precepto, la cual es clara: “evitar riesgos y garantizar la seguridad vial”.

Por tanto, el dato objetivo de dar positivo en la prueba de drogas supone que *“al tiempo de la conducción el trabajador tenía esa sustancia en su organismo con los efectos que la misma pudiera desplegar.”*

Concluye afirmando que *“la literalidad del precepto no exige que la conducción bajo los efectos de ciertas sustancias vaya acompañada de otros datos; la equiparación con el automatismo de la alcoholemia juega en tal sentido; la finalidad preventiva lo hace en el mismo sentido.”*

De igual forma, esta interpretación es acorde con la normativa de tráfico, la cual no exige para su calificación como infracción muy grave, que exista un “efecto” en la conducción:

- Artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial:

*1. No puede circular por las vías objeto de esta ley el conductor de cualquier vehículo con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se determine.*

*Tampoco puede hacerlo el conductor de cualquier vehículo con presencia de drogas en el organismo, de las que se excluyen aquellas sustancias que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica, siempre que se esté en condiciones de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción establecida en el artículo 10.*

- El artículo 77.c) de la citada Ley identifica como infracción muy grave, cuando no sea constitutiva de delito, la de Conducir con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se establezcan, o con presencia en el organismo de drogas.

La conducta se tipifica con abstracción de las consecuencias que concurren en cada caso. Es la mera “presencia de drogas en el organismo” lo que se considera incompatible con la conducción.

Es, por tanto, un tipo preventivo que contiene una “infracción de peligro, no de resultado, cuya vulneración supone, una transgresión de la buena fe contractual, que debe ser sancionada con el despido disciplinario del Trabajador”.

El Tribunal Supremo, en virtud de lo anterior, declara la procedencia del despido, anulando la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha, y confirmando la sentencia de instancia.

Adicionalmente, para concluir esta calificación, realiza una referencia y análisis de la realidad social que concurre en este supuesto, y el sector de actividad en el que se produce el hecho típico: sector de transporte de viajeros por carretera.



Así, como elemento de culpabilidad y gravedad, el Alto Tribunal tiene en cuenta que en el sector de transporte por carretera debe abordarse la presencia de sustancias alcohólicas o estupefacientes con un rasero y enfoque diversos al propio de otros ámbitos, pues las obligaciones contractuales de quien se pone al frente de un vehículo han de ser, por lógica y ejemplificativamente, diversas a las de quien desarrolla una “actividad sedentaria y sin riesgo para terceras personas”.

Tanto la integridad física cuanto el derecho a la vida (art. 15 Constitución) aparecen comprometidas por el mero hecho de utilizar un transporte público terrestre. Por lo tanto, la Sala afirma que *“su mejor protección concuerda con la consideración de que quien conduce el vehículo está sujeto a severas exigencias para conseguir que se encuentre en adecuadas condiciones.”*

La profesión del conductor de un transporte público, y cualquier otra profesión cuya prestación de servicios imponga un riesgo a terceros, exige una especial diligencia, que queda desvirtuada por la presencia de estupefacientes en el organismo.

## V. CONCLUSIONES

La doctrina del Tribunal Supremo en torno a la interpretación jurídica del tipo infractor recogido en el régimen disciplinario que normativiza el sector del transporte de viajeros por carretera introduce un criterio finalista y protector del interés común y el orden jurídico-constitucional, al entender, de forma absolutamente acertada y razonable, que se trata de una infracción preventiva de peligro y no de resultado.

La redacción dada por el Laudo arbitral de fecha 24 de noviembre de 2000, que exige, para la calificación de la conducta del trabajador como falta muy grave, que la conducción se produzca “bajo los efectos” de las drogas, se aleja, no sólo de la normativa vial, que solamente sanciona la “ingesta”, si no que desvirtúa la especial peligrosidad de la actividad laboral, que es la conducción por la vía pública de un autobús de pasajeros.

La realidad social a la que es de aplicación esta normativa, debe ser, como sanciona el Tribunal Supremo, el primer elemento que determine la forma en la que debe ser interpretada, adquiriendo un criterio garantista, que tenga en cuenta el contexto concurrente, circunscrito al riesgo de la actividad.

La conducción de autobuses de pasajeros es una actividad laboral dotada de un alto riesgo, por afectar de forma directa a la seguridad, la vida, y la integridad física de terceras personas, y por tanto, debe ser analizada bajo un criterio preventivo y finalista, que exija al conductor una diligencia irreprochable.

Estos elementos, valorados en conjunto, deben llevar a una interpretación práctica del precepto, que reconozca la gravedad de la conducta consistente en que un conductor

conduzca un autobús de pasajeros con presencia de droga en su organismo. Interpretación, que no puede ser otra que la de entender, que el positivo en estupefacientes durante la conducción de un vehículo implica irremediablemente la existencia de “afectación” sin necesidad de que se exteriorice físicamente esta incidencia.

La argumentación que el TSJ de Castilla La Mancha da sobre la literalidad del tipo, es simplista e incompleta, por cuanto no valora la naturaleza concreta de la actividad, y el elemento diferenciador de ésta con respecto a otras, el riesgo y la peligrosidad.

El Tribunal Supremo, con este pronunciamiento, introduce un nuevo elemento en la teoría gradualista, configurador de la doctrina aplicable a la interpretación de normas, la realidad social, que podrá ser extrapolable a todas las actividades cuya ejecución impliquen un riesgo y peligrosidad patente para terceros, vedando, con independencia de la redacción literal del régimen disciplinario, la ingesta de drogas con carácter previo, o durante la prestación laboral.

**CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LAS PAUSAS PARA IR AL BAÑO Y LAS  
INTERRUPCIONES POR CORTES DE LUZ E INTERNET EN EL  
TELETRABAJO BAJO EL MARCO DEL TRABAJO EFECTIVO Y EL TIEMPO  
DE DESCANSO. Comentario a la STS de 19 de septiembre de 2023**

Por

RAQUEL COTERILLO LASO  
Investigadora Predoctoral en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad  
Social  
Universidad de Cantabria

[coterillo@unican.es](mailto:coterillo@unican.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto, a propósito de la STS 565/2023, de 19 de septiembre de 2023, abordar las fronteras entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de descanso, especialmente en el contexto del teletrabajo, así como la protección del derecho a la desconexión digital en el nuevo escenario laboral, marcado por una conectividad permanente, como consecuencia de la fuerte incursión de las TIC.

PALABRAS CLAVE: Desconexión digital; fatiga informática; plus de disponibilidad; teletrabajo; tiempo de descanso.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Doctrina judicial previa.- III. Desconexión digital y Derecho al descanso: Una mirada a la STSJ Madrid 453/2023, de 17 de julio de 2023.- IV. Límites empresariales sobre el concepto de trabajo efectivo en el teletrabajo: Un análisis a la luz de la STS 565/2023, de 19 de septiembre de 2023.- V. Conclusiones.

**QUALIFICATION AND EFFECTS OF BATHROOM BREAKS AND  
INTERRUPTIONS DUE TO POWER AND INTERNET OUTAGES IN  
TELEWORK UNDER THE FRAMEWORK OF EFFECTIVE WORK AND REST  
TIME**

ABSTRACT: The purpose of this work is, regarding the STS 565/2023 of 19 September 2023, to address the boundaries between effective working time and rest time, especially in the context of telework, as well as the protection of the right to digital disconnection in the new work scenario, marked by permanent connectivity, because of the strong incursion of ICTs.

KEYWORDS: Digital disconnection; computer fatigue; plus availability; telework; rest time.

SUMMARY: I. Introduction.- II. Previous judicial doctrine.- III. Digital disconnection and Right to rest: A look at the STSJ Madrid 453/2023, of 17 July 2023. - IV. Business Boundaries on the Concept of Effective Telework: An Analysis in the Light of STS 565/2023, of 19 September 2023. V. Conclusions.

## I. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y la comunicación conllevan nuevas maneras de organizar y utilizar el tiempo de trabajo, ya que permiten que se trabaje desde cualquier lugar y en cualquier momento. De esta manera, se difuminan las fronteras del trabajo y la vida personal, lo que termina por ampliar la jornada laboral. La prolongación de la jornada, no remunerada ni cotizada, es una realidad habitual y de dimensiones considerables. Recordando los planteamientos mencionados por la OIT acerca de la “soberanía del tiempo”, se puede afirmar que el “tiempo de trabajo decente” es un requisito fundamental para el éxito del “trabajo decente”. Ante esta situación, surge la duda sobre el modo de abordar el derecho a la desconexión digital si previamente no se ha trabajado en prevenir la prolongación indebida de la jornada laboral.

Obviando consideraciones sobre la economía sumergida, se observan dos hechos concomitantes: por un lado, la prolongación indebida y oculta de la jornada laboral legal y, por otro lado, la ampliación de la conexión del trabajador con el empresario fuera de la jornada de trabajo, sin una razón legal para hacerlo. Esta problemática se acentúa en las empresas digitales que reinventan la organización de los tiempos de trabajo hasta límites extremos, como ha sucedido con los repartidores asalariados<sup>1</sup>.

La falta de límites claros entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso puede tener un impacto muy negativo en la calidad de vida y rendimiento del empleado, quien difícilmente puede separar el tiempo de trabajo del tiempo de descanso. Esto es confirmado por todos los estudios realizados hasta la fecha<sup>2</sup>.

El derecho a la desconexión digital se implementó en España el 7 de diciembre de 2018 a través de la Ley Orgánica 3/2018, relativa a la Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, que modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) mediante la inclusión del artículo 20 bis, relacionado con la esfera de la privacidad en el uso de dispositivos digitales en el contexto laboral. Según el artículo 88 de esta ley, las empresas están obligadas a establecer una política interna que regule cómo se ejerce el derecho a la desconexión digital, después de

---

<sup>1</sup> PÉREZ AMORÓS, F., “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday”, *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 14, núm. 45, 2020, p. 261.

<sup>2</sup> Véase el Informe de “Infojobs” sobre desconexión digital realizado en el año 2022, que reveló que tres de cada cuatro trabajadores españoles no desconectan digitalmente fuera de su horario laboral. Según este estudio, el 75% de los trabajadores españoles responden llamadas o emails fuera del horario laboral, siete puntos menos que el año anterior (82%), pero lejos de la cifra anterior a la pandemia, ya que en 2020 este dato era del 63%. También indica que el 64% de trabajadores dice no desconectar digitalmente durante las vacaciones.

consultar a los representantes de los trabajadores. En virtud de este derecho, los empleados no están obligados a responder llamadas, correos electrónicos corporativos ni mensajes de texto fuera de su horario laboral. En este sentido, debe interpretarse como un límite al poder de dirección del empresario, de modo que no puede intervenir en la organización del trabajo ni en la supervisión de las actividades del trabajador fuera de su horario laboral y, además, deberá asegurar que el tiempo de descanso sea respetado, implementando medidas de protección contra cualquier interferencia, tanto interna como externa, que pueda perturbar el descanso del empleado mediante la utilización de dispositivos digitales para tareas laborales adicionales.

La falta de incorporación de este derecho entre los derechos laborales (art. 4 ET) y su ausente regulación en la normativa sobre tiempo de trabajo, establecida entre los artículos 34 a 38 de la misma ley, junto con su omisión en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y su ausencia en el régimen sancionador específico en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), además de su vaguedad e imprecisión en la normativa que lo aborda, han sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina más especializada. No obstante, el sentir general no es tan pesimista, ya que existe un consenso en que este derecho puede ser invocado y aplicado directamente por los tribunales, y se erige como una salvaguardia para asegurar el adecuado descanso y respeto a la intimidad frente a las nuevas amenazas originadas por el tsunami tecnológico que ha transformado nuestra forma de vivir y de trabajar, facilitando la conexión permanente, desde cualquier lugar y a cualquier hora. Por lo tanto, la parte más significativa de esta regulación radica en su posible desarrollo a través de la negociación colectiva y las medidas asociadas, especialmente la obligación de las empresas de establecer una política interna que garantice su cumplimiento<sup>3</sup>.

Las voces más detractoras de la regulación específica de este derecho argumentan que, a pesar de que las nuevas tecnologías permiten un uso más flexible, los trabajadores gozan del mismo nivel de protección que en el modelo tradicional de organización laboral. En consecuencia, no se necesita una normativa específica para persuadir a los operadores jurídicos y a los trabajadores sobre la aplicabilidad de este derecho. Además, en nuestro sistema legal, ya existe una garantía de protección para el derecho al descanso (art. 15 en relación con los arts. 10, 40 y 43 CE) y la privacidad (art. 18 CE). Tanto la desconexión digital (una nueva garantía en el ámbito digital) como el disfrute efectivo del tiempo de descanso (una garantía tradicional) no difieren en términos prácticos. En ambos casos, tanto en el pasado como en la actualidad, la regularidad en

---

<sup>3</sup> REVUELTA GARCÍA, M., "Desconexión digital y criterios convencionales", en AAVV. LÓPEZ CUMBRE, L., *Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*, Aranzadi (Ed.), 2021, pp. 157-158.

el ejercicio del poder de dirección implica que el empleador no puede requerir al trabajador que realice tareas, ya sea en persona o a través de dispositivos digitales, fuera de los horarios laborales establecidos<sup>4</sup>. En palabras de Molina Navarrete:

“Hay que huir del exceso de esnobismo y artificialidad en los derechos de nuestro tiempo, evitando crear cortinas de humo sobre lo esencial: garantizar la efectividad de los periodos de descanso, esto es, hacer efectivo el clásico derecho, hoy social fundamental; no proponer a bombo y platillo pretendidos nuevos derechos bajo cuya fascinante denominación modernista no habría contenido o mejora real, como la mejor doctrina francesa concluye respecto de su ley” (Molina, 2017, p. 283).

El uso de las nuevas tecnologías no solo está cambiando nuestra manera de trabajar, sino que también condiciona nuestro descanso. Las fronteras entre la vida profesional y personal se difuminan al encontrarnos en un entorno laboral permanentemente conectado. Hoy por hoy, con la creciente digitalización del tejido empresarial, la mayor parte de los trabajos se complementan con el uso de las nuevas tecnologías. Véase la profesión de contable, administrativo, comercial o periodista. Todos los indicios apuntan a que, en lugar de gobernar con autonomía el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado al descanso, los trabajadores prolongan su jornada de trabajo. Webster y Randle (2016) hablan, incluso, de un efecto de “borrado” o dilución de las fronteras entre los tiempos dedicados al trabajo, al ocio y/o al cuidado<sup>5</sup>. También se ha llegado a afirmar que el tiempo de trabajo pagado y el tiempo de trabajo de «consumo» no pagado se confunden y que todo ello difumina los márgenes del concepto y la medición de la jornada de trabajo<sup>6</sup>. Esto evidencia la necesidad de legislar atendiendo a todas estas situaciones de sobreexposición tecnológica en el entorno laboral, a pesar de los innumerables beneficios que la digitalización nos proporciona.

Una de las particularidades de este nuevo escenario laboral, marcado por la fuerte incursión de las TIC, es la exigencia de un continuo aprendizaje y esfuerzo de adaptación, al tiempo que se introducen nuevos conocimientos, los cuales no son siempre fáciles de adquirir por parte del trabajador, especialmente por aquellos que no

---

<sup>4</sup> MOLINA NAVARRETE, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, pp. 280-281.

<sup>5</sup> WEBSTER, J. y RANDLE, K., “Positioning Virtual Workers Within Space, Time, and Social Dynamics”, en AAVV WEBSTER, J y RANDLE, K., *Virtual Workers and the Global Labour Market*, London: Palgrave Macmillan (Ed.), 2016, pp. 13-14.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. y PÉREZ DEL PRADO, D., “El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2017, p. 358.

están familiarizados con el manejo de las TIC. Como consecuencia, los trabajadores sienten que tienen un menor control sobre el resultado de su trabajo. En otras ocasiones, se sienten desbordados para dominar las nuevas habilidades requeridas y, como regla general, sienten que deben enfrentarse a una mayor carga de trabajo. Todo ello genera una sobrecarga tecnológica que, si no se gestiona adecuadamente, puede generar problemas para la salud de los trabajadores, entre los que destaca el “tecnoestrés laboral”<sup>7</sup>. La ausencia de información sobre los sentimientos de los trabajadores y las soluciones necesarias para abordar esta problemática puede tener graves consecuencias en la productividad de la empresa y, en ciertos casos, provocar la renuncia del trabajador.

La concepción del “trabajador eternamente disponible” y “conectado con cualquier parte del mundo”, que el uso de las nuevas tecnologías ha propiciado, unido a la sobreexposición tecnológica, ha aumentado el riesgo de las personas trabajadoras de padecer estrés y tecnoestrés, superando así a las enfermedades profesionales más comúnmente vinculadas al trabajo<sup>8</sup>. En este nuevo escenario, varias empresas tecnológicas han desarrollado herramientas de software para detectar el agotamiento de los trabajadores. A diferencia de las tradicionales encuestas, estas nuevas herramientas analizan el riesgo de “burnout” y el “engagement” del trabajador a través de sus interacciones en Slack, correo electrónico, calendario o sus interacciones faciales durante videollamadas, lo que incide directamente en su privacidad y bienestar mental. De esta manera, encontramos herramientas como “Erudit AI” (<https://www.erudit.ai/>), o “Nailted” (<https://nailted.com/es/>), que ofrecen un panel con datos y métricas en tiempo real que mide los niveles de agotamiento, el estado de ánimo de los trabajadores, el impacto de algún evento concreto y, lo más preocupante de todo, el nivel de compromiso. De esta forma, estas herramientas que se venden como una ayuda para combatir el burnout también podrían convertirse en una fuente de información para justificar despidos. Al fin y al cabo, otorgan una poderosa información al empresario sobre aspectos extremadamente sensibles y personales, como es la motivación, la opinión acerca de la empresa o el compromiso que sienten hacia la misma, a través del análisis de sus propios mensajes con otros compañeros o clientes.

El entusiasmo inicial respecto a la adopción de nuevas tecnologías en el entorno laboral parecía sugerir mejoras en las condiciones de los trabajadores. Esto se planteó, quizás, para contrarrestar los temores surgidos ante los anuncios de automatización del

---

<sup>7</sup> CUERVO-CARABEL, T. et al., “Nuevos retos asociados a la tecnificación laboral: el tecnoestrés y su gestión a través de la Psicología Organizacional Positiva”, *Revista de Psicologia, Ciències de l'Educació i de l'Esport*, vol. 38, núm. 1, 2020, p. 22.

<sup>8</sup> ERTEN, P. y ÖZDEMİR, O., “The Digital Burnout Scale”, *İnönü Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, vol. 21, núm. 2, 2020, p. 671.

empleo y la necesidad de adquirir nuevas habilidades en el nuevo escenario laboral. En cualquier caso, se creía que la tecnología promovería la conciliación de la vida laboral y personal al ofrecer mayor flexibilidad. Sin embargo, no parece que esto sea lo que ha sucedido. En realidad, la combinación de avances tecnológicos y cambios en la organización del trabajo parece estar impulsando una extensión de la jornada laboral en lugar de su reducción. En este nuevo paradigma, se valora más a aquellos trabajadores que están constantemente disponibles (y transparentes debido a su constante conexión en línea).

Los procesos de innovación tecnológica y organizativa en el entorno digital amplían las oportunidades para conectar los períodos que no son tradicionalmente considerados como tiempo de trabajo productivo con aquellos que sí lo son, gracias a las TIC, sin importar la ubicación física de los trabajadores, que cada vez se alejan más de las unidades de referencia tradicionales, como los lugares de trabajo físicos. Resurge nuevamente, en el corazón de la cuestión contemporánea sobre el tiempo de trabajo y su organización en los nuevos modelos de organización, un tema clásico: la protección de la seguridad y la salud en el trabajo<sup>9</sup>. Este es el aspecto central en el que pretende descansar este estudio.

Es innegable que un empleado que haya descansado adecuadamente tiende a ser más productivo y menos propenso a necesitar bajas laborales debido a un exceso de trabajo o a padecer el síndrome de “burnout”. Por consiguiente, la preservación de la salud psicosocial de los trabajadores en su entorno laboral debería ser una de las prioridades tanto del empleador como de los representantes de los trabajadores en el contexto actual. O como diría el poeta romano Décimo Junio Juvenal: «Orandum est ut sit mens sana in corpore sano», no obstante, como bien apunta Macías (2019), más que orar la expresión correcta sería preveníamos<sup>10</sup>. En definitiva, urge que la salud tecnológica y la fatiga informática ocupen un lugar central en los debates sobre el tiempo de trabajo y de descanso de los empleados. La realidad es que la tendencia actual no va en la dirección de reducir la jornada sino en la de incrementar la flexibilidad con horas suplementarias: “plus de flexibilité, plus d’heures supplémentaires”<sup>11</sup>.

## II. DOCTRINA JUDICIAL PREVIA

---

<sup>9</sup> MOLINA NAVARRETE, Op. Cit., p. 255.

<sup>10</sup> MACÍAS GARCÍA, M<sup>a</sup> C., “El modelo decente de seguridad y salud laboral. Estrés y technoestrés derivados de los riesgos psicosociales como nueva forma de siniestralidad laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 4, 2019, p. 89.

<sup>11</sup> MOLINA NAVARRETE, Op. Cit., p. 257.



El tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de descanso, junto a la regulación del derecho a la desconexión digital, forma parte de uno de los debates más vivos en el seno jurisprudencial y doctrinal. Se trata de una materia que está en constante evolución debido a la influencia de las nuevas tecnologías, que han transformado la manera en que vivimos y trabajamos, llegando incluso a alterar nuestra percepción del tiempo y la organización del trabajo.

A pesar de ser un tema de absoluta actualidad que está invadiendo todos los debates sobre el impacto de la Industria 4.0 y la digitalización en las relaciones laborales, esta cuestión no es nueva. De hecho, ya en 1997 se discutía en el ámbito judicial los problemas que hoy enfrentamos con la conectividad permanente. En ese entonces, se analizaba cómo mantener una conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles de la empresa y de todos los clientes superaba las facultades habituales y regulares de la misma, y suponía importantes riesgos de padecer fatiga informática, lo que afectaba a la salud física, mental y social del trabajador. Con ello, la empresa excede las facultades que le son propias, tal como establece el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, al forzar a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar disponibles para recibir comunicaciones en todo momento, incluso fuera de su horario laboral. En este punto, la SAN de 17 de julio de 1997, rec. 120/1997, a pesar de ser una sentencia antigua, ya da buena fe de la necesidad de establecer límites en el tiempo de descanso que deben ser infranqueables, imponiendo la nulidad de aquellas órdenes empresariales que exijan la atención de los trabajadores a los dispositivos digitales fuera de su jornada laboral. De este modo, se acuerda que los tiempos de descanso no son tiempos propios de trabajo y que el trabajo debe estar claramente diferenciado del tiempo de descanso y de cualquier vicisitud de la relación laboral.

El tiempo de disponibilidad, en el cual el trabajador debe estar disponible para comunicarse, pero no está obligado a estar físicamente en el lugar de trabajo, no se considera tiempo de trabajo, excepto durante los períodos en los que efectivamente presta servicios después de una llamada. De esta manera, el tiempo de trabajo se ha venido definiendo como aquel dedicado a actividades laborales, independientemente del lugar en el que se realicen, incluso si es fuera de las instalaciones de la empresa, y se ha limitado a la realización efectiva de labores. Esto excluye el periodo en el que el trabajador debe estar disponible pero no está prestando servicios<sup>12</sup>. Incluso, se ha hablado de un tercer tiempo, intermedio entre trabajo y descanso, pero ha sido rechazado por la doctrina judicial comunitaria, al entender que el concepto de "tiempo de trabajo" debe concebirse en contraposición al de "período de descanso", al excluirse

---

<sup>12</sup> STJUE de 3 de octubre de 2000, as. C-303/1998, caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, entre otras.

mutuamente ambos conceptos<sup>13</sup>. En otras palabras, cualquier tiempo que no sea tiempo de trabajo debe ser considerado tiempo de descanso. De esta forma, la presencia física en el centro de trabajo se considera tiempo de trabajo en lugar de tiempo de descanso, aunque sea posible descansar durante los períodos de inactividad existentes<sup>14</sup>. Por lo que, si el trabajador solo debe estar disponible para ser localizado por el empleador, pero no necesita presentarse en el lugar de trabajo, no se considerará tiempo de trabajo, salvo que deba acudir al lugar de trabajo en un lapso tan breve que, de facto, lo obliga a permanecer en las proximidades del lugar de trabajo durante su tiempo de disponibilidad<sup>15</sup>.

También se ha venido limitando, desde sede judicial, la jornada de trabajo, para establecer que no se podrá superar la jornada máxima añadiendo periodos de disponibilidad, con independencia de que sean tiempos de trabajo efectivos, incluyendo periodos en los que no existe actividad laboral. Así, se acuerda que los servicios de atención continuada y los períodos de permanencia, que suponen necesariamente fases de inactividad, deben tomarse íntegramente en cuenta a la hora de determinar la duración máxima diaria y semanal del tiempo de trabajo<sup>16</sup>.

Al abordar el tema del tiempo de descanso en la era digital, donde las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) tienen un papel predominante, es imperativo considerar un aspecto que suscita inquietudes cada vez mayores: el derecho a la desconexión digital, que se ampara en la protección del derecho fundamental del trabajador al descanso. En este sentido, la jurisprudencia ha sido determinante al establecer que todo el tiempo libre del que dispone un trabajador debe ser considerado como tiempo de descanso. Bajo esta óptica, el derecho a la desconexión digital opera como un límite absoluto al poder de dirección del empleador, lo que implica que cualquier enfoque empresarial que asocie el tiempo libre del trabajador con los intereses productivos de la empresa sería inconstitucional, ya que despojaría al trabajador de su dignidad como persona y de su libertad para desarrollar su personalidad; principios constitucionales establecidos en el artículo 10.1 de la Constitución Española. En otras palabras, el derecho al descanso se considera sagrado, y no se debe reducir el tiempo

---

<sup>13</sup> STJUE de 9 de septiembre de 2003, as. C- 151/2002, caso Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ MOYA, J., “El Ministerio Fiscal y las guardias localizadas de 24 horas: ni son “tiempo trabajo” ni cabe su compensación económica a los efectos de la Directiva 2003/88/CE”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2022, p. 7.

<sup>15</sup> STJUE de 21 de febrero de 2018, as. C-518/15, caso Ville de Nivelles v. Rudy Matzak.

<sup>16</sup> STJUE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/2001 a C-403/01, caso Bernhard Pfeiffer y otros v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut Ev.

libre al tiempo vinculado al trabajo, ya que eso convertiría al trabajador en una mera herramienta de producción<sup>17</sup>.

La fatiga informática no solo se origina por la falta de cumplimiento empresarial en el respeto a la desconexión digital del trabajador, que implica no recibir mensajes ni órdenes del empleador durante su tiempo de descanso, sino que también se extiende al requerimiento de llevar un dispositivo corporativo a casa y cargarlo para el día siguiente. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 23 de mayo de 2013, rec. 6212/2012 reconoce los riesgos de la fatiga informática y protege al trabajador de sufrir cualquier fatiga debido a la preocupación por tener el dispositivo tecnológico cargado para el día siguiente, lo que puede afectar tanto a su salud como al desarrollo de su vida personal y familiar. De esta forma, se extiende el alcance de este derecho, gracias a la labor jurisprudencial que, lejos de esperar una pronta intervención del legislador, actúa por sí misma para clarificar y ampliar la aplicación de este derecho, y delimitar sus efectos.

Por otro lado, la jurisprudencia también ha venido a reafirmar un principio que no admite controversia: el tiempo de trabajo en el domicilio debe considerarse como tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo<sup>18</sup>. Esto significa que las horas trabajadas en el domicilio del empleado deben ser contabilizadas de la misma manera que las horas trabajadas en el lugar de trabajo habitual. La empresa tiene la responsabilidad de establecer pautas claras sobre el tiempo de trabajo cuando se presta en el domicilio, y debe garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos, de la misma manera que se hace al desarrollar la actividad profesional en el centro de trabajo<sup>19</sup>.

La disponibilidad fuera del horario de trabajo no debe ser premiado en ningún caso, puesto que todo trabajador tiene un claro derecho al descanso y a la desconexión digital, por lo que no tiene obligación de estar disponible fuera de su horario de trabajo y, por lo tanto, no debería ser penalizado por ello<sup>20</sup>. De igual modo, tampoco puede ser

---

<sup>17</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre (Rec. 4492-2001).

<sup>18</sup> STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 3 de febrero de 2016 (Rec. 2229/2015).

<sup>19</sup> TRUJILLO PONS, F., "Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo", *Revista Derecho social y empresa*, núm. 18, 2023, pp. 10-12.

<sup>20</sup> Véase la SAN 4217/2021 de 18 de octubre, rec. 182/2021, que aborda los límites empresariales a la hora de "premiar" a sus trabajadores por estar disponibles fuera de la jornada laboral, como forma de demostrar implicación y compromiso a la empresa. En este caso, se resuelve conflicto colectivo generado entre empresa y comité de empresa al considerar, éste último, que el sistema de evaluación realizado para promocionar era ineficiente, al evaluar el compromiso y la implicación de los trabajadores, mediante el valor denominado "Complexity".

sancionado por no responder correos electrónicos o mensajes mientras está de vacaciones<sup>21</sup>.

Con todo, este derecho a la desconexión digital no es absoluto, sino que cae ante “situaciones urgentes y excepcionales”. Ahora bien, no cualquier emergencia justifica su inaplicación. La jurisprudencia exige una negociación previa de buena fe con los representantes de los trabajadores y su posterior precisión en el acuerdo o convenio correspondiente. Esto significa que la empresa no puede acordar de manera arbitraria y ambigua dejar sin efecto este derecho, debido a la gravedad de los riesgos laborales que se derivan de una conectividad permanente, como la fatiga informática. En consecuencia, se ha de dar prevalencia al derecho a la desconexión digital, cuyas posibles limitaciones deben ser restrictivas y acordadas por vía convencional (no en una suerte de “acuerdos individuales en masa”), por lo que, si se incumple este trámite negociador, y se acuerda de manera unilateral por el empleador, por ejemplo, en el acuerdo de teletrabajo, una excepción al derecho a la desconexión basada en circunstancias de urgencia consideradas por la empresa, sin mayor concreción, dicha cláusula no tendrá ningún efecto. Así lo ha precisado la SAN 1132/2022, de 22 de marzo, rec. 33/2022 y se espera que el Tribunal Supremo continúe en esta misma dirección.

### **III. DESCONEXIÓN DIGITAL Y DERECHO AL DESCANSO: UNA MIRADA A LA STSJ MADRID 453/2023, DE 17 DE JULIO DE 2023**

La STSJM 453/2023, de 17 de julio, resuelve el conflicto colectivo interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF) como parte demandante y CBM Servicios Audiovisuales SL y Comisiones Obreras como codemandados. En la sentencia se aborda: (i) el derecho de los trabajadores a que se respete el artículo 17 c) del II Convenio colectivo de la Industria de Producción Audiovisual (Técnicos), que establece que los cambios en la jornada laboral deben comunicarse con una antelación mínima de doce horas, salvo en caso de fuerza mayor o circunstancias excepcionales debidamente probadas por el empleador; (ii) el derecho de los trabajadores a la desconexión digital y la consecuente obligación empresarial de respetar el tiempo de descanso de los trabajadores en el cual se mantendrán inactivos sus dispositivos, de manera que no pueden recibir mensajes de la empresa o de sus compañeros sobre asuntos de trabajo.

---

<sup>21</sup> STSJM 2517/2022, de 21 de febrero (Rec. 20/2022).

La empresa “CBM SERVICIOS AUDIOVISUALES SL” tiene adjudicado el servicio ENG para Radiotelevisión Madrid SA para atender a grabaciones y directos tanto con la participación de RTVM, como de forma autónoma. Este servicio se divide en tres categorías: el servicio ENG estándar, con una cobertura de 8 horas diarias; el servicio ENG extendido, que mantiene las mismas características que el estándar, pero con una duración de 10 horas; y el servicio ENG integral nocturno, en horario de 0:00 a 6:00. No obstante, el adjudicatario tiene la obligación de adaptar el servicio a las necesidades de RTVM, manteniendo el mismo número de horas efectivas. De igual modo, se ha constatado que todos los trabajadores reciben un plus de disponibilidad de acuerdo con el artículo 22 del Convenio Colectivo.

“Artículo 22. Complementos salariales.

1. Plus de disponibilidad.-Dadas las específicas características de los trabajos a realizar durante las producciones audiovisuales, especialmente en su fase de rodaje o grabación, pero también en ocasiones durante su pre y postproducción, se establece que la jornada de trabajo efectivo de ciertos trabajadores/as durante estas fases podrá llegar a ser la máxima legal establecida en el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores.

El plus de disponibilidad, con carácter de complemento salarial no consolidable, retribuye la aceptación expresa por parte del trabajador de realizar la jornada indicada en el párrafo anterior, así como de incorporarse a su puesto de trabajo o permanecer en él fuera de esa jornada, cuando las necesidades del servicio así lo requieran. Con este complemento se entiende que quedan retribuidos tanto el hecho en sí de la disponibilidad como la mayor dedicación y jornada de trabajo, sin derecho a otra percepción. Su importe será de una cuantía igual al 25 por 100 del salario base del trabajador/a.”

En el período comprendido entre el 4 de abril de 2022 y el 8 de octubre de 2022, se llevaron a cabo un total de 6.627 servicios como resultado del contrato con RTVM. Durante ese mismo período, se requirió una modificación de horario para un total de 59 servicios, con al menos 12 horas de anticipación de forma general, aunque en algunas ocasiones este plazo no se cumplió. Estos cambios se comunicaron a los trabajadores a través del teléfono de la empresa o el correo electrónico corporativo. En caso de que un trabajador no respondiera, se intentaba contactar a través de su teléfono personal. Si el trabajador rechazaba la asignación, se buscaba a otro trabajador disponible.

La sentencia de instancia desestima la pretensión de reconocer el derecho de los trabajadores a la desconexión digital y declara que no existe obligación empresarial de respetar el tiempo de descanso de los trabajadores en el cual se mantendrán inactivos

sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciban mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales. De igual modo, se acuerda que la empresa debe fijar la jornada laboral con una antelación mínima de doce horas respecto a la hora en que los trabajadores vayan a ser convocados en el lugar de citación, salvo en caso de fuerza mayor o circunstancias excepcionales debidamente probadas por el empleador, y reconoce que, en ocasiones, no se ha producido esa "citación" con 12 horas de antelación, mas no se trata de una práctica habitual en este sentido y a los efectos del artículo 153 de la LRJS".

### **1. Plus de disponibilidad**

La Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF) sostiene que se ha vulnerado el artículo 17 c) del II Convenio colectivo de la industria de producción audiovisual por cuanto la empresa, aunque haya sido en algunas ocasiones, ha modificado la hora de convocatoria de los trabajadores en el lugar de citación con menos de 12 horas de antelación, sin justificarlo por causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, lo que implica una modificación de la jornada de trabajo que tienen establecida, conforme el plan de trabajo inicialmente previsto y conocido. No obstante, queda probado que, de acuerdo con el artículo 22 del Convenio Colectivo, todos los trabajadores reciben un plus de disponibilidad y, además, todos los empleados con jornada a tiempo completo cumplen una jornada laboral de 40 horas por semana, lo que significa que todos los empleados tienen su jornada laboral extendida de las 35 horas semanales previstas en el artículo 16 del Convenio Colectivo, debido a esta inclusión del plus de disponibilidad.

Los trabajadores solicitan que se respete el contenido del artículo 17, de manera que, a menos que existan circunstancias de fuerza mayor o excepcionales, se establezca la jornada con al menos 12 horas de antelación con respecto a la hora de convocatoria. El Tribunal reconoce el derecho de los trabajadores a recibir notificaciones de cambios en la jornada con un preaviso de 12 horas. No obstante, coincide con la decisión del juzgado de primera instancia en que, aunque en ciertas ocasiones se ha incumplido este aviso con una antelación de doce horas (en un 0,89% de los casos en un período de seis meses), esto no indica una práctica habitual de la empresa en este sentido, sino que se trata de eventos infrecuentes que no constituyen un incumplimiento deliberado y premeditado por parte de la empresa en detrimento de las garantías previstas para sus empleados.

Este plus de disponibilidad recompensa tanto la disponibilidad en sí, como la mayor dedicación y extensión de la jornada laboral, que puede comenzar o finalizar fuera del horario inicialmente previsto. Si damos una vuelta a esto, fácilmente nos percataremos

del fruto envenenado que supone este plus. Cuando un trabajador acepta estar disponible para actividades laborales y recibe este plus como compensación, ello implica que durante su tiempo de descanso puede ser contactado, lo que a su vez disminuye su tiempo de descanso, invade su privacidad y dificulta la conciliación de su vida laboral y personal. Con todo, difícilmente podrá disfrutar de su tiempo de descanso si debe permanecer alerta ante la posibilidad de una llamada para incorporarse al trabajo, en ocasiones, con un aviso previo inferior a una hora. Esto supone un claro trastorno en su organización y lo obliga a interrumpir sus actividades personales, ya sea pasar tiempo con su familia y amigos, o simplemente relajarse en su hogar. Es cierto que no se trata de una obligación para el trabajador, quien tiene la libertad de decidir si está dispuesto o no a sacrificar parte de su tiempo de descanso a cambio de un aumento en su remuneración. Sin embargo, dadas las circunstancias actuales, la mayoría de los trabajadores difícilmente rechazarían la oportunidad de ganar un salario extra a cambio de un esfuerzo adicional. Así, es probable que opten por un mayor ingreso en lugar de un descanso completo, aun sabiendo que esto puede afectar su recuperación física y mental. Resulta alarmante que, a pesar de la creciente concienciación sobre los riesgos relacionados con la fatiga informática y la salud en general de los trabajadores, se sigan permitiendo estas interferencias en el tiempo de descanso, que debería ser considerado como un período sagrado.

En este escenario, ha surgido un amplio debate en torno a si el periodo destinado a servicios de guardia de disponibilidad no presencial debe considerarse como tiempo de trabajo o tiempo de descanso. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha sostenido que estos servicios deben calificarse en su totalidad como tiempo de trabajo cuando el trabajador ve sustancialmente limitada su libertad de utilizar ese tiempo para sus propios intereses. En otras palabras, el TJUE determina que si las guardias de disponibilidad no presencial se consideran tiempo de trabajo o de descanso depende de la naturaleza y el alcance de las restricciones que afectan a la capacidad del trabajador para utilizar su tiempo libre durante esos periodos. Si las restricciones son significativas y limitan sustancialmente su libertad para gestionar su tiempo y atender sus asuntos personales, entonces se considerarán como tiempo de trabajo. De otro lado, si las restricciones son menos intensas y permiten al trabajador administrar su tiempo y atender sus intereses personales sin mayores limitaciones, solo se contabilizará como tiempo de trabajo el período en el que realmente realice tareas laborales durante la guardia<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> STJUE de 21 de febrero de 2018, as. C-518/15, caso *Ville de Nivelles v. Rudy Matzak*; STJUE de 9 de marzo de 2021, as. C-344/19, caso *D. J. v. Radiotelevizija Slovenija*.

A su vez, resalta la importancia del tiempo que tiene el trabajador para reanudar su actividad profesional después de ser requerido por su empleador. En este momento, se hace hincapié en el concepto de "plazo razonable". Aunque no se proporciona una definición precisa de lo que constituye un "plazo razonable", se hace referencia, de manera general, a un período en el que el trabajador puede planificar sus actividades personales y sociales. Si se cumple esta condición, entonces el período de guardia no se calificará como tiempo de trabajo. También se considera como elemento relevante la frecuencia promedio de las tareas efectivamente realizadas por el trabajador durante cada uno de sus periodos de guardia, siempre que esta frecuencia pueda ser objetivamente estimada. Por lo que, si en promedio, un trabajador tiene que intervenir en numerosas ocasiones durante su guardia y estas intervenciones no son de corta duración, entonces debe entenderse que el trabajador tiene menos margen para gestionar su tiempo durante los momentos de inactividad debido a interrupciones frecuentes. Sin embargo, ello no obsta a que, en casos en los que las intervenciones son poco frecuentes, el período de guardia pueda ser calificado como tiempo de descanso, siempre que el impacto del plazo de reanudación de la actividad laboral sea lo suficientemente significativo como para restringir de manera objetiva y considerable la capacidad del trabajador para gestionar libremente su tiempo durante los momentos en los que no se requieren sus servicios profesionales<sup>23</sup>.

La apreciación del impacto de las condiciones de reincorporación al trabajo tras recibir un aviso durante el tiempo de descanso del trabajador ha pasado a depender en gran medida de las circunstancias particulares de cada caso, lo que genera cierta inseguridad jurídica y puede dar lugar a distintas interpretaciones por parte de los tribunales. De igual modo, Sepúlveda (2021) recuerda que este escenario se complica aún más debido a los rápidos avances tecnológicos que están digitalizando y transformando nuestra forma de trabajar, impactando directamente en nuestro descanso. De ahí que medir la intensidad con la que operan las condiciones de incorporación al trabajo durante el periodo de guardia se convierte en una tarea cada vez más difícil de objetivar<sup>24</sup>. Esta cuestión debe ser abordada y adaptada a las nuevas realidades laborales para ofrecer la mayor seguridad jurídica al trabajador y, lo que es aún más importante, para asegurar una mayor protección en términos de descanso y salud, tanto mental como física.

## 2. Derecho a la desconexión digital

---

<sup>23</sup> SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., "Guardia de disponibilidad no presencial y tiempo de trabajo conforme a la Directiva 2003/88/CE. STJUE (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021, Asunto C-580/19", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 158, 2021, pp. 300-302.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 299.



La Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF) pretende hacer efectivo el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, a pesar de la ampliación de la jornada laboral con motivo del plus de disponibilidad acordado con la empresa y a la posibilidad de que los trabajadores se incorporen o permanezcan en sus puestos de trabajo fuera de la jornada laboral efectiva, ya que argumenta que la empresa no debería notificar cambios que ocurran fuera de esta jornada, a menos que se justifiquen por causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, como estipula el artículo 17 c) del convenio. En consecuencia, denuncia una posible infracción del artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, relacionada con la protección de datos personales y la garantía de los derechos digitales, en relación con el artículo 20 bis ET, que se ocupa de los derechos de los trabajadores en relación con la intimidad en el entorno digital y la desconexión. Sin embargo, el Tribunal mantiene una opinión contraria y argumenta que el pleno ejercicio del derecho a la desconexión digital es incompatible con la percepción de un plus de disponibilidad por parte de los trabajadores. Por ende, no tendrán derecho a desconectar digitalmente, lo que significa que no podrán evitar recibir llamadas o comunicaciones de la empresa, ya que, al recibir un plus de disponibilidad, la empresa puede contactar a los trabajadores durante sus tiempos de descanso para realizar cambios en su jornada laboral con hasta doce horas de antelación, antes de que deban realizar un servicio, debido a su disponibilidad. Cuestión diferente es que el trabajador opte por la no disponibilidad. No obstante, según los hechos probados, todos los trabajadores perciben un plus de disponibilidad en virtud del artículo 22 del Convenio Colectivo. Por lo tanto, este plus de disponibilidad retribuye no solo la extensión de la jornada laboral, sino también la posibilidad de que ésta comience o termine fuera de los horarios inicialmente programados.

Este régimen de trabajo entra en conflicto directo con la responsabilidad de la empresa de proteger la seguridad y salud de sus empleados frente a la fatiga informática. En efecto, los incentivos económicos relacionados con el plus de disponibilidad y los sistemas de guardia socavan la efectividad de la normativa sobre desconexión digital en el ámbito laboral, cuyo propósito fundamental es garantizar que los trabajadores disfruten plenamente de sus períodos de descanso, permisos y vacaciones. No obstante, ¿qué tipo de descanso puede disfrutar una persona si, durante sus momentos de relajación y desconexión, debe estar alerta ante la posibilidad de que su teléfono suene y deba reincorporarse al trabajo? ¿Qué posibilidades de conciliación tiene si necesita estar siempre disponible o no puede alejarse demasiado para llegar al trabajo? Es un hecho que cualquier trabajador que recibe un plus por "disponibilidad" o que trabaja bajo un "sistema de guardias" no puede gozar plenamente del derecho a la desconexión ni disfrutar de un descanso completo. Como consecuencia, es probable que

experimente una sobrecarga digital durante esos periodos de disponibilidad, lo que podría resultar en una disminución de su rendimiento a corto o medio plazo y en un deterioro de su salud física y mental.

De ahí que una nueva regulación que defina los conceptos de tiempo de trabajo y descanso acorde a las nuevas realidades se hace más necesario que nunca. Estos conceptos están anclados en los términos establecidos por la Directiva 2003/88/CE, que hunde sus raíces en la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, que utiliza como base jurídica el artículo 118A del Tratado de Roma, que se justificó en la necesidad de proteger a los trabajadores contra las extenuantes jornadas laborales. Sin embargo, han transcurrido dos décadas desde la promulgación de esta regulación inicial sobre el tiempo de trabajo. Durante este tiempo, el panorama de las relaciones laborales, el sistema de producción y la economía en general han experimentado cambios significativos y, con ello, han surgido nuevas formas de trabajo. Estas formas, en muchos casos, incorporan procesos de digitalización que difuminan las fronteras entre el trabajo físico y el trabajo digital, y también introducen una mayor diversidad de fórmulas en la organización del tiempo de trabajo. Por lo tanto, debe abogarse por una nueva regulación que refleje de manera más precisa la realidad laboral actual y proporcione una mayor protección y claridad en términos de tiempo de trabajo y descanso. En definitiva, una nueva regulación que se adapte a las realidades laborales contemporáneas, incorporando categorías legales más flexibles y abiertas, que permitan una mayor variedad de situaciones de trabajo y, al mismo tiempo, garanticen un sólido nivel de protección de los derechos de los trabajadores. La mera disponibilidad de un empleado, sin requerir necesariamente su presencia física en el lugar de trabajo, afecta intrínsecamente a su tiempo de descanso, a su capacidad para desconectar del trabajo y a su vida personal. Esto es un aspecto que la normativa debe reconocer sin necesidad de que se produzcan desplazamientos físicos o esfuerzos adicionales por parte del trabajador. Cualquier tiempo de disponibilidad debe ser compensado económicamente de acuerdo con los acuerdos y convenios colectivos correspondientes, y debe estar sujeto a limitaciones que garanticen los períodos de descanso necesarios<sup>25</sup>.

Todavía nos queda un largo camino por recorrer en esta materia. La incorporación de lo tecnológico en la legislación laboral plantea desafíos significativos. La irrupción de la pandemia COVID-19 y la llegada de la Industria 4.0 en nuestra sociedad han impulsado y normalizado el teletrabajo y la organización del trabajo en un entorno altamente conectado. Esto nos ha hecho reconocer la necesidad de estructurar una variedad de

---

<sup>25</sup> SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., Op. Cit., pp. 303-304.

instrumentos jurídicos en una sociedad cada vez más digitalizada<sup>26</sup>. En otras palabras, necesitamos dar respuesta a las transformaciones que están alterando nuestra forma de trabajar y descansar. Esto implica, en primer lugar, tomarnos un tiempo para comprender cómo estos cambios afectarán realmente a nuestra dinámica de trabajo y cómo se mantendrán en el tiempo. En segundo lugar, requiere una capacidad creativa y de razonamiento para determinar cómo podemos incorporar estos cambios sin comprometer la dignidad y la salud de nuestros trabajadores. Nos encontramos en las etapas iniciales de un importante cambio que está ocurriendo y, en este contexto, la protección del derecho a desconectar digitalmente y a disfrutar de un descanso adecuado está en una posición vulnerable que debemos resguardar. Aún hay mucho por descubrir, implementar y, posiblemente, decidir. El Derecho siempre va por detrás de la realidad, por lo que no podemos esperar que las leyes se anticipen, pero es apremiante comenzar a proteger ciertas situaciones de los inciertos avances tecnológicos. No podemos permitir que estas innovaciones tecnológicas supongan un menoscabo en las condiciones de nuestros trabajadores. Por esta razón, es esencial que la legislación y la negociación colectiva vayan de la mano para regular y preservar ciertos aspectos, comenzando por garantizar el respeto al tiempo de descanso de los trabajadores.

#### **IV. LÍMITES EMPRESARIALES SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJO EFECTIVO EN EL TELETRABAJO: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA STS 565/2023, DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2023**

La STS 565/2023, de 19 de septiembre, rec. 260/2021 se ha pronunciado de manera esclarecedora sobre los límites entre el tiempo de trabajo y descanso, subrayando la importancia de mantener unas condiciones dignas para los trabajadores, especialmente en el contexto del teletrabajo. Esta sentencia arroja luz sobre cómo deben interpretarse estos conceptos en el cambiante entorno laboral, marcado por una creciente digitalización de las relaciones laborales. La posición del Tribunal es firme al establecer que la empresa no debe recortar ni disminuir el tiempo de trabajo de un empleado en régimen de teletrabajo debido a circunstancias que escapan de su control, como una falla tecnológica que le impide trabajar durante un período determinado o por necesidades fisiológicas que no deben estar sujetas a medición ni control.

La Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, presentó demanda de conflicto colectivo frente a la empresa Extel Contact Center SAU y como

---

<sup>26</sup> MARTÍNEZ MOYA, J., “El derecho a la desconexión digital: contenido, límites y limitaciones. Confirmación judicial de sanción impuesta a un controlador aéreo por negarse a realizar un curso de formación on line”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021, p. 10.

interesados los sindicatos FeSMC, UGT, CGT, USO, CIG, OSTA y SOA, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, solicitando:

“Que, caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia. El derecho del personal que presta servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center.”

La sentencia de primera instancia ha establecido que, en todas las plataformas de la empresa, excepto en Málaga, cuando un empleado se desconecta para atender sus necesidades fisiológicas, debe imputar esta pausa como parte de su tiempo de comida o de su pausa para descanso visual. En cambio, en la plataforma de Málaga, los trabajadores tienen una clave llamada “Aux 2” que pueden activar para ausentarse del puesto de trabajo debido a estas necesidades fisiológicas. En ningún momento, la sentencia de instancia ha creado un nuevo período de descanso al margen de lo establecido en el Convenio Colectivo, sino que ha categorizado esta pausa como una interrupción imprevista de la actividad laboral.

Posteriormente, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dicta sentencia aclarada por auto de 14 de mayo de 2021, y declara (i) que la empresa debe considerar como tiempo efectivo de trabajo aquel en el que se produzcan desconexiones imprevistas durante la jornada de teletrabajo, como cortes de suministro de luz o interrupciones de la conexión a Internet, ajenos al control de los trabajadores. En estas situaciones, no se requiere que los empleados recuperen ese tiempo ni se les descuenta de sus retribuciones, siempre y cuando puedan proporcionar una justificación de la empresa proveedora de los servicios sobre la existencia y duración de la incidencia; (ii) el derecho de los trabajadores a usar el lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center.

Por su parte, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social ha efectuado requerimiento a la empresa para que, de manera inmediata, proceda a eliminar los sistemas de control sobre el tiempo dedicado a hacer sus necesidades fisiológicas, al chocar frontalmente con el respeto a su intimidad y la consideración debida a su dignidad, previstas en el artículo 4.e. del Estatuto de los Trabajadores. Es preocupante

que la Inspección de Trabajo tenga que llegar al punto de exigir a una empresa que deje de medir y controlar el tiempo que los teletrabajadores dedican a sus necesidades más personales, que pueden surgir en cualquier momento, y que además reste ese tiempo de sus períodos de descanso designados para comer y para aliviar la fatiga visual después de largas horas frente a una pantalla. Esto pone de manifiesto una falta de seriedad y respeto hacia la dignidad de los trabajadores, que ahora se ven obligados a controlar cuándo pueden satisfacer sus necesidades fisiológicas, llegando al extremo de posponerlas para no reducir su tiempo efectivo de descanso. Este tema debería resolverse sin mayores conflictos y sin necesidad de llegar al Alto Tribunal. No obstante, esta situación ha brindado la oportunidad de establecer de manera clara los límites sobre el tiempo de trabajo y descanso, al mismo tiempo que reconocer y respetar la dignidad de los teletrabajadores, quienes no deben ser penalizados ni menospreciados por realizar las mismas funciones que los trabajadores presenciales, pero bajo una modalidad de trabajo distinta.

El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia, establece que las personas que desempeñan sus labores en esta modalidad deben disfrutar de los mismos derechos que tuvieran si trabajaran en las instalaciones físicas de la empresa, excepto aquellos derechos directamente vinculados con la presencia física en el lugar de trabajo. Además, se clarifica que los empleados no deben verse perjudicados en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo el aspecto relacionado con el tiempo de trabajo. Asimismo, la normativa estipula que cualquier dificultad técnica u otra eventualidad que no sea atribuible a la persona trabajadora no debe resultar en perjuicio alguno ni en cambios en las condiciones laborales acordadas, especialmente en lo que respecta al tiempo de trabajo. En consecuencia, el Tribunal Supremo establece que las condiciones laborales de los empleados que realizan teletrabajo no pueden ser menos favorables que las de sus colegas que trabajan de manera presencial. Esto significa que, si los trabajadores presenciales no tienen que recuperar tiempo de trabajo o no sufren reducciones salariales debido a cortes de suministro de luz o de red en las instalaciones de la empresa, lo mismo debe aplicarse a quienes prestan servicios mediante el teletrabajo (FJ 1).

Por otro lado, la normativa sobre teletrabajo siempre ha requerido que los empleadores tomen medidas adecuadas, en la medida de lo posible desde un punto de vista técnico y razonable, para proporcionar los medios necesarios para llevar a cabo el trabajo (art. 5 del RDL 8/2020 y art. 11 del RD 28/2020). Por lo tanto, si los medios proporcionados no pueden solucionar incidentes que, ajenos a la voluntad del trabajador, le impiden continuar trabajando, el empleador no puede responsabilizar al trabajador por la imposibilidad de trabajar. Además, incluso en casos de desconexión, en función de su

duración, existen soluciones técnicas disponibles, como sistemas de alimentación ininterrumpida (SAI) o conexiones alternativas, que podrían aplicarse en virtud del artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta sentencia refuerza un principio innegociable: los teletrabajadores deben ser tratados de la misma forma que los trabajadores presenciales y no deben experimentar perjuicio ni menoscabo en su dignidad y condiciones laborales debido a su régimen de trabajo. Por lo tanto, el tratamiento de las pausas para atender sus necesidades fisiológicas como parte del tiempo destinado a comer o a descansar de la fatiga visual, resulta contrario a estos principios. La empresa no debe considerar estas pausas como parte del tiempo de descanso o de pausa por PVD. El artículo 24 del Convenio Colectivo establece tiempos de descanso que la empresa puede adaptar según las necesidades del servicio, y en estos intervalos no debe incluirse el tiempo que el trabajador necesita para atender sus necesidades fisiológicas, ya que estas no están relacionadas con las necesidades del servicio. Además, debe recordarse doctrina anterior de este Tribunal que ya indica su naturaleza de norma de prevención de riesgos laborales (STS 581/2021, de 26 de mayo, rec. 19/2020).

Tanto el artículo 58 del Convenio Colectivo, al considerar los factores de riesgo psicosociales y de organización, que incluyen las pausas en el trabajo, como el artículo 16 del Real Decreto-ley 28/2020, establecen que la situación que se debate aquí afecta a la salud y la higiene del trabajador. Por tanto, el foco no debería estar tanto en el derecho del trabajador a atender sus necesidades fisiológicas durante la jornada laboral, sino en cómo se debe gestionar el tiempo en que el trabajador debe ausentarse para satisfacer estas necesidades, que son básicas e inherentes a la condición humana. El punto de discusión se centra, entonces, en el trato diferencial que la empresa otorga a esta misma situación, al asignarla, en ocasiones, a la clave Aux 2 y, en otras, a la clave Aux 1, esta última regulada por los artículos 24 y 54 del Convenio Colectivo (FJ 2).

En definitiva, la configuración de estas pausas como parte de la organización de la empresa para el descanso del trabajador (ya sea para comer o descansar la vista) carece de sentido, ya que estas pausas no están vinculadas a las necesidades del servicio que la empresa puede planificar, sino que surgen de las necesidades del propio trabajador. En ciertos momentos, los trabajadores pueden verse en la necesidad de utilizar el baño, y esto no debería ser considerado como parte del tiempo de descanso programado por la empresa. Aunque es cierto que estas necesidades pueden ser atendidas durante los tiempos de descanso previstos, también pueden surgir en cualquier otro momento, por lo que se concluye que el tiempo necesario para atender estas necesidades no debe incluirse como parte de los periodos que responden a otras situaciones.

La incorporación de sistemas tecnológicos en el proceso de producción conlleva un aumento del poder de supervisión por parte de la empresa, facilitado por las herramientas de trabajo en sí. Estas herramientas no solo sirven como medios de trabajo, sino también como herramientas de control, permitiendo una supervisión detallada de la labor del empleado y ofreciendo pruebas sólidas en caso de comportamientos irregulares que puedan justificar un despido u otras medidas disciplinarias. En este contexto, se generan circunstancias propicias para posibles vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas, como su libertad y dignidad. La supervisión por parte de la empresa no debe ser tan intrusiva que fuerce al trabajador a tomar medidas perjudiciales para su salud, como limitar sus visitas al baño.

A pesar de que, inicialmente, podría pensarse que la introducción de tecnología más avanzada en el proceso de producción resultaría en una reducción del tiempo de trabajo para las personas, acompañada de períodos de descanso más largos, en la actualidad, esta idea ha cambiado radicalmente debido a la intensificación extrema de los períodos de actividad, especialmente en sectores que requieren una constante conexión telefónica y digital. Este modelo productivo impone un ritmo elevado de desempeño profesional, con presiones para mantener la concentración y la atención durante largos periodos de tiempo, lo que tiene un impacto muy negativo en la salud de los trabajadores. Debe plantearse, por el contrario, la implementación de un sistema de registro de jornada que incluya tanto los períodos perdidos debido a cortes en el suministro eléctrico o problemas de conexión a internet experimentados por los empleados que trabajan desde casa, como las pausas para ir al baño, dentro del concepto de tiempo de trabajo efectivo<sup>27</sup>. Solo de esta manera pueden asegurarse unas condiciones laborales dignas y saludables que no conviertan al trabajador en un simple factor productivo, sin tener garantizadas unas condiciones de descanso que le permitan conciliar y descansar.

## V. CONCLUSIONES

El análisis de la STS 565/2023, de 19 de septiembre, rec. 260/2021 y de la otra doctrina judicial relacionada, así como de la STSJM 453/2023, de 17 de julio permite alcanzar las conclusiones siguientes:

1. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) coloca la protección efectiva de la salud de los trabajadores en el centro de la norma, y esto implica abordar los riesgos psicosociales. En consecuencia, al evaluar los riesgos

---

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Cómputo como tiempo efectivo de actividad: interrupciones en el desarrollo del teletrabajo no imputables al asalariado y breves paradas para atender necesidades fisiológicas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021, pp. 8-9.

laborales, es necesario considerar los posibles factores estresantes que pueden causar sobrecarga digital en los trabajadores. A pesar de que, en la actualidad, la regulación de las enfermedades profesionales no incluye las enfermedades psicosociales, distintos organismos y doctrina especializada están de acuerdo en que se debe modificar el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, para incluir el uso común de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) como una causa de enfermedad profesional, en un intento de adaptarse a las nuevas realidades laborales de la era digital.

Por consiguiente, no cabe duda de que una desconexión digital no respetada genera una carga mental excesiva que se traduce en desmotivación, agotamiento mental y una merma en el rendimiento del trabajador. Además, se deben considerar los nuevos riesgos asociados al uso de las TIC, tales como el tecnoestrés, el “burnout tecnológico” y la nomofobia, así como la fatiga y las posibles lesiones derivadas de un uso prolongado de las pantallas del ordenador. Frente a lo expuesto, la única respuesta es garantizar un período de descanso efectivo que brinde al empleado la oportunidad de relajarse y liberarse de preocupaciones relacionadas con el trabajo, permitiéndole disfrutar de su familia, de tiempo para sí mismo y de actividades de su elección personal, sin la necesidad constante de estar pendiente del teléfono móvil. Dicho de otra manera, el empleador debe esforzarse por establecer límites sólidos entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, asegurando que la configuración de cada puesto de trabajo minimice situaciones estresantes. Además, se debe ofrecer a los empleados flexibilidad en cuanto a horarios y una organización eficaz del tiempo de trabajo, que les permita realmente descansar y, como resultado, ser más productivos durante las horas de trabajo efectivas. Esto ayudará a prevenir la sobrecarga mental y la fatiga informática relacionada con un uso excesivo de la tecnología, que pueden desencadenar serios problemas tanto mentales como físicos.

2. Parece que ciertos empleadores siguen aferrados a la idea de desconfiar de sus propios empleados y someterlos a una vigilancia y control constantes, incluso mediante el empleo de programas de software que rastrean cada acción del trabajador y obtienen resultados sobre su nivel de “engagement”. En lugar de confiar en la capacidad del empleado, cediéndole autonomía y libertad para gestionar su propio tiempo, se le impone una carga de trabajo excesiva en un esfuerzo por mantener un rendimiento constante, que termina por dinamitar tanto su confianza como su intención de permanecer en la empresa.



3. En este nuevo escenario laboral, marcado por el uso de las nuevas tecnologías que no solo transforma el contenido de las tareas y ocupaciones, sino también las reglas del tiempo y lugar de trabajo, el presentismo (tanto físico como digital) podría perder la relevancia que ha tenido, pasando a otorgarse más valor al cumplimiento de los objetivos marcados para cada trabajador o su equipo de trabajo, midiéndose entonces en el éxito de estas tareas marcadas, y no en el tiempo que ha dedicado a su realización, o en general, el tiempo que ha permanecido en el centro de trabajo físico o que ha estado conectado. La implantación del trabajo por objetivos (en la forma que mejor convenga a cada centro de trabajo, y siempre que sea posible) se presenta como una de las medidas más efectivas y positivas para mejorar la conciliación y salud mental del trabajador, al no estar sometido a largas y rutinarias jornadas de trabajo, y al ser más eficaz con horarios marcados por él mismo, siempre dentro de unas pautas fijadas por la empresa. Es evidente que esta modalidad de trabajo no es factible para todas las ocupaciones y en todos los centros de trabajo. No obstante, la idea que debe permanecer es la siguiente: si el empleador pretende obtener el máximo rendimiento del empleado, y éste busca mantener una estabilidad mental junto a una efectiva conciliación que le permita dedicar tiempo de calidad a su vida personal y familiar, la empresa no puede obligarlo a permanecer conectado o pendiente de asuntos laborales fuera de su jornada de trabajo, ni tampoco puede medir de manera constante su rendimiento y compromiso. El tiempo de descanso debe ser una esfera altamente protegida, libre de cualquier sensación de agotamiento o fatiga por parte del empleado, a quien debe otorgarse unas condiciones dignas de trabajo, y en quien debe depositarse la confianza merecida tras ser contratado y cumplir con las expectativas propias de su puesto de trabajo.

4. El derecho a desconectar digitalmente y a preservar el tiempo de descanso es imperativo en la vigente era tecnológica, en la que muy pocos trabajadores pueden desconectar completamente de sus responsabilidades laborales al finalizar su jornada. En otras palabras, nunca se logra realmente descansar del trabajo. A ello se une el férreo control de rendimiento y presentismo digital en el trabajo, que llega incluso a medir los tiempos de pausa para acudir al servicio y a considerar los mismos como tiempo de descanso en lugar de tiempo de trabajo efectivo, de la misma manera que se haría en un entorno de trabajo físico. Esta distinción “castiga” a aquellas personas que optan por el teletrabajo, llegando al extremo de descontar sus pausas por necesidades fisiológicas del poco margen que tienen para otros aspectos esenciales, como comer o descansar de la fatiga visual que supone estar horas frente a una pantalla.

5. La búsqueda de un alto rendimiento por parte de los trabajadores no debe implicar un constante escrutinio de su desempeño, eficacia y compromiso. Es imperativo que dejemos de considerar a los empleados como máquinas, cuyo único propósito es cumplir con las expectativas de la empresa, sometidos a una presión constante que los impulsa a trabajar sin los descansos adecuados, incluyendo su derecho a parar para ir al baño. Es preocupante que la empresa tecnológica "Amazon" haya confirmado que algunos de sus trabajadores se ven obligados a orinar en botellas de plástico para evitar perder tiempo. ¿Realmente este es el trato que queremos otorgar a nuestros trabajadores, tratándolos como máquinas y despojándolos de su dignidad? Urge hacer una pausa y reflexionar sobre cómo queremos abordar las inevitables transformaciones que nuestras relaciones laborales y la organización del tiempo y del trabajo experimentarán en esta nueva era tecnológica. El presentismo y la presión constante por mantener un alto rendimiento no deben restringir el tiempo de descanso del trabajador ni considerar necesidades tan básicas como la de ir al baño, como parte del tiempo dedicado a comer o descansar de la fatiga visual. En realidad, estas pausas responden a necesidades fisiológicas que pueden surgir de manera impredecible en diversos momentos del día.

En definitiva, y por dejar patente el mensaje que debe subyacer en este planteamiento:

la llegada de la nueva era tecnológica no debería convertirse en un motivo de inquietud para los trabajadores, quienes, en un principio, tenían la esperanza de que la tecnología mejoraría sus condiciones laborales en lugar de perjudicar su salud mental. Al menos ese era el acuerdo inicial. Frente a las persistentes advertencias sobre la sustitución de trabajadores por robots, debido a su mayor productividad y menor costo, ¿deberíamos simplemente resignarnos y tratar de parecernos más a ellos? Es hora de emplear todos los recursos disponibles, ya que nuestra normativa y doctrina son lo suficientemente sólidas como para evitar la deshumanización y el debilitamiento de los trabajadores ante los nuevos desafíos descritos.

# MAESTROS ESPAÑOLES DEL DERECHO DEL TRABAJO

La *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* estrenó en su número 61 una nueva sección fija, dedicada a las aportaciones científicas de los grandes maestros españoles del Derecho del Trabajo, por riguroso orden de escalafón de las Cátedras universitarias desempeñadas a lo largo de sus vidas académicas. Particular importancia ha de reconocerse a la construcción de los fundamentos doctrinales de la disciplina a cargo de los cuatro primeros catedráticos, los profesores Eugenio Pérez Botija, Gaspar Bayón Chacón, Manuel Alonso Olea y Manuel Alonso García. Sin su excepcional esfuerzo creativo la doctrina laboralista española no habría alcanzado las cotas de excelencia de la que goza en la actualidad.

Siguiendo su estela, a partir de 1963 fueron accediendo a las Cátedras universitarias los profesores discípulos de los cuatro anteriormente citados -y después los discípulos de estos discípulos-, cuyas obras científicas van a ser objeto de recordatorio en la *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, siguiendo el mismo riguroso orden de escalafón administrativo.

Cuanto más alejada esté, de la actualidad, la fecha de publicación de estos escritos, más difícil resulta su localización y consulta, pese a la importancia que siguen teniendo para los investigadores de la disciplina. A facilitar ese conocimiento va encaminada la reproducción de ese abultado fondo editorial (*Comité Ejecutivo*).

## LA OBRA CIENTÍFICA DEL PROFESOR MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER<sup>1</sup>

Por

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Sevilla

[jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es)

Con la colaboración de

MARÍA JOSÉ REGOJO DANS  
Secretaria de Dirección del Consejo de Estado

[seccion2@consejo-estado.es](mailto:seccion2@consejo-estado.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

### ORDENACIÓN SISTEMÁTICA

### MONOGRAFÍAS

1. Eficacia general del convenio colectivo, Inst. García Oviedo, Sevilla, 1960
2. El auxiliar asociado (Aportación al estudio del subcontrato de trabajo), Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960
3. La relación colectiva de trabajo a través de sus manifestaciones, Publicación Universidad, Murcia, 1961
4. Apuntes de Derecho Civil, Universidad a Distancia, 1973-74
5. Derecho del trabajo y Proceso, Escuela Social, Murcia, 1978
6. La acción sindical en la empresa, F. F. Ebert, Madrid, 1979
7. Derecho del trabajo, cambio político y crisis económica, Círculo de Empresarios, Madrid, 1981

---

<sup>1</sup> Inicialmente recopilada por Fernando Pérez-Espinosa Sánchez en los *Cuadernos de Derecho del Trabajo*. Sociedad de Estudios Laborales (SELSA), 1975-1976, ns. 1 y 2, pp. 303-305 (40 referencias). Revisada y actualizada por Luis Enrique de la Villa Gil y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea en el libro de varios autores, dirigido por ellos dos, *El Derecho del Trabajo en España*. Madrid (Instituto de Estudios Sociales), 1981, tomo II, pp. 1709-1712 (54 referencias).

8. La representación de los trabajadores en la empresa. Las relaciones laborales en España de los 80, Madrid, 1981
9. La Seguridad Social de los trabajadores emigrantes, IELS, Madrid, 1982
10. Apuntes de Derecho del trabajo, Facultad de Derecho, Sevilla, fotocopiado
11. Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1985
12. La Contribución de la jurisprudencia social del TJCE a la construcción del orden jurídico comunitario, Boletín Oficial del Estado, 1998.
13. Contrato de trabajo e intimidad del trabajador, Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Huelva (2 de marzo de 2004), Universidad de Huelva, 2004.

### **LIBROS EN COAUTORÍA**

14. Reglamentos de Empresa  
Rodríguez Piñero, M. y Pérez Botija, E., Tecnos, Madrid, 1958
15. Un modelo democrático de relaciones laborales  
Rodríguez Piñero, M., Martín Valverde, A. y González Ortega, S., en Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo, Universidad, Sevilla, 1978, págs. 9 a 41
16. Igualdad y discriminación  
Rodríguez Piñero, M. y Fernández López, M.F., Tecnos, Madrid, 1986
17. Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional  
Rodríguez Piñero, M. García Laguardia, J.M. y Schmill Ordóñez, U., Universidad Nacional Autónoma, México D. F., 1994.
18. La Jurisdicción Constitucional en España  
Rodríguez-Piñero, M., Arozamena Sierra, J. y Jiménez Campo, J., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995.
19. El Derecho Sindical en América Latina  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. et al., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
20. La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Fernández López, M. F., , La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.
21. Tres lecciones sobre la Constitución  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Cruz Villalón, P. y González Campos, J. L., Mergablum, Sevilla, 1999.
22. Responsabilidad medioambiental  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. et al., , Consejo General del Poder Judicial, 2005.

## **LIBROS COORDINADOS**

23. El trabajo en la Constitución  
AA.VV., Los trabajadores y la Constitución, SELSA, Madrid, 1980, págs. 17 y ss.
24. Comentarios a la nueva legislación laboral: ley reformada del Estatuto de los trabajadores, Ley de Protección por desempleo y decretos de desarrollo  
Rodríguez Piñero, M. et al., Tecnos, Madrid, 1985.
25. Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical  
Tecnos, Madrid, 1985
26. Comentarios a la ley de Libertad Sindical: Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical  
Tecnos, Madrid, 1986.
27. La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del tribunal Constitucional, 1979-1994  
Madrid, 1995.
28. Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva: la reforma laboral de 1997  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Valdés Dal-Re, F. y Casas Baamonde, M. E., Tecnos, Madrid, 1998.

## **ARTÍCULOS DOCTRINALES Y COLABORACIÓN EN OBRAS COLECTIVAS**

29. El convenio colectivo plural  
Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1959, año XX, nº 2, págs. 57-105
30. La laborización del Convenio Colectivo de trabajo  
Revista de Política Social, nº 71, 1959, págs. 147-168
31. La relación laboral de los empleados públicos  
Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1959, año XX, nº 2, págs. 111-112
32. La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa  
Revista de Derecho del Trabajo nº 39, 1960, págs. 35-40
33. El trabajo en común  
Revista de Política Social nº 45, 1960, págs. 57-127
34. La relación de trabajo de duración determinada  
Revista de Política Social nº 50, 1961, págs. 27-66
35. La nueva regulación del reglamento de régimen interior  
Revista de Derecho del Trabajo nº 44, 1961, págs. 21-24
36. Naturaleza jurídica del período de prueba

Estudios en Homenaje al Prof. Jordana de Pozas, Instituto de Estudios Políticos, vol. III, Madrid, 1961, págs. 65, 114

37. Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo

Revista de Derecho del Trabajo nº 44, 1962, págs. 133-195

38. Antecedentes, génesis y desarrollo de la Carta Social Europea

Revista de Política Social nº 53, 1962, págs. 133-195

39. El principio de norma más favorable y las reglamentaciones de trabajo

Revista de Política Social nº 53, 1962, págs. 236-250

40. El nuevo procedimiento de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo

Revista de Política Social nº 56, 1962, págs. 5-60

41. El Fuero del trabajo y la Carta Social Europea

Revista de Trabajo nº 2, 1963, págs. 121 y ss.

42. El Estado y la Seguridad Social (Notas a la base preliminar de la Ley de Bases de la Seguridad Social)

Revista de Política Social nº 61, 1964, págs. 41-83

43. Capacidad convencional y representación profesional

Revista de Política Social nº 64, 1964, págs. 113-160

44. La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo

Revista de Política Social nº 71, 1966, págs. 147 y ss.

45. El despido en el derecho de la II República

AA.VV. Homenaje al Profesor Giménez Fernández, vol. II, Universidad, Sevilla, 1967, págs. 441 y ss.

46. Contrato de trabajo y relación de trabajo. Balance provisional de una polémica

Anales de la Universidad Hispalense, 1967, vol. XXVII, págs. 4 y ss.

47. El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928

Revista de Política Social nº 74, 1967, págs. 23 y ss.

48. El régimen jurídico del despido (II). leyes de contrato de trabajo y de jurados mixtos

Revista de Política Social nº 77, 1968, págs. 5 y ss.

49. Sobre los principios informadores del proceso de trabajo»

Revista de Política Social nº 81, 1969, págs. 21 y ss.

50. Cuestiones laborales previas en el procedimiento administrativo

Revista de Política Social nº 83, 1969, págs. 131-156

51. La unidad de negociación del Convenio Colectivo de trabajo

Revista de Política Social nº 84, 1969, págs. 5-42

52. El cierre patronal y su nueva disciplina jurídica

- Revista de Política Social nº 88, 1970, págs. 5-30
53. La regulación protectora del trabajo en contratas  
Revista de Política Social nº 93, 1970, págs. 5-66
54. La culpa de la víctima y el accidente de trabajo  
ADC, T XXIII, 1970, págs. 573 y ss.
55. Fin de lucro de contrato de trabajo  
Revista de Política Social nº 93, 1972, págs. 297 y ss
56. Régimen jurídico de la huelga en Holanda  
Estudios Laborales, IELSS, nº 1, Madrid, 1975, págs. 75-108
57. Límites a la competencia y contrato de trabajo  
Revista de Política Social nº 116, 1977, págs. 5-34
58. La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación  
Revista de Política Social nº 118, 1978, págs. 5-43
59. La negociación colectiva  
AA.VV., Acción sindical y sindicalismo, Ayuso, Madrid, 1978, págs. 81-109
60. La libertad sindical en la Constitución  
Cuadernos de Derecho del Trabajo nº 4, 1978, págs. 93-116
61. El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales  
AA.VV., Sindicato y relaciones colectivas de trabajo, Colegio de Abogados, Murcia, 1978, págs. 33 y ss.
62. Empresa y contrato de trabajo  
Anales de la Universidad Hispalense, vol. XX, 1979
63. El principio de igualdad y las relaciones laborales  
Revista de Política Social nº 121, 1979
64. Intervista sulla dottrina giuslavoristica spagnola  
Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazione Industriali, nº 4, 1979, págs. 633-644
65. El trabajo en la Constitución  
AA.VV., Los trabajadores y la Constitución, SELSA, Madrid, 1980, págs. 17 y ss.
66. Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia  
AA.VV., Estudios en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 69-93
67. La regulación de los despidos disciplinarios, despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo  
AA.VV., Hacia un modelo democrático de relaciones laborales, Universidad, Zaragoza, 1980, págs. 211 y ss.
68. Derecho del trabajo y concertación social como instrumento de la política de empleo



- AA.VV, Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo, IELSS, Madrid, 1982
69. La Constitución y las fuentes del Derecho del trabajo  
AA.VV., El trabajo en la Constitución, Universidad, Zaragoza, 1982, págs. 35 y ss.
70. La Seguridad Social ante la crisis económica  
Papeles de Económica Española, nº 12, 1982, págs. 139-154
71. Despido discriminatorio antisindical: prueba y alcance  
Documentación laboral nº 2, 1982, págs. 139-158
72. Conciliación, mediación y arbitraje de los conflictos laborales en el Derecho del trabajo, en especial en los países de la CEE  
AA.VV., Negociación colectiva en España, sistemas de mediación y arbitraje, Madrid, 1982
73. Derecho del trabajo y crisis económica  
AA.VV., El Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80, Universidad, Zaragoza, 1983, págs. 247-277
74. Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo  
AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los trabajadores, t. IV, Edersa, Madrid, 1983, págs. 453-471
75. La movilidad del trabajador dentro de la empresa  
Documentación Laboral nº 9, 1983, págs. 6-70
76. Acuerdos Interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los trabajadores  
Revista de Política Social nº 137, 1983, págs. 347-393
77. Aspectos de la negociación colectiva en la crisis económica  
AA.VV., El Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80, Universidad, Zaragoza, 1983, págs. 279-300.
78. Discriminación y crisis  
AA.VV., El Derecho del trabajo y la Seguridad Social ante la crisis económica, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, págs. 65-85
79. Diritto del lavoro, mutamento político e crisi económica: il caso spagnolo  
Política del Diritto, nº 1, 1984, págs. 47-79
80. La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo  
Temas Laborales, nº 1, 1984, págs. 50-67
81. La contratación temporal en la Ley 32/1984 y en los Decretos de desarrollo  
AA.VV., Comentarios a la nueva legislación laboral, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 85-115

82. Un importante paso en la tutela antidiscriminatoria  
Relaciones Laborales, nº 7, 1985, págs. 1 y ss.
83. La estructura y el funcionamiento democrático de los Sindicatos  
AA.VV., Seminario sobre el proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical, Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid nº 7, monográfico, 1985, págs. 161 y ss.
84. IMAC y ACAS: Dos destinos diversos  
Relaciones Laborales, 1985, págs. 1623
85. La reforma de la Seguridad Social a debate  
Relaciones Laborales, T. I, 1985, págs. 411-414
86. Representación electiva y representación sindical en la empresa  
Relaciones Laborales, T. I, 1985, págs. 28-34
87. El Fondo de Garantía Salarial: una nueva fase  
Relaciones Laborales, T. I, 1985, págs. 35-42
88. Mayorías y minorías en la negociación colectiva  
Relaciones Laborales, T. I, 1985, págs. 40 y ss
89. Economía sumergida y empleo irregular  
Relaciones Laborales, T. I, 1985, págs. 43-48
90. Las modalidades de la contratación laboral en el Estatuto de los trabajadores reformado  
Relaciones Laborales, T. I, 1985, págs. 133-154
91. Una nueva fase de la jurisdicción de trabajo  
Relaciones Laborales, T. II, 1985, págs. 16 y ss.
92. La Ley Orgánica de Libertad Sindical  
Relaciones Laborales, T. II, 1985, págs. 23-32
93. Ley, ordenanza laboral y "favor laboral"  
Relaciones Laborales, T. II, 1985, págs. 33 y ss
94. Poder reglamentario y relaciones laborales  
Relaciones Laborales, T. II, 1985, págs. 49-54
95. Negociación colectiva y acuerdos sociales  
Papeles de Economía Española, nº 22, 1985, págs. 282-301
96. Acuerdo económico y social y su impacto en las relaciones laborales  
Círculo de Empresarios, nº 28, 1985, págs. 65-81
97. Dallo stato corporativo alla libertà sindacale»  
Dallo stato corporativo alla libertà sindacale. Esperienze comparative, Milan, Franco Angeli, 1985, págs. 51-68
98. Estado, Comunidades Autónomas y Seguridad Social

AA. VV., La tutela de la libertad sindical. Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, págs. 253-266

99. Puntos clave de la Ley Orgánica de Libertad Sindical

AA.VV., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 11 y ss.

100. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las relaciones laborales

Relaciones Laborales, 1986, págs. 1 y ss.

101. Reforma del proceso laboral y vías alternativas al proceso»

Relaciones Laborales, nº 7, 1986, págs. 1 y ss.

102. La libre circulación de personas en el ámbito de la CEE

Relaciones Laborales, nº 8, 1986, págs. 1 y ss.

103. Protección en amparo de sujetos no sindicales en el ámbito de la representación de los trabajadores», Relaciones Laborales, nº 11, 1986, págs. 83 y ss.

104. Algunas razones de inadmisibilidad del recurso de amparo

Relaciones Laborales, nº 12, 1986, págs. 1 y ss.

105. La problemática estructura de la negociación colectiva

Relaciones Laborales, T. I, 1986, págs. 17 y ss.

106. La Ley de Relaciones Laborales, diez años después

Relaciones Laborales, T. I, 1986, págs. 27 y ss. y Temas Laborales, nº 4, 1986, págs. 1-6

107. Cesión de trabajadores y contrata de mano de obra

Relaciones Laborales, T. I, 1986, págs. 33 a 40

108. El nuevo régimen jurídico de las invenciones

Relaciones Laborales, T. I, 1986, págs. 1 a 48

109. El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes y contenido, Relaciones Laborales, T. I, 1986, págs. 144 a 170

110. La igualdad de remuneración entre trabajadoras y trabajadores y el art. 119 del tratado de Roma

Relaciones Laborales, T. I, 1986, págs. 1131 a 1158

111. La aplicación en el tiempo del convenio colectivo

Relaciones Laborales, T. II, 1986, págs. 20 a 26

112. La doble cara de las elecciones "sindicales"

Relaciones Laborales, T. II, 1986, págs. 27 a 35

113. Reforma del proceso laboral y nuevas alternativas al proceso

Relaciones Laborales, T. II, 1986, págs. 3-10

114. Derecho al recurso y exigencias formales en el proceso laboral  
Relaciones Laborales nº 1, 1987, págs.1 y ss.
115. Flexibilidad: ¿Un debate interesante o interesado?  
Relaciones Laborales nº 3, 1987, págs. 1 y ss.
116. La trayectoria actual de los tribunales laborales  
Relaciones Laborales nº 4, 1987, págs. 1 y ss.
117. Flexibilidad, juridificación y desregulación  
Relaciones Laborales nº 5, 1987, págs. 1 a 6
118. El valor "cuasi-legal" de los convenios colectivos  
Relaciones Laborales nº 6, 1987, págs. 1 a 5
119. En torno a la huelga en los servicios esenciales  
Relaciones Laborales, T. I, 1987, págs. 37 y ss.
120. El acceso al recurso en la ejecución de las sentencias de despido  
Relaciones Laborales nº 10, 1987, págs. 1 y ss.
121. El objeto limitado del incidente de no readmisión  
Relaciones Laborales nº 12, 1987, págs. 1 y ss.
122. El ingreso del trabajador en excedencia voluntaria  
Relaciones Laborales nº 14, 1987, págs. 1 y ss.
123. Las conclusiones del Abogado General Mancini en la primera Cuestión Prejudicial (art. 177 Tratado CEE) española (I)  
Relaciones Laborales, nº 23, 1987, págs. 1 a 8
124. El plazo para promover el incidente de no readmisión  
Relaciones Laborales, T. I, 1987, págs. 57 y ss.
125. El ámbito de incidente de no readmisión  
Relaciones Laborales, T. I, 1987, pág. 71
126. La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987  
Relaciones Laborales, T. II, 1987, págs. 52 y ss.
127. Norma estatal y norma colectiva  
Relaciones Laborales, T. II, 1987, págs. 60 y ss.
128. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas  
Revista de Seguridad Social nº 34, 1987
129. Un caso de discrepancia entre resoluciones judiciales laborales  
Relaciones Laborales nº 1, 1988 y La Ley 1988-1, págs. 1.112 y ss.
130. La Directiva 77/87 CEE y la extinción del arrendamiento de empresa  
Relaciones Laborales, nº 6, 1988 y La Ley, 1988-II, págs. 1207 y ss.

131. Sucesión de empresas, empresa de temporada y continuidad del convenio colectivo

Relaciones Laborales nº 8, 1988, págs. 1 y ss.

132. Las relaciones laborales y el cambio de arrendamiento de empresas

Relaciones Laborales nº 10, 1988, págs. 1 y ss.

133. Pensiones no contributivas y Seguridad Social

Relaciones Laborales, 1988, nº 12, págs. 1 a 7

134. Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas

Relaciones Laborales nº 13, 1988, págs. 1 a 8

135. Sobre la representatividad sindical

Relaciones Laborales nº 14 y 15, 1988, págs. 1 a 7

136. Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social

Relaciones Laborales nº 16, 1988, págs. 1 a 7

137. El nuevo papel de la negociación colectiva de empresas en Europa

Relaciones Laborales nº 17, 1988, págs. 97 y ss.

138. El caso italiano y el proyecto de regulación de la huelga en los servicios esenciales

Relaciones Laborales nº 21, 1988, págs. 1 y ss.

139. Sobre el despido de trabajadores en caso de transmisión de empresas

Relaciones Laborales nº 22, 1988, págs. 1 y ss.

140. El Primer Protocolo adicional de la Carta Social Europea (II)

Relaciones Laborales, nº 23 y 24, 1988, págs. 1 a 8 respectivamente

141. Obediencia debida y desobediencia justificada

Relaciones Laborales, T. I, 1988, págs. 11 y ss

142. La subsistencia de la empresa de los contratos laborales y la Directiva 77/1987

Relaciones Laborales nº 7, 1988, págs. 1 a 8

143. Sucesión de empresas, empresas de temporada y continuidad del convenio colectivo

Relaciones Laborales nº 8, 1988, págs. 1 a 7

144. Relaciones laborales y cambio de arrendatario de la empresa

Relaciones Laborales nº 10, 1988, págs. 1 a 7

145. El carácter indisponible del art. 44 LET

Relaciones Laborales nº 11, 1988, págs. 1 a 8

146. Voluntariedad de las horas extraordinarias, convenio colectivo y prolongación de jornadas

Relaciones Laborales nº 3, 1988, págs. 1 a 10.

147. Transmisión de empresa por resolución judicial, cambio de empresario y voluntad contraria del trabajador  
Relaciones Laborales nº 20, 1988, págs. 1 a 8.
148. La "participación del personal" en el empleo público  
Relaciones Laborales, T II, 1988
149. Dualismo representativo en el empleo público  
Relaciones Laborales, T. II, 1988
150. Pensiones no contributivas y Seguridad Social (I y II)  
Relaciones Laborales, T. II, 1988
151. La Carta Social Europea (I y II)  
Relaciones Laborales nº 73 y 74, 1988, págs. 1 y ss. y 53 y ss., respectivamente
152. Los Tribunales Constitucionales en Europa  
Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, nº 1 y 2, 1988, págs. 5-32
153. Negociación colectiva: presente y futuro  
Gestió 2000, Barcelona, 1989, págs. 134
154. La dimensión social del mercado interior  
Relaciones Laborales, nº 1, 2, 3, 1989, págs. 1 y ss., respectivamente
155. Competencia judicial y efectos de las decisiones judiciales en materia laboral en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968  
Relaciones Laborales, 1989 nº 13, págs. 1 a 8
156. La declaración de derechos sociales comunitarios  
Relaciones Laborales nº 21 y 23, 1989, págs. 1 a 7 respectivamente
157. La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I y II)  
Relaciones Laborales nº 4, 1989, págs. 1 a 8 y nº 5, págs. 1 a 8
158. La reforma de los recursos en el procedimiento laboral. Continuidad y condiciones  
Relaciones Laborales, T. II, 1989
159. El reconocimiento legal de los Delegados Sindicales y los representantes sindicales al margen de la Ley  
Relaciones Laborales, T. II, 1989, págs. 11 y ss.
160. Nueva realidad social y sindicalismo  
Relaciones Laborales nº 19, 1989, págs. 1 a 7
161. El Programa de Acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social  
Relaciones Laborales nº 24, 1989, págs. 1 a 7
162. Seguridad Social y mercado único europeo  
Relaciones Laborales, T. II, 1989

163. Il diritto del lavoro nel primo decennio del Giornale  
Giornale di diritto del lavoro e di relazioni Industriali, nº 45, 1990, págs. 115-132
164. Jurisdicción de trabajo y sistema constitucional  
AA.VV., Cuestiones Actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los  
Catedráticos españoles de Derecho del trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea,  
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
165. Cosa juzgada y eficacia relativa de la sentencia laboral  
Relaciones Laborales nº 3, 1990, págs. 1 ss.
166. Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido  
Relaciones Laborales nº 8, 1990, págs. 1 y ss.
167. El lugar de los trabajadores en la Sociedad anónima europea  
Relaciones Laborales nº 10, 1990, págs. 1 a 8
168. La participación de los trabajadores en las empresas con estructuras  
complejas  
Relaciones Laborales nº 11, 1990, págs. 1 a 8
169. Los derechos de información y consultas de los trabajadores y la dimensión  
comunitaria de la empresa  
Relaciones Laborales, nº 12, 1990, págs. 1 a 7
170. La huelga de transportes en períodos punta  
Relaciones Laborales nº 15-16, 1990 y La Ley, 1991, págs. 1 y ss.
171. Consenso social y concertación  
Relaciones Laborales nº 14, 1990, págs. 1 a 6
172. La huelga de transportes en períodos punta  
Relaciones Laborales, nº 15 y 16, 1990
173. Incongruencia omisiva y recurso de suplicación  
Relaciones Laborales, 1990, T. II, págs. 69-82
174. Órgano competente y motivación en la determinación de los servicios  
esenciales en caso de huelga  
Relaciones Laborales nº 17, 1990
175. Derechos de información del sindicato y paga de beneficios  
Relaciones Laborales nº 21, 1990, págs. 1 y ss.
176. Dualidad de jurisdicciones y cumplimientos de los servicios esenciales en caso  
de huelga  
Relaciones Laborales, 1990, T. I.
177. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las cláusulas laborales  
Relaciones Laborales, T. II., 1990, págs. 36 a 44
178. La Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales

La Ley, nº 53, 1990, págs. 1-9

179. Fijación de los hechos en el proceso de despido

Revista Española de Derecho del Trabajo nº 4, 1990, págs. 48 y ss.

180. Il diritto del lavoro nel primo decennio del Giornale

Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, nº 45, 1990, págs. 115-132

181. Justicia constitucional y relaciones laborales

Temas Laborales nº 19/20, 1990, págs. 9-24

182. Potestad sancionadora y non bis in ídem

Relaciones Laborales, T. II, 1990, págs. 48-52

183. El futuro de la concertación social

Ojeda Avilés, A. (coord.), La concertación social tras la crisis, 1990, págs. 313-319

184. Acción declarativa, interés tutelable y proceso de trabajo

Relaciones Laborales, T. I, 1991, págs. 58-64

185. Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora

Relaciones Laborales nº 1, 1991, págs. 1 y ss.

186. Comité intercentro y representación de independientes

Relaciones Laborales nº 2, 1991, págs. 1 a 4

187. Principio pro-operario, condición más beneficiosa y autonomía colectiva

Relaciones Laborales, nº 6, 1991, págs. 1 y ss.

188. Empleo, democracia y relaciones industriales

Relaciones Laborales nº 7, 1991, págs. 1 y ss.

189. Acción declarativa y calificación del contrato de trabajo

Relaciones Laborales nº 11, 1991, págs. 1 y ss.

190. Representación de los trabajadores y democracia en la empresa

Relaciones Laborales nº 15-16, 1991

191. Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales

Relaciones Laborales nº 17, 1991, págs. 1 a 6

192. Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales

Relaciones Laborales nº 20-22, 1991, págs. 1 y ss.

193. La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas

AA.VV, Pensiones no contributivas, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991 págs. 153-169

194. El sindicalismo en los años 90

Cabrera Bazán, J. (coord.), VIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 1991, págs. 25-44

195. Principio de Igualdad y Derecho del trabajo



AA VV., El principio de igualdad en la Constitución Española: XI jornadas de estudio, vol. 2, 1991, págs. 1067-1102

196. Sindicato, proceso y relaciones laborales en España

Relaciones Laborales, 1991, T. II, págs. 54-60

197. Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer

Relaciones Laborales nº 2, 1992 y La Ley, 1993-1, págs. 1147 y ss.

198. Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria

Relaciones Laborales nº 3, 1992, págs. 1-7

199. La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional

Relaciones Laborales nº 7, 1992, págs. 1 a 8

200. Los límites constitucionales de la contratación colectiva

Relaciones Laborales nº 8, 1992, págs. 1 a 7

201. La representación por Graduado Social en el proceso de trabajo

Relaciones Laborales nº 11, 1992, págs. 1 y ss.

202. La huida del Derecho del trabajo

Relaciones Laborales nº 12, 1992, págs. 1 y ss.

203. El carácter subsidiario de la acción declarativa en el proceso del trabajo

Relaciones Laborales nº 12, 1992

204. Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical

Relaciones Laborales nº 15, 1992, págs. 1 a 8

205. La negociación colectiva europea hasta Maastricht

Relaciones Laborales nº 18 y 19, 1992, págs. 1 a 7

206. Flexibilización y anticipación de la edad de jubilación

Relaciones Laborales, T. I, 1992, págs. 39-46

207. Justicia constitucional y Derecho del trabajo

Alarcón Caracuel, M. R. (coord.), Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991: análisis de diez años de jurisprudencia constitucional, 1992, págs. 427-446

208. La representación de los trabajadores a nivel de empresas

Relaciones Laborales nº 2, 1993, págs. 1 a 8

209. Colegios profesionales y Constitución

Relaciones Laborales nº 9, 1993, págs. 1-8

210. Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo

Relaciones Laborales nº 3/4, 1993, págs. 1-7

211. Ley y Convenio Colectivo en la reforma del mercado de trabajo

Relaciones Laborales nº 14, 1993, págs. 1-6

212. Racionalidad empresarial y mercado de trabajo

- Relaciones Laborales nº 15, 1993, págs. 1-6
213. El marco constitucional en la asistencia privada  
AA.VV., El sector no lucrativo en España, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993, págs. 11-24
214. La protección jurisdiccional de los derechos humanos  
AA.VV., Los derechos individuales en la Constitución Española: la doctrina del Tribunal Constitucional, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, págs. 19-38
215. La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones  
AA.VV., Europa en el movimiento demográfico, los sistemas de pensiones y la evolución demográfica, 1993, págs. 247-262
216. La flexibilidad de la fuerza del trabajo y el derecho español del trabajo  
Rivero Lamas, J. (coord.), La flexibilidad laboral en España, 1993, págs. 165-180
217. Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo  
Relaciones Laborales, T. II, 1993, págs. 3-9
218. Derecho del trabajo y Empleo  
Relaciones Laborales nº 11, 1994, págs. 1 y ss.
219. El carácter autónomo de la ejecución provisional de las sentencias de despido  
Relaciones Laborales nº 12, 1994, págs. 1 y ss.
220. Derecho del trabajo y mercado  
Alarcón Caracuel, M. R. (coord.), La reforma laboral de 1994, 1994, págs. 339-409
221. La fe pública como valor constitucional  
AA.VV., La fe pública: jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado, 1994, págs. 17-30
222. Costituzione, diritti fondamentali e contratto di lavoro  
Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali nº 65, 1995, págs. 29-42
223. Jurisdicción y justicia constitucionales  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (coord.), La Jurisdicción Constitucional en España: la Ley Orgánica del tribunal Constitucional, 1979-1994, 1995, págs. 227-244
224. Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo  
Relaciones Laborales nº 1, 1996
225. Representantes unitarios colectivos y tutela en amparo de la libertad sindical  
Relaciones Laborales nº 2, 1996
226. Ley y diálogo social en el Derecho Comunitario Europeo  
Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 3, 1997, págs. 49-65
227. Constitución, legalidad y seguridad jurídica  
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (La vinculación del juez a la ley), 1997, págs. 157-177

228. El AIEE y la reforma del Estatuto de los trabajadores de 1997  
Documentación Laboral, nº 52, 1997
229. Error de hecho en la denegación de prestaciones económicas de la Seguridad Social  
Relaciones Laborales nº 1, 1997
230. Política de empleo y dimensión territorial  
Relaciones Laborales nº 14, 1998
231. El trabajo a tiempo parcial, entre normalización e incentivación  
Relaciones Laborales nº 15-16, 1998
232. La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional  
Relaciones Laborales, nº 22, 1998
233. El derecho del trabajador a ser informado sobre los elementos esenciales de su contrato de trabajo  
Relaciones Laborales nº 19, 1998
234. Autonomía colectiva y sistema constitucional  
Relaciones Laborales nº 18, 1998
235. Igualdad y no discriminación en el empleo  
Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 13, 1998, págs. 51-76
236. Medio ambiente y relaciones de trabajo  
Temas Laborales nº 50, 1999, págs. 7 y ss.
237. Balance de la negociación colectiva andaluza en el año 1999  
Temas Laborales nº 52, 1999, págs. 213 y ss.
238. El empleo de las personas con minusvalía  
Relaciones Laborales nº 3, 1999
239. Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (I)  
Relaciones Laborales nº 6, 1999
240. Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)  
Relaciones Laborales nº 8, 1999
241. El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE  
Relaciones Laborales nº 23, 1999
242. El Derecho del trabajo a fin de siglo  
Relaciones Laborales nº 24, 1999
243. La libertad sindical y el Convenio 87 (1948) de la OIT  
Relaciones Laborales nº 1, 1999
244. Decretos legislativos y control judicial del «ultra vires»: el caso de la Ley de Procedimiento Laboral  
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense nº 23, 1999

245. La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

AA.VV., Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto, 1999, págs. 149-167

246. Contrato de trabajo y autonomía del trabajador

AA.VV., Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, 1999, págs. 21-38

247. Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo

Relaciones Laborales nº 1, 2000

248. Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía

Relaciones Laborales nº 5, 2000

249. Igualdad de género y políticas comunitarias

Relaciones Laborales nº 6, 2000

250. El trabajo autónomo y el Derecho del trabajo

Relaciones Laborales nº 7-8, 2000

251. Política, globalización y condiciones de trabajo

Relaciones Laborales nº 11, 2000

252. Seguridad Social, maternidad y familia

Relaciones Laborales nº 14, 2000

253. Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación del trabajo

Relaciones Laborales nº 18, 2000

254. Legislación de extranjería y política de inmigración

Relaciones Laborales nº 20, 2000

255. El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios

Relaciones Laborales nº 22, 2000

256. Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo

Temas Laborales nº 59, 2001, págs. 11 y ss.

257. Igualdad y no discriminación en el empleo

Derecho y conocimiento, vol. 1, Universidad de Huelva, 2001, págs. 463-488

258. Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva

Persona y derecho nº 44, 2001, págs. 219-241

259. Feminización de tareas y masculinización de valoraciones

Relaciones Laborales nº 3, 2001

260. Empleabilidad y acceso a la formación

Relaciones Laborales, 2001

261. Proceso civil y proceso de trabajo  
Relaciones Laborales nº 12, 2001
262. La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios  
Relaciones Laborales nº 13, 2001
263. La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género  
Relaciones Laborales nº 19, 2001
264. Derecho del trabajo y disciplina de mercado  
Relaciones Laborales nº 21, 2001
265. Ayudas públicas para el empleo y libre competencia  
Relaciones Laborales nº 23, 2001
266. Proceso de trabajo y justicia constitucional  
AA.VV., El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil, 2001, págs. 723-754
267. Libertad de empresa y despido por motivos económicos  
Relaciones Laborales nº 3, 2002
268. La nueva dimensión del Derecho del trabajo  
Relaciones Laborales nº 7, 2002, págs. 1-13
269. Empleo y exclusión social  
Relaciones Laborales nº 10, 2002, págs. 1-12
270. El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresas: aspectos individuales  
Relaciones Laborales nº 11, 2002, págs. 169-197
271. Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores  
Relaciones Laborales nº 1, 2002
272. Los elementos asistenciales en la protección por desempleo  
Relaciones Laborales nº 14, 2002, págs. 1-17
273. La nueva dimensión de la protección por desempleo  
Relaciones Laborales nº 13, 2002, págs. 1-16
274. La flexibilidad de la edad de jubilación (I)  
Relaciones Laborales nº 18, 2002, págs. 1-16
275. La flexibilidad de la edad de jubilación (II): la nueva jubilación anticipada  
Relaciones Laborales nº 2, 2002
276. Poderes empresariales y autonomía contractual  
Cabanillas Sánchez, A. (coord.), Estudios en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, vol. 4, 2002, págs. 6059-6086
277. La dimensión del Derecho del trabajo

Cruz Villalón, J. (coord.), XX Jornadas Andaluzas de Derecho del trabajo y Relaciones Laborales, 2002, págs. 13-32.

278. Las migraciones desde la perspectiva de los derechos del hombre

AA.VV., Migraciones económicas masivas y derechos del hombre, 2002, págs. 75-89

279. Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales

Temas Laborales nº 70, 2003, págs. 23 y ss.

280. La Constitución Española y la Abogacía

Diario La Ley nº 5907, 2003, págs. 1 y ss.

281. La flexibilidad de la edad de jubilación (y II): jubilación aplazada y jubilación gradual

Relaciones Laborales nº 1, 2003, págs. 1-20

282. El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo

Relaciones Laborales nº 2, 2003

283. La revisión de la reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002

Relaciones Laborales nº 4, 2003, págs. 3-17

284. Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías

Relaciones Laborales nº 8, 2003

285. El nuevo papel de la Inspección de trabajo

Relaciones Laborales nº 10, 2003

286. La nueva renta agraria para los trabajadores eventuales de la agricultura

Relaciones Laborales nº 12, 2003

287. Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario

Relaciones Laborales nº 14, 2003

288. La Ley Concursal y el contrato de trabajo

Relaciones Laborales nº 2, 2003

289. Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia

Relaciones Laborales nº 19, 2003

290. Buena fe y ejercicio de los poderes empresariales

Relaciones Laborales nº 2, 2003

291. Cuestión prejudicial, derecho a la tutela judicial efectiva y primacía del derecho de no discriminación sobre el Derecho Comunitario derivado

Relaciones Laborales nº 21, 2003

292. Empleabilidad y acceso a la formación. Seguridad social y asistencia social en el marco de la descentralización de la política de protección social

Foro de seguridad social nº 8-9, 2003, págs. 39-51

293. La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo

Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R., El modelo social en la Constitución Española, 2003, págs. 207-228

294. Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales

Sala Franco, t; Borrajo Dacruz, E. y Ramírez Martínez, J. M. (coords.), Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González, 2003, págs. 635-662

295. Relaciones Laborales y empresas de la economía social

AA.VV., La economía social y el tercer sector: España y el entorno europeo, 2003, págs. 877-902

296. La Corona en su atribución arbitral y moderadora de las instituciones

Portero Rodríguez, F.; Lario González, M. A. y Tusell Gómez, J. (coords.), La Corona en la historia de España, 2003, págs. 259-268.

297. Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo

Diario La Ley nº 6003, 2004, págs. 1 y ss.

298. Competencia laborales de las Comunidades Autónomas y la formación profesional ocupacional

Relaciones Laborales nº 6, 2004

299. Intimidad del trabajador y contrato de trabajo

Relaciones Laborales, nº 8, 2004, págs. 1-14

300. El informe sobre el impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas

Relaciones Laborales nº 10, 2003

301. Prórroga de la situación de incapacidad temporal y reconocimiento de la incapacidad permanente

Relaciones Laborales nº 13, 2004

302. Acceso a la justicia y proceso de trabajo

Relaciones Laborales nº 15-16, 2004

303. Un diagnóstico sobre el modelo español de temporalidad

Relaciones Laborales nº 19, 2004

304. Hacia un nuevo marco multilateral sobre la migración

Relaciones Laborales nº 23, 2004

305. Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia

Persona y Derecho nº 50, 2004

306. Medio ambiente y prevención de riesgos laborales

Estudios de Derecho Judicial nº 62, 2004

307. Nuevos enfoques de la prevención de los riesgos laborales

Relaciones Laborales nº 1, 2005

308. La asistenta jurídica gratuita y los extranjeros  
Relaciones Laborales nº 3, 2005
309. Gobernanza y política de empleo  
Relaciones Laborales nº 5, 2005
310. Constitución Española y Constitución Europea  
Relaciones Laborales nº 7, 2005
311. Una nueva fase del Estatuto de los trabajadores  
Relaciones Laborales nº 9, 2005
312. La contratación administrativa y el Derecho del trabajo  
Relaciones Laborales nº 11, 2005
313. Derecho, proceso y solución de conflictos de trabajo  
Relaciones Laborales nº 13, 2005
314. Iura novit curia y convenio colectivo (I)  
Relaciones Laborales nº 15-16, 2005
315. Iura novit curia y convenio colectivo (y II)  
Relaciones Laborales nº 17, 2005
316. Poder de dirección y derecho contractual  
Relaciones Laborales nº 19-20, 2005
317. Constitución Europea, política social y método abierto de coordinación  
Relaciones Laborales nº 21, 2005, págs. 1-10
318. Federalismo, politica di impiego e autonomie territoriali in Spagna  
Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale nº 19-20, 2005
319. La Ley Concursal y los trabajadores»  
AA.VV., Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, vol. 3,  
2005, págs. 3111-3136
320. El Derecho del Trabajo en un sistema democrático de relaciones laborales  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (I), págs. 3-5
321. La extensión del convenio colectivo, el marco legal originario  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (I), págs. 7-19
322. El nuevo régimen jurídico de la extensión de convenios colectivos  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (I), págs. 21-32
323. La prohibición de fumar en los centros de trabajo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (I), págs. 33-44
324. Derecho del Trabajo y racionalidad  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (I), págs. 55-64
325. Transmisión de empresas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (I), págs. 75-86



326. El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (I), págs. 87-100
327. Una nueva iniciativa comunitaria sobre responsabilidad social de las empresas  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (I), págs. 119-127
328. La permanente actualidad de la Inspección de Trabajo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica 2006 (II), págs.15-28
329. La protección internacional de la negociación colectiva: una difícil tarea  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica 2006 (II), págs. 43-55
330. La determinación de la relación de trabajo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (II), págs. 71-83
331. La protección social de la dependencia  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2006 (II), págs. 109-121
332. La relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos  
Diario La Ley, nº 6605, 2006
333. El tratamiento de datos personales sobre la salud del trabajador: STC 202/1999, de 8 de noviembre  
Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, nº. 54, 2006 (Ejemplar dedicado a: Veinticinco años de jurisprudencia constitucional), págs. 427-440
334. La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan servicios en despachos  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (I), págs. 3-19
335. La normalización de la Renta Activa de Inserción  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (I), págs. 31-42
336. La cobertura de la situación de dependencia  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (I), págs. 55-67
337. La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (I), págs. 97-112
338. Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (I), págs. 113-126
339. Sucesión de empresa y sucesión de actividades  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (I), págs. 139-155
340. La función consultiva en la España actual  
Revista española de la función consultiva nº 7, 2007, págs. 33-58
341. Los objetivos generales de la protección social de las personas en situación de dependencia

- Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social nº 89, 2007, págs. 27-46
342. Flexiseguridad: el debate europeo en curso  
Aportaciones al debate comunitario sobre "flexiseguridad", 2007, págs. 3-28
343. La protección jurídica de la posición institucional del Tribunal Ayuda Constitucional  
El futuro de la justicia constitucional: actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2007, págs. 11-22
344. La problemática de la propiedad desde la perspectiva del derecho social  
Propiedad y derecho social, 2007, pág. 19-36
345. Gino Giugni, giurista globale  
Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, Vol. 29, nº 2, 114, 2007 (Ejemplar dedicado a: Gino Giugni), págs. 407-420
346. Gino Giugni en su ochenta aniversario  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (II), págs. 3-13
347. Accidente de trabajo, responsabilidad patrimonial del empresario y orden jurisdiccional competente  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (II), págs. 15-32
348. Derechos sociales fundamentales y Unión Europea  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica 2007 (II), pág. 55-67
349. ¿Un modelo social europeo o varios? : Europa social y competitividad  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (II), págs. 97-107
350. Flexiseguridad: el debate europeo en curso  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2007 (II), págs.113-137
351. Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (I), págs. 7-26
352. Contratación pública y condiciones de trabajo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (I), págs. 39-54
353. La configuración constitucional de la Seguridad Social  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (I), págs. 69-82
354. Ayudas de estado y FGS en la jurisprudencia comunitaria  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (I), págs. 93-109
355. De nuevo sobre el orden social competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial del empresario por accidente del trabajador  
Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (I), págs. 121-135
356. Título preliminar  
Comentarios a la Constitución española, 2008, págs. 11-24

357. Artículo 14  
Comentarios a la Constitución española, 2008, págs. 276-310
358. Artículo 49  
Comentarios a la Constitución española, 2008, págs. 1118-1123
359. Artículo 56  
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer  
Comentarios a la Constitución española, 2008, págs. 1229-1240
360. Artículo 160  
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer  
Comentarios a la Constitución española, 2008, págs. 2663-2671
361. Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social  
La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, 2008, págs. 97-115
362. Título Preliminar: Constitución  
Diario La Ley, nº 7066-7072, 2008
363. Per una flexi-security virtuosa  
Lavoro e diritto, vol. 22, 2008, págs. 341-346
364. Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (II), págs. 3-18
365. Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (II), págs. 39-49
366. Despido por enfermedad y discriminación  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (II), págs. 61-81
367. Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (II), págs. 83-98
368. Libertad de prestación de servicios y acción sindical  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2008 (II), págs. 109-128
369. 30 años de España Constitucional  
Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (I), págs. 3-16
370. Despidos colectivos y autorización administrativa  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (I), págs. 17-38
371. Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (I)  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (I), págs. 63-78
372. Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (y II)  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (I), págs. 79-98
373. Sobre el contrato de trabajo "único"  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (I), págs. 111-124

374. Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente de trabajo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (I), págs. 133-145
375. Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo  
Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 100, 2, 2009  
(Ejemplar dedicado a: Las Relaciones Laborales en Andalucía), págs. 517-550
376. Autonomía y heteronomía en los expedientes de regulación de empleo  
Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 99, 2009  
(Ejemplar dedicado a: Expedientes de regulación de empleo), págs. 85-105
377. Flexibilidad y seguridad en el nuevo derecho del trabajo  
Anuario de conferencias del CARL: 1er. semestre de 2008, 2009, págs. 463-475
378. El despido disciplinario y la "modernización" del derecho del trabajo  
El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea,  
2009, págs. 39-58
379. Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo  
Diario La Ley, nº 7245, 2009
380. Sobre el contrato de trabajo «único»  
Diario La Ley, nº 7176, 2009
381. Trabajadores pobres y derecho al trabajo  
Relaciones laborales, 2009 (II), págs. 27-42
382. La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (II), págs. 67-82
383. La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (II), págs. 97-111
384. Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (II), págs. 121-132
385. Libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho de huelga en la  
jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel Rodríguez-Piñero Royo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2009 (II), págs. 727-752
386. La tutela de la mujer trabajadora en las conclusiones del abogado general Ruiz-  
Jarabo  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (I), págs. 15-32
387. Despido colectivo y extinción del contrato de trabajo por muerte del empresario  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (I), págs. 33-48
388. Efecto directo e invocabilidad "inter privatos" de las directivas laborales  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (I), págs. 89-106
389. La nueva legislación de extranjería e inmigración

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (I), págs. 107-124

390. Control judicial y despido

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (I), págs. 137-146

391. Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea

Inmigración y movilidad de los trabajadores, 2010, pág. 35-58

392. Discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignacio

Albiol, 2010, págs. 459-478

393. Cotización social y legislación tributaria

Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo, 2010, págs. 93-110

394. La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010

Diario La Ley, nº 7457, 2010

395. El contrato de trabajo en la Ley 35/2010

Diario La Ley, nº 7488, 2010

396. La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010

Diario La Ley, nº 7441, 2010

397. La nueva legislación de extranjería e inmigración

Diario La Ley, nº 7423, 2010

398. La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta

Diario La Ley, nº 7319, 2010

399. Comparazione giuridica e riformulazione democratica dell'ordinamento del lavoro in Spagna

Lavoro e diritto, vol. 24, nº 4, 2010, págs. 419-432

400. Las transiciones en el mercado de trabajo

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (II), págs. 3-13

401. La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (II), págs. 25-38

402. Pensiones adecuadas, sostenibles y seguras

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (II), págs. 51-65

403. La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (II), págs. 93-124

404. 25 años de Derecho del Trabajo en Relaciones Laborales

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2010 (II), págs. 343-376

405. La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso

- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (I), págs. 3-16  
406. El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (I), págs. 29-42  
407. Internalización de actividades sin "sucesión" de plantillas
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (I), págs. 51-65  
408. La reforma de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (I), págs. 79-92  
409. Competencia judicial y ley aplicable en la Unión Europea al contrato de trabajo internacional
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (I), págs. 115-129  
410. Salarios y crisis
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (I), págs. 131-144  
411. El trabajo obligatorio o forzoso  
El trabajo, 2011, págs. 305-331  
412. La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo  
La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010, 2011, págs. 19-56  
413. El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 septiembre de 2010  
Diario La Ley, nº 7685, 2011  
414. La riforma spagnola del mercato del lavoro. Punti di vista della dottrina  
Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, Vol. 33, nº 2, 130, 2011, págs. 265-273  
415. El secreto profesional del abogado y el abogado interno
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (II), págs. 3-19  
416. Casos laborales relevantes en 2010 desde la perspectiva de los grandes despachos
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (II), págs. 41-53  
417. La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (II), págs. 75-87  
418. La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (I)
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (II), págs. 89-101  
419. Reforma de la negociación colectiva 2011: Presentación
- Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2011 (II), págs. 115-131  
420. Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012

Diario La Ley, nº 7833, 2012

421. Gino Giugni, un riformista innovatore

Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, vol. 34, nº 2, 134, 2012, págs. 204-209

422. La grave crisi del diritto del lavoro

Lavoro e diritto, vol. 26, nº 1, 2012, págs. 3-17

423. Las claves de la reforma laboral 2012

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 23-24, 2012, págs. 1-25

424. Exposición al ruido y plus de penosidad

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 21-22, 2012, págs. 1-13

425. Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)

María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 15-18, 2012, págs. 1-65

426. Derechos en el trabajo y trabajo decente

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 15-18, 2012, págs. 67-76

427. Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 13-14, 2012, págs. 1-16

428. Dos iniciativas legislativas de la Comisión Europea sobre el desplazamiento transfronterizo de trabajadores

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 11, 2012, págs. 1-13

429. Novedades en las cotizaciones sociales para 2012

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 6, 2012, págs. 1-11

430. La nueva reforma laboral

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 5, 2012, págs. 1-39

431. La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CE (III)

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 3, 2012, págs. 1-15

432. La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CE (II)

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 1, 2012, págs. 1-15

433. Treu jurista europeo

Rivista di Scienze Giuridiche, vol. 60, nº 3, 2013, págs. 357-363

434. De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 7-8, 2013, págs. 1-12

435. El derecho de acceso al proceso de trabajo en dos recientes sentencias constitucionales  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 3, 2013, págs. 1-14
436. Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 1, 2013, págs. 1-20
437. Un nuevo paso en la ejecución judicial de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
Diario La Ley, 2014
438. Convenio colectivo aplicable tras la transmisión de la empresa  
Diario La Ley, 2014
439. El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 10, 2014, págs. 1-13
440. Prestaciones del FOGASA e indemnización por extinción de contrato de trabajo por terminación de obra  
Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 3, 2014, págs. 1-13
441. El efecto "inter privatos" de la Carta de Derechos Fundamentales la Unión Europea  
Revista universitaria de ciencias del trabajo, nº 15, 2014 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo, constitución y crisis económica: Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Da-Ré), págs. 25-42
442. La competencia judicial internacional en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.  
El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Antonio Martín Valverde, 2015, págs. 92-107
443. Libertad sindical y negociación colectiva  
La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas, 2015, págs. 495-542
444. Discriminación de género y "otras" discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres  
Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río, 2015, págs. 21-40
445. Libertad religiosa y "espacio laboral"  
Una filosofía del derecho en acción: homenaje al profesor Andrés Ollero, 2015, págs. 2039-2055
446. El texto refundido de la Ley de Empleo



Derecho de las relaciones laborales, nº. 8, 2015, págs. 841-851

447. Un nuevo enfoque de la Directiva 96/71 sobre la protección de los trabajadores desplazados

Derecho de las relaciones laborales, nº 5, 2015, págs. 485-491

448. El derecho de huelga y el Convenio nº 87 OIT sobre libertad sindical

Derecho de las relaciones laborales, nº 3, 2015, págs. 229-238

449. El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET

Derecho de las relaciones laborales, nº 2, 2015, págs. 105-117

450. La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE y el régimen español de trabajo portuario

Derecho de las relaciones laborales, nº 1, 2015, págs. 19-33

451. La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Diario La Ley, 2015

452. El derecho a trienios del personal eventual de las Administraciones Públicas y la STJUE de 9 de julio de 2015

Diario La Ley, 2015

453. Discriminación múltiple

Diario La Ley, 2015

454. La despenalización de las faltas de tráfico y la responsabilidad civil

Diario La Ley, 2015

455. La agilización del proceso penal, el procedimiento de decomiso autónomo y la ampliación de la apelación en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Diario La Ley, 2015

456. La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Diario La Ley, 2015

457. El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Código Mercantil

Diario La Ley, 2015

458. Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo

Diario La Ley, 2015

459. Concepto de trabajador

Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás

Sala Franco 2016, págs. 55-68

460. El compromiso del jurista

Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social: estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, 2016, págs. 27-33

461. Pérez Botija y la Revista de Derecho del Trabajo

AA. VV., Semblanza del profesor Eugenio Pérez Botija, 2016, págs. 53-77

462. Sindicato y sistema democrático

Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos: XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2016, págs. 223-233

463. Francisco Tomás y Valiente, hombre de Estado.

Una mirada valiente: Homenaje a Francisco Tomás y Valiente, 2016, págs. 167-171

464. De nuevo sobre la temporalidad en el empleo público y la Directiva 1999/70

Derecho de las Relaciones Laborales, nº 10, 2016, págs. 951-957

465. Prisión del trabajador y despido discriminatorio

Derecho de las relaciones laborales, n. 8, 2016, págs. 723-739

466. Interpretación conforme y efecto de exclusión de las Directivas laborales de la Unión Europea

Derecho de las relaciones laborales, nº 7, 2016, págs. 619-627

467. El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE

Derecho de las relaciones laborales, nº. 5, 2016, págs. 407-416

468. La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59

Derecho de las relaciones laborales, nº. 1, 2016, págs. 1-10

469. Resolución judicial y autoridad judicial en la orden de detención europea

Diario La Ley, 2016

470. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos

Diario La Ley, 2016

471. Extradición y ciudadanía europea

Diario La Ley, 2016

472. Cláusulas sociales y contratación pública

Diario La Ley, 2016

473. Cláusulas contractuales abusivas y proceso monitorio

Diario La Ley, 2016

474. La nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público

Diario La Ley, 2016

475. Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes

- Derecho de las relaciones laborales, nº 11, 2017, págs. 1033-1044
476. Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria  
Derecho de las relaciones laborales, nº 8, 2017, págs. 675-684
477. La constitucionalidad de la consignación de la condena en los recursos de suplicación y casación social
478. Derecho de las relaciones laborales, nº 4, 2017, págs. 279-291
479. Despidos colectivos. Autorización administrativa y libertad de empresa  
Derecho de las relaciones laborales, nº 2, 2017, págs.99-109
480. Sobre la indemnización por prisión preventiva injustificada  
Diario La Ley, 2017
481. Capítulo cuadragésimo segundo. Los servicios de interés general en la Unión Europea entre Estado y Mercado  
Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo, 2017 págs. 1227-1250
482. Capacidad convencional y representación sindical  
Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez, Madrid, 2017, págs. 41-60
483. Título preliminar  
Comentarios a la Constitución española, 2018, págs. 13-27
484. Artículo 14: La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley  
Comentarios a la Constitución española, 2018, págs. 334-352
485. Artículo 49  
Comentarios a la Constitución española, 2018, págs. 1404-1416
486. Artículo 56  
Comentarios a la Constitución española, 2018, págs. 1555-1569
487. Artículo 160  
Comentarios a la Constitución española, 2018, págs. 1746-1756
488. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia  
Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia, 2018, págs. 51-70
489. La Constitución y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea  
España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas, 2018, págs. 821-836
490. Sobre el régimen laboral de la prestación de servicios de manipulación portuaria  
Estrategia Blue growth y derecho del mar, 2018, págs. 23-539
491. La contratación laboral en el marco de flexiguridad: las orientaciones de la Unión Europea

La modalidad de contratación laboral: libro homenaje al prof. Francisco J. Prado Reyes, 2018, págs. 27-46

492. El trabajo y la Constitución, cuarenta años después

Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos, nº 330, 2018, págs. 58-61

493. Aspectos laborales de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Derecho de las relaciones laborales, nº 8, 2018 (Ejemplar dedicado a: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), págs. 805-814

494. La rectificación de la doctrina de Diego Porras sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada

Derecho de las relaciones laborales, nº 6, 2018, págs. 565-578

495. Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78

Derecho de las relaciones laborales, nº 3, 2018, págs. 231-248

496. La responsabilidad tributaria del administrador concursal y su exigencia temporal

Diario La Ley, 2018

497. La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales

Documentación Laboral, nº 113, 2018 (Ejemplar dedicado a: La recepción del Derecho de la Unión Europea en los ordenamientos laborales de España y Portugal), págs. 31-44

498. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la violencia doméstica

La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº 130, 2018

499. Nuevos instrumentos regulatorios de la Europa social

Derecho de las relaciones laborales, nº 11, 2019 (Ejemplar dedicado a las nuevas directivas sociales), págs. 1043-1053

500. Libertad religiosa y contrato de trabajo con las iglesias

Derecho de las relaciones laborales, nº 9, 2019, págs. 861-871

501. La nueva regulación laboral de la estiba y el Real Decreto-Ley 9/2019

Derecho de las relaciones laborales, nº 6, 2019, págs. 559-573

502. 100 años de la implantación de la jornada máxima de trabajo

Derecho de las relaciones laborales, nº 4, 2019, págs. 351-361

503. El efecto directo del derecho a vacaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

Derecho de las relaciones laborales, nº 1, 2019, págs. 1-16

504. La efectividad de la tutela de la libertad personal en las sentencias

«declarativas de amparo»

Diario La Ley, 2019

505. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia

Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia, 2019, págs. 53-75

506. Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo en el contexto de la economía digital

Derecho de las relaciones laborales, nº. 10, 2020, págs. 1233-1243

507. Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato

Derecho de las Relaciones Laborales, nº 6, 2020, págs. 673-774

508. Tutela judicial sin indefensión y comunicaciones y notificaciones por vía electrónica

Derecho de las relaciones laborales, nº. 2, 2020, págs. 91-98

509. Las medidas laborales y de Seguridad Social en el estado de alarma y en la «desescalada»

Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia, 2020, págs. 15-90

510. Nuevas medidas laborales y de Seguridad Social, extraordinarias y temporales, tras la finalización del estado de alarma y el proceso de "desescalada"

Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia, 2020, págs. 545-560

511. Inadmisibilidad del control por el Tribunal de Justicia de medidas nacionales de Seguridad Social y objetivos de la política social

512. Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela, 2020, págs. 43-51

513. Los sistemas de control nº regulares de los convenios de la OIT

Procedimientos especiales de la OIT: reflexiones y propuestas en el contexto del centenario, 2020, págs. 9-20

514. Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia

Francis Lefebvre, 2020

515. Procedimientos especiales de la OIT: reflexiones y propuestas en el contexto del centenario

Cinca, 2020

516. La aplicación temporal de la Directiva 2014/104 UE, relativa a la indemnización a las víctimas de prácticas contrarias al derecho a la competencia

Diario La Ley, 2021

517. Recordando a Luigi Mariucci

Revista de Derecho Social, nº 94, 2021, págs. 13-18

518. Prueba ilícita y nulidad del despido  
Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social, nº 3, 2021  
(Ejemplar dedicado a: La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo)
519. Conferencia de clausura  
Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo, 2021, págs. 51-58
520. El derecho de la negociación colectiva en el voto disidente a la STC 8/2015  
La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales: estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, 2021, págs. 109-116
521. Sobre el llamado despido colectivo de hecho  
La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete, 2021, págs. 951-956
522. Derecho del Trabajo y Libertad de Empresa  
Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio social y económico:  
Libro en homenaje a Federico Durán López, 2021, págs. 43-50
523. Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato  
Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID19, 2021, págs. 9-28
524. La huelga, un derecho fundamental asediado  
Estudios de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social: homenaje al profesor Santiago González Ortega, 2022, págs. 31-38
525. Laborum et Scientiae  
Libro homenaje al Prof. Dr. Juan Raso Delgue, 2022. ISBN 979-83-70272-04-2
526. La protección de los trabajadores que informen sobre infracciones normativas  
Laborum et Scientiae: Libro homenaje al Prof. Dr. Juan Raso Delgue, 2022, págs. 17-38
527. Prueba ilícita y nulidad del despido  
Liber Amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete, 2022, págs. 499-512
528. El trasfondo euro unitario del Real Decreto Ley 32/2021  
Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022, 2022, págs. 132-135
529. Los contornos de la discriminación  
Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social, nº 5, 2022, págs. 19-27
530. La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia.  
Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia

Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE), 2023, págs. 115-142

### ARTÍCULOS DOCTRINALES EN COAUTORÍA

531. La extinción del contrato de trabajo y el desempleo

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y González Ortega, S., Revista de Seguridad Social, nº 12, 1981, págs. 23-72.

532. La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y González Ortega, S., en AA.VV., II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo, IELSS, Madrid, 1985, págs. 267-287

533. Los Derechos Colectivos en la Función Pública

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Desdentado Bonete, A.; Nieves Andreo, S. y del Rey Guanter, S., , Temas Laborales, nº 5, 1985, págs. 65 y ss.

534. El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Cruz Villalón, J., T. I, 1987, págs. 81 y ss.

535. La legge spagnola sulla libertà sindacale

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Cruz Villalón, J., Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, nº 33, 1987, págs. 77-120

536. La relación laboral especial del personal de alta dirección y el RD 1382/1985 (I y II)

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Fernández López. M.F., Relaciones Laborales, nº 5 y 6, 1988, págs. 7-38

537. Las incertidumbres de lo social en el Mercado Unico

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Casas Baamonde, M. E., Valdés Dal-Ré, F., Relaciones Laborales, 1993, nº 1, págs. 1-10

538. Repertorio de la Jurisprudencia Laboral del tribunal de Justicia de Comunidades Europeas

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Rodríguez-Piñero Royo, Relaciones Laborales, nº monográfico, 1989

539. Repertorio de la Jurisprudencia Laboral del tribunal de Justicia de Comunidades Europeas

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M., Relaciones Laborales, número monográfico 1990

540. La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des-droits fondamentaux

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Leguina Villa, J., en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1990, págs. 99-132

541. Repertorio de la Jurisprudencia Laboral del tribunal de Justicia de Comunidades Europeas

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M., *Relaciones Laborales*, número monográfico 2, 1991

542. Repertorio de la Jurisprudencia Laboral del tribunal de Justicia de Comunidades Europeas

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M., *Relaciones Laborales*, número monográfico 1992

543. Repertorio de la Jurisprudencia Laboral del tribunal de Justicia de Comunidades Europeas

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. Rodríguez-Piñero Royo, M., *Relaciones Laborales*, número monográfico 1993

544. Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y González Ortega, s., en de la Villa Gil, L. E. (coord.), *Reforma de la Legislación Laboral: estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, 1995, págs. 23-38

545. Medio ambiente y relaciones de trabajo

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., en Escudero Rodríguez, R. J. (coord.), *La Ley de prevención de riesgos laborales: XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del trabajo y Relaciones Laborales*, 1996, 649-665

546. Uniones de hecho y protección social

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Pardell Veá, A., en Martinell, J. M. y Areces Piñol, M. T, *Uniones de hecho: XI Jornades Jurídiques*, 1997, págs. 47-64

547. The role of labour law and industrial relations in job creation policies

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., en AA.VV., *Job creation and Labour Law*, Kluwer Internacional, Dordrecht, 2000

548. La reforma del mercado de trabajo 'para el incremento del empleo y la mejora de su calidad'

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Casas Baamonde, M. E. y Valdés Dal-Ré, F., *Relaciones Laborales*, nº 7, 2001

549. La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Casas Baamonde, M. E. y Valdés Dal-Ré, F., *Relaciones Laborales*, nº 17, 2001

550. Le Riforme del diritto del lavoro nella Spagna del Governo Aznar (1996-2002)



Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Casas Baamonde, M. E. y Valdés Dal-Ré, F., *Lavoro e diritto*, vol.16, nº 3, 2002, págs. 483-504

551. The principle of equality in the labour market: reflections on the Spanish model

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., *International Journal of comparative Labour Law and Labour Relations*, 2003

552. El Maestro Manuel Alonso Olea. In memoriam

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E., *Relaciones Laborales*, nº 7, 2003

553. La aplicación de la Reforma Laboral

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde

*Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 12, 2013, págs. 1-32

554. La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento", las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la Ley 11/2013 y el RDL 11/2013

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde, Fernando Valdés Dal-Ré

*Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 10, 2013, págs. 1-29

555. El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo

María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré

*Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 9, 2013, págs. 1-13

556. La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde

*Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 5, 2013, págs.1-31

557. Relaciones laborales, punto y final

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde, Fernando Valdés Dal-Ré.

*Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 12, 2014, págs. 1-11

558. El Real Decreto-Ley 8/2014: Garantía Juvenil y nuevo marco territorial de las políticas de empleo

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde

*Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 9, 2014, págs. 1-32

559. El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 5, 2014 (Ejemplar dedicado a: La profunda reforma de las pensiones de 2013), págs. 1-23

560. El uso del Decreto Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 4, 2014, págs. 1-16

561. Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde

Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 2, 2014, págs. 1-27

562. La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010

Marcos Peña Pinto, Fernando Valdés Dal-Ré, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde

Derecho de las relaciones laborales, nº 6, 2015, págs. 657-670

563. La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los Ayuda trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por "causa objetiva", y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde

Derecho de las relaciones laborales, nº 9, 2016, págs. 838-872

564. El derecho del trabajo a debate

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde

Derecho de las relaciones laborales, nº 3, 2016

(Ejemplar dedicado a: El derecho de trabajo a debate), págs. 189-195

565. Tres maestros del Derecho del Trabajo cumplen 80 años

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Luis Enrique de la Villa Gil

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 43, 2016

566. Derecho de las relaciones laborales y Constitución

Miguel Rodríguez-Piñero y Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde

Derecho de las Relaciones Laborales, nº 8, 2018, págs. 805-814

567. Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernando Valdés Dal-Ré, María Emilia Casas Baamonde

Derecho de las relaciones laborales, nº 8, 2020, págs. 1009-1020

568. Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19

María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Derecho de las relaciones laborales, nº 4, 2020 (Ejemplar dedicado a: El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19), págs. 317-348

569. Nueva prórroga del estado de alarma y nuevas reformas laborales y de Seguridad Social del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril

María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Derecho de las relaciones laborales, nº 4, 2020 (Ejemplar dedicado a: El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19), págs. 588-594

570. Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia

María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Madrid, 2020, págs. 9-14

571. El Estatuto de los Trabajadores y la derogación de su artículo 52.d)

María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Derecho de las relaciones laborales, nº 3, 2020, págs. 221-242

572. Historia de una traducción: del Grundriss des Arbeitsrechts (1962) al Compendio de Derecho del Trabajo (1963)

Luis Enrique de la Villa Gil, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 100, 2023

573. Nuevos pasos en la jurisprudencia del TJUE sobre el principio ne bis in ídem

Diario La Ley, 2022

574. Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre las infracciones y delitos

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S.

Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 264, 2023, págs. 131-196

## **PROLOGOS DE LIBROS**

575. Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, Propiedad intelectual y Seguridad Social

L. Hurtado González, Madrid, 2006

576. Los procedimientos negociados de solución de los conflictos laborales

La Ley, 2008

577. El Derecho del Trabajo según Sancho Panza

Gianni Loy, Cinca, 2009

578. Manual de Derecho Social de la Unión Europea

AA.VV., Madrid, 2011

579. La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación: La cláusula abierta de nº discriminación del Art.14 de la Constitución en las relaciones laborales

J. del Pozo, Santiago de Compostela, 2012

580. L'autonomia individuale nelle origini del diritto del lavoro

S. Fernández, Turín, 2012

581. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable.

M. Elosegui, Aranzadi, 2013

582. La gestión del tiempo de trabajo en el siglo XXI

M.S. Herráiz Martín, Madrid, 2014

583. España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante

Dir. J.L. Gil, Madrid, 2017

584. Procedimientos especiales de la OIT: reflexiones y propuestas en el contexto del centenario.

Madrid, 2020

585. El recurso de casación laboral

José I. Ugalde González, Madrid, 2020

586. Antecedentes históricos del constitucionalismo social en España: origen e influencias ideológicas

VV.AA., Madrid, 2022, págs. 9-14

587. Repaso de transiciones. España, Andalucía y PSOE 1969-1990

J. Rodríguez de la Borbolla Camoyán, Sevilla, 2022

588. La sanción disciplinaria en la empresa de CREMADES, B., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969

589. Trabajadores eventuales, de Ojeda Avilés, A., Publicaciones de la Facultad de Derecho, Sevilla, 1973

590. Los trabajadores temporales. Problemas jurídicos de eventuales, interinos y temporeros en Derecho español, de Ojeda Avilés, A., Publicaciones de la Facultad de Derecho, Sevilla, 1973

591. El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo, de Rodríguez de la Borbolla, J., Anuario de la Universidad Hispalense, nº 24, 1975

592. Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases, de Durán López, F., Sevilla, 1976

593. Prohibición de competencia y contrato de trabajo, Colección tesis doctorales, de Castiñeira Fernández, J., Sevilla, 1977

594. Presentación de la obra El trabajo en la Constitución, Cuadernos de Derecho de Trabajo nº 4, 1978, págs. 17-29

595. La crisis del trabajo a rendimiento, de Alcaide Castro, M., Universidad de Sevilla, 1980

596. Estructura y función de la representación colectiva en la empresa, de Cuevas López, J., Aranzadi, Pamplona, 1982

597. Absentismo y despido del trabajador, de González Ortega, S., Aranzadi, Pamplona, 1983

598. Las modificaciones sustanciales de la prestación de trabajo, de Cruz Villalón, J., MTSS, 1983

599. Negociación colectiva y paz laboral, de Del Rey Guanter, S., MTSS, Madrid, 1984

600. El closed shop en Gran Bretaña, de González Biedma, E., MTSS, Madrid, 1984

601. El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del trabajo, de González Biedma, E., MTSS, Madrid, 1989

602. La concertación social tras la crisis, Ariel, Barcelona, 1990

603. Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción Penal en el orden social, de Del Rey Guanter, S., MTSS, Madrid, 1990

604. Presentación de le ler.mai, París, Gallimard, 1990

605. Representación de los trabajadores y Democracia en la Empresa, de Biagi, M., MTSS, Madrid, 1992

606. Mujeres y Mercado de trabajo, de Sáez Lara, C., CES, Madrid, 1994

607. Las invenciones laborales, de Pérez Pérez, M., Civitas, Madrid, 1994

608. Invenciones laborales de trabajadores, profesores universitarios y personal investigador, de Pérez Pérez, M., Civitas, Madrid, 1994.

609. Instituciones de Derecho Procesal Laboral, de Baylos Grau, A.; Cruz Villalón, J. y Fernández López, M. F., Trotta, 1995

## **PONENCIAS Y COMUNICACIONES**

610. Problemas de rendimiento y clasificación profesional: paros encubiertos y crisis tecnológicas

Coloquios sobre Movimientos emigratorios interiores y exteriores: su relación con los desarrollos tecnológicos y con los programas de formación profesional en España y en los EE.UU., Asociación Cultural Hispano Norteamericana, Madrid, 1964, págs. 23-29

611. La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo  
I Congreso Iberoamericano de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social,  
Madrid, 1965, Revista de Política Social nº 71 (1966), págs. 147-168
612. El recurso de suplicación y el problema de la unidad de instancia  
III Congreso Iberoamericano de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social,  
Asociación Española de Derecho del trabajo, 1970, vol. II, págs. 1233-1249
613. Problemática del régimen jurídico del invento del trabajador  
I Congreso de Derecho Industrial y Social, Tarragona, CIDIS, 1965, págs. 707-723
614. Derecho del trabajo y crisis económica  
Instituto de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1983
615. Movilidad del trabajo  
El ciclo de mesas redondas sobre relaciones laborales, Confederación Española de  
Organizaciones Empresariales, Madrid, 1983
616. Aspectos individuales de las relaciones laborales  
Documentos y estudios, nº 3, Empresa y Sindicato en un Estado Social de Derecho,  
Fundación Friedrich Ebert, Madrid
617. El Tribunal Constitucional Español  
Corte Constitucional de Guatemala, Guatemala, noviembre 1992
618. La reforma constitucional  
Colegio de España, Guatemala, noviembre 1992
619. Constitución y Derechos Humanos  
Escuela Universitaria de Formación del Profesorado, Guadalajara, diciembre 1992
620. Justicia constitucional y justicia laboral  
Seminario del Master de Derecho del trabajo y Seguridad Social, Universidad de  
Sevilla, marzo 1993
621. Los Colegios profesionales  
Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, marzo  
1993
622. La justicia constitucional en el ámbito laboral  
Colegio Universitario San Pablo, Madrid, marzo 1993
623. La protección de los derechos fundamentales  
Universidad Autónoma de Barcelona, mayo 1993.
624. La implicación de la genética en las relaciones laborales  
Fundación BBV, Bilbao, mayo 1993
625. La garantía de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional  
Consejo General del Poder Judicial, Madrid, octubre 1993
626. Constitucionalidad de la reforma de la función pública

- Seminario Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Sevilla, octubre 1993
627. La Flexibilidad de las relaciones laborales
- 5.<sup>a</sup> Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, noviembre 1993
628. La Constitución y los derechos inmobiliarios
- Colegio Nacional de Administradores de Fincas, Madrid, noviembre 1993
629. El Defensor del Pueblo en la Constitución
- Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, diciembre 1993
630. La reforma del mercado de trabajo
- Consejo Gallego de Relaciones Laborales, Santiago de Compostela, diciembre 1993
631. Derecho del trabajo y mercado
- Jornadas de la Universidad de Zaragoza, enero 1994
632. Derechos sociales de los extranjeros: garantías constitucionales
- Consejo de Europa y ESADE, Barcelona, 1994
633. Temas actuales sobre tráfico inmobiliario
- Jornadas de la Universidad de Córdoba, marzo 1994
634. La fe pública como valor constitucional, Consejo General del Notariado
- Madrid, abril 1994
635. Las enfermedades de trabajo
- MUPRESA, Madrid, abril 1994
636. Unidad de jurisprudencia, igualdad y seguridad jurídica
- Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 7 de mayo de 1998. En Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo 38, Madrid, 1999, págs. 393-413

#### **OTRAS PUBLICACIONES**

637. Traducción del Compendio de Derecho del trabajo de Hueck, A. y Nipperdey, H.C
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y De la Villa Gil, L. E., Revista de Derecho Privado, 1963
638. Intervista sulla dottrina giuslavoristica spagnola, Gionarle di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, nº 4, 1979, págs. 633-644
639. Do poder Diretivo na Empresa (El poder directivo en la empresa)
- Bueno Magano, O., REDT, nº 13, 1983, págs. 171 y ss.
640. Derecho del trabajo y crisis económica, en Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80, III Coloquio sobre Relaciones Laborales, Universidad, Zaragoza 1983, págs. 245-277
641. Informe de la Universidad de Sevilla

Revista de Trabajo nº 73, 1984, págs. 189-222

642. Legislación Laboral

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Ojeda Avilés, A. y Fernández López, M. F.,  
Tecnos, Eds. 2.<sup>a</sup> a 21.<sup>a</sup>, 1984-2005

643. Presentación, Jornada de Estudio sobre Personal Directivo

Relaciones Laborales, nº 2, 1986, págs. 1 y ss.

644. Colección de legislación laboral

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Ojeda Avilés, A. y Fernández López, M. F.,  
Tecnos, Madrid, 1991

645. Sistema Laboral

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Casas Baamonde, M. E. y Valdés Dal-Ré, F., La  
Ley, Madrid, 1991

646. Legislación Laboral y de Seguridad Social

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Ojeda Avilés, A. y Fernández López, M. F.,  
Tecnos, Madrid, 1999

647. Legislación Laboral y de Seguridad Social

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Ojeda Avilés, A. y Fernández López, M. F., ed.  
6.<sup>a</sup>, Tecnos, Madrid, 2004

648. Legislación Laboral y de Seguridad Social

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Ojeda Avilés, A. y Fernández López, M. F., ed.  
7.<sup>a</sup>, Tecnos, Madrid, 2005



# DERECHO COMPARADO

## TELETRABAJO TRANSNACIONAL Y NÓMADAS DIGITALES. PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE UN PROYECTO DE LEY CON TRÁMITE PARLAMENTARIO<sup>1</sup>

Por

JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h)  
Doctor y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Buenos Aires

[jconfalonieri@derecho.uba.ar](mailto:jconfalonieri@derecho.uba.ar)

*Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* 66 (2023)

RESUMEN: En Argentina, los nómadas digitales están definidos en la Disposición 758/2022, de la Dirección Nacional de Migraciones, de 10 de mayo. También, en un proyecto de ley de 25 de abril de 2022 que cuenta con trámite parlamentario. En razón de las notorias divergencias entre ambos, en aspectos conceptuales básicos, es imprescindible ajustar sus textos a fin de resguardar la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: teletrabajo transnacional; nómadas digitales.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL INGRESO, PERMANENCIA Y TRABAJO EN EL PAÍS DE LOS NÓMADAS DIGITALES. COMPARACIÓN CON LA DISPOSICIÓN 758/2022 DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES.- 2.1. Los elementos constitutivos del nómada digital.- 2.2. El tiempo de la residencia de los nómadas digitales.- 2.3. Los requisitos a cumplir por el nómada digital para prestar servicios mediante teletrabajo en el territorio nacional.- III. INTERROGANTES.- 3.1. ¿Quedan comprendidos en el teletrabajo transnacional los trabajadores desplazados a otro país por la empresa con la que tienen una relación laboral (expatriados)?- 3.2. ¿Es compatible la categoría de nómada digital con el mero trabajo a distancia?- 3.3. ¿Todas las personas que teletrabajan desde un país hacia otro son nómadas digitales?- 3.4. ¿Durante cuánto tiempo de su jornada debe el trabajador prestar servicios mediante la modalidad de teletrabajo transnacional para ser considerado nómada digital?- IV. EN SÍNTESIS.- V. BIBLIOGRAFÍA.

## TRANSNATIONAL TELEWORK AND DIGITAL NOMADS. FIRST THOUGHTS ON A BILL THAT IS CURRENTLY BEING DISCUSSED AT CONGRESS

ABSTRACT: In Argentina, digital nomads are defined in Regulation 758/2022, of the National Migration Directory, of May 10. Also, in a bill that dates from April 25, 2022 that is currently being discussed at Congress. Due to the notable divergences between both of them in basic conceptual aspects, it is essential to adjust their texts in order not to foster legal uncertainty.

---

<sup>1</sup> Expediente 1838-D-2022. Fecha: 25 de abril de 2022. Trámite Parlamentario N° 42.

PALABRAS CLAVE: teletrabajo transnacional, nómadas digitales.

KEY WORDS: transnational teleworking; digital nomads.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.- II. CONTENT OF THE BILL ON THE SPECIAL REGIME FOR ENTRY, PERMANENCE AND WORK IN THE COUNTRY. COMPARISON WITH THE REGULATION 758/2022 OF THE NATIONAL MIGRATION DIRECTORATE.- 2.1. The constitutive elements of the digital nomad.- 2.2. The length of residence of digital nomads. 2.3.- The requirements to be met by the digital nomad to provide services through teleworking in the national territory.- III. QUESTIONS.- 3.1. Are workers displaced to another country by the company with which they have an employment relationship (expatriates) included in transnational teleworking?- 3.2. Is the category digital nomad compatible with mere remote work?- 3.3. Are all people who telework for one country to another digital nomads?- 3.4. For how long of their working day must the worker provide services through transnational teleworking to be considered a digital nomad.- IV. IN SUMMARY.- V. BIBLIOGRAPHY.

## I. INTRODUCCIÓN

La ley 27.555, regulatoria del “*Régimen legal del contrato de teletrabajo*” (promulgada por el decreto 673/2020, B.O., 14 de agosto de 2020), que está vigente desde el 1º de abril de 2021 (Res. MTEYSS Nº 54/2021, B.O., 05 de febrero de 2021), no alude a los nómades digitales. Tampoco su decreto reglamentario 27/2021 (B.O., 20 de enero de 2021), las resoluciones del MTEYSS Nº 142/2021 (B.O., 19 de marzo de 2021) y Nº 1530/2022 (B.O., 12 de octubre de 2022), ni la resolución de la Secretaría de Trabajo Nº 1921/2022 (B.O., 12 de octubre de 2022).

Sólo una norma de la ley citada (art. 17), estableció tres reglas sobre el teletrabajo “*transnacional*” sin haber dado ninguna pauta para delimitar bajo qué condiciones esa modalidad de organización y prestación del trabajo puede calificarse como tal. La primera regla, determinó que la ley aplicable a las “*prestaciones transnacionales de teletrabajo*”, será la más favorable para la persona que trabaja, tomando como referencia la del lugar de ejecución de las tareas y la del domicilio del empleador. La segunda regla, condiciona la contratación de “*personas extranjeras no residentes en el país*”, a la previa autorización de la autoridad de aplicación. La tercera regla, delega a los convenios colectivos “*establecer un tope máximo para estas contrataciones*” (dicho sea de paso, ningún convenio colectivo concertado después de que comenzó a regir la ley 27.555 ha fijado esos topes).

A las normas citadas precedentemente, hay que agregar la Disposición 758/2022 de la Dirección Nacional de Migraciones (B.O., 11 de mayo de 2022, en adelante la Disposición), que sí alude a la categoría de los “*nómadas digitales*”, circunscribiéndola, para la concesión de la “*residencia transitoria*”, a “*los extranjeros nacionales de países que no requieran visa de turista para ingresar al Territorio Nacional, a los fines de prestar servicios en forma remota mediante utilización de medios informáticos, de*

*telecomunicaciones o análogos, en favor de personas físicas o jurídicas domiciliadas en el exterior*” (art. 1º). Esta norma, incorporó uno de los elementos que caracterizan a los nómadas digitales, cual es, la prestación de servicios mediante teletrabajo transnacional<sup>2</sup> (más allá de los requisitos que aparecen en los ordenamientos normativos destinados a los fines de otorgar la visa de nómada digital). Por tanto, sin teletrabajo transnacional no hay nomadismo digital; una categoría caracterizada por la constante rotación geográfica impulsada por las nuevas tecnologías de la información y comunicación, que facilitan el trabajo “*en cualquier momento y en cualquier lugar*”<sup>3</sup>. En cambio, el hecho de que se cumplan “prestaciones transnacionales de teletrabajo”, no define, per se, a los nómadas digitales. La Disposición, con toda lógica, no le otorga el carácter de nómada digital a los nacionales que, dentro del país, teletrabajen para un tercero fuera del mismo.

La idea, es efectuar una comparación del Proyecto de Ley individualizado en el título (en adelante, el Proyecto) con la Disposición, para luego formular algunos interrogantes.

## **II. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA EL INGRESO, PERMANENCIA Y TRABAJO EN EL PAÍS DE LOS NÓMADAS DIGITALES. COMPARACIÓN CON LA DISPOSICIÓN 758/2022 DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES**

El Proyecto, consta de ocho artículos (el último, de forma). Tanto el primero como el segundo, delimitan la categoría de los “*nómadas digitales*” comprendidos en el régimen especial de ingreso, permanencia y trabajo en el país. El tercero y el quinto, se refieren a los documentos que debe presentar el interesado a fin de la obtención de la visa y de la acreditación de su condición de “*nómada digital*”; el cuarto, al tiempo de estadía en el país; el sexto, a la cancelación de la autorización; y el séptimo a la autoridad de aplicación.

### **2.1. Los elementos constitutivos del nómada digital**

Primero. El art. 1º del Proyecto, dice que los nómadas digitales son las “*personas*”, que puedan considerarse “*trabajador no residente en el país*”. La Disposición, es más

---

<sup>2</sup> SIERRA BENÍTEZ, E.M., “La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2021, Vol. VI, nº 2, pág. 13.

<sup>3</sup> EUROFOUND y OIT (2019), *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, págs. 1 y 3. Los considerandos de la Disposición, aluden a sus “*estadías cortas*”, y el Preámbulo de la ley española 28/2022, dice que “*los nómadas digitales son personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente...*” (punto IV).

concreta: alude a los “*extranjeros nacionales que no requieran visa de turista para ingresar al Territorio Nacional*” (art. 1º).

Segundo. En el art. 2º del Proyecto, la otra parte de la relación debe ser un “*empleador extranjero*”, sin más. Por su parte, el art. 1º de la Disposición la delimitó así: las “*personas físicas o jurídicas domiciliadas en el exterior*”.

Tercero. De acuerdo al art. 2º del Proyecto, las “*actividades laborales*” del “*nómada digital*” deben cumplirse “*en Argentina*”. La Disposición, no dice eso (expresamente).

Cuarto. En relación al tipo de trabajo a cumplir por el *nómada digital*, el art. 1º del Proyecto lo identificó así: “*trabajo remoto y/o independiente*”, que comprende “*las modalidades de teletrabajo, trabajo a distancia y/o trabajo remoto*”. En cambio, el art. 1º de la Disposición sólo incluyó la prestación de “*servicios en forma remota*”.

Quinto. Con distinta terminología, tanto el Proyecto como la Disposición han incluido el elemento tecnológico de esta manera: “*...con el uso de tecnologías de la información y comunicación*” (art. 2º, del primero); “*...mediante la utilización de medios informáticos, de telecomunicaciones o análogos*” (art. 1º, del segundo). Ambas normas, han omitido una referencia temporal en la utilización de esos instrumentos.

## **2.2. El tiempo de la residencia de los nómadas digitales**

El Proyecto, fija un plazo de estadía inicial mínimo y sin tope de 6 meses, renovable por dos períodos de 3 meses cada uno, en este caso, sin especificar si dicho plazo es mínimo o máximo (art. 4º). La Disposición, es sustancialmente diferente pues establece un plazo máximo de 180 días para la residencia transitoria prorrogable, por única vez, por otros 180 días (arts. 1º y 3º).

## **2.3. Los requisitos a cumplir por el nómada digital para prestar servicios mediante teletrabajo en el territorio nacional**

Para la obtención de la residencia transitoria, en lo que interesa a los fines estrictamente laborales, el Proyecto exige acreditar la condición de *nómada digital* mediante la siguiente documentación: a) “*declaración del solicitante que acredite la capacidad de ejercer sus actividades profesionales a distancia, a través de tecnologías de información y comunicación*” (art. 5.I.); b) “*contrato de trabajo*” que acredite el vínculo con un “*empleador extranjero*”, “*o de servicios u otros documentos*” que acrediten el desarrollo de una “*actividad, prestación de servicios o venta de productos por su propia cuenta a uno o varios prestadores radicados en el exterior*” (art. 5.II.); c) “*prueba de medios de subsistencia, de fuente pagada en el extranjero, por un valor mensual igual o*

superior a U\$S.1.5000, o disponibilidad de fondos bancarios por valor mínimo de U\$S.9.000” (art. 5.III).

Las exigencias de la Disposición (art. 2), no son las mismas. El interesado, debe indicar: a) las “*actividad/es laboral/es independiente/s que va a desarrollar*”, incluyendo un “*Curriculum Vitae*” en el que “*conste su experiencia en el campo en el que se va a desempeñar, y el nivel de estudios o formación alcanzada*”; d) “*contrato, aval de empresa o constancia de solicitud de demanda laboral, certificaciones o recibos de ingresos u honorarios, y...una referencia vinculada a su ocupación*”.

Para la concesión de la prórroga, el Proyecto no incluyó requisitos diferentes. Sí lo hizo la Disposición, al exigir la acreditación de la percepción de “*ingresos por los servicios prestados durante su residencia*” (art. 3.b.).

Dicho esto, a fin de clarificar conceptos y de *dar* cuenta de las notorias diferencias entre el Proyecto y la Disposición, paso a los interrogantes.

### III. INTERROGANTES

Saltearé la cuestión planteada en torno a la similitud o diferencia entre el teletrabajo transnacional, transfronterizo e internacional<sup>4</sup>. Voy a utilizar, en general, la expresión transnacional como sinónimo de las otras dos<sup>5</sup>, porque es la que utiliza la ley 27.555.

#### **3.1. ¿Quedan comprendidos en el teletrabajo transnacional los trabajadores desplazados a otro país por la empresa con la que tienen una relación laboral (expatriados)?**

Podría ocurrir, que un trabajador vinculado a una empresa radicada en un país determinado (empresa de procedencia), sea desplazado a otro país: a) para prestarle servicios a otra empresa (la destinataria de la prestación) con la que la empresa de procedencia ha celebrado un contrato de prestación de servicios transnacional; b) para prestarle servicios a otra empresa perteneciente al mismo grupo de la empresa de

---

<sup>4</sup> LÓPEZ VICO, S., “Teletrabajadores de carácter internacional: análisis crítico de la Disposición Final 5.9 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes”, Últimas novedades normativas laborales y de seguridad social y protección legal pública para 2023, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Revista Crítica de Derecho del Trabajo* (Laborum), nº 2, Especial 2023, pág. 237.

<sup>5</sup> Así lo hacen, entre otros, CRESPI FERRIOL, M.M., *Trabajo a distancia transnacional*, en *Trabajo a distancia*. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, (dirs. Pérez de los Cobos Orihuel, F, y Thibault Aranda, X.), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pág. 661; MA ZHOU, Z.; “La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de *lege ferenda*”, *Temas Laborales*, nº 165/2022, pág. 183; y SANGUINETI RAYMOND, W.; “La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional”, *Trabajo y Derecho*, nº 98, Febrero de 2023, La Ley, pág. 3; y *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com>, pág. 14.

procedencia; c) en virtud de un contrato de cesión de personal celebrado con la empresa usuaria, siendo, la empresa cedente (la empleadora), prestadora de servicios temporales o suministradora de mano de obra. Las hipótesis identificadas con las letras a) y c), quedan excluidas del teletrabajo transnacional porque la prestación se concentra en el territorio que opera la empresa contratista o usuaria. En cambio, podría acontecer que en la hipótesis b) el trabajador desplazado cumpla prestaciones, mediante teletrabajo transnacional para la empresa de procedencia, desde el país en el que se encuentra residiendo. ¿En ese caso, podría ser teletrabajador transnacional?

La pregunta cobra sentido, en razón de que la existencia de teletrabajo “*internacional*” o transnacional fue condicionada a la prestación de servicios telemáticos en un país que no sea el de la localización de su empleador, y que, tal como adelanté, éste es uno de los elementos que caracterizan al nómada digital. Dice el Libro Blanco “*Teletrabajo Internacional*”, de la Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX: “*se considera teletrabajo internacional a la prestación de servicios en régimen de teletrabajo y desde un país extranjero a aquél donde se encuentre establecida la empresa que contrata al trabajador*”<sup>6</sup>. Como se advierte, en esta definición, es irrelevante la nacionalidad de la persona que teletrabaja. Basta con que haya teletrabajo desde un país hacia otro.

La ley 27.555 (art. 17), no excluyó de su ámbito de aplicación a las personas desplazadas por la empresa a nuestro país para teletrabajar en favor de una empresa localizada en el exterior. Tampoco las incluyó. La amplitud de la fórmula legal, vale decir, la existencia de “*prestaciones transnacionales de teletrabajo*”, no permite marginar, sin más, a los desplazados que utilicen esa modalidad para el cumplimiento de sus tareas o, lo que es igual, limitar la aplicación de las reglas establecidas en dicha norma a quienes se trasladan por sus propios medios a un determinado país a fin de prestarle servicios a una empresa que opera en otro país, mediante teletrabajo. Se desconoce, pues, a ciencia cierta, si los desplazados que teletrabajen hacia el exterior del país donde están asentados integran (en Argentina) la categoría de los teletrabajadores transnacionales.

En mi opinión, los desplazados que cumplan prestaciones transnacionales mediante teletrabajo no son teletrabajadores transnacionales o internacionales. Por ende, no quedan abarcados por la norma de colisión establecida en el art. 17 de la ley 27.555 para resolver qué norma, entre las concurrentes, será de aplicación a la relación laboral. Habrá que recurrir, entonces, al art. 3 de la LCT que establece una norma de colisión más ajustada. Tampoco juega, la limitante cuantitativa a ser establecida por los convenios colectivos.

---

<sup>6</sup> Madrid, 2021, pág. 24.

La respuesta obedece, a que la decisión del desplazamiento se origina en una iniciativa del empleador en razón de una necesidad suya<sup>7</sup>. En cambio, el teletrabajo internacional (o transnacional) nace de la voluntad del propio trabajador. Es él quien decide trasladarse a un determinado país, para prestar servicios mediante teletrabajo en favor de una empresa que opera en otro estado (lo que se podrá concretar, lógicamente, mediando voluntad de ambas partes)<sup>8</sup>.

Por tanto, las personas desplazadas en virtud de la hipótesis b), que le presten servicios por teletrabajo a la empresa radicada en un país distinto al del desplazamiento, no podrán ser consideradas nómadas digitales porque no son, en estricto sentido, teletrabajadores transnacionales.

### 3.2. ¿Es compatible la categoría de nómada digital con el mero trabajo a distancia?

La pregunta, surge a raíz de la desafortunada redacción del art. 1º del Proyecto que identifica a los nómadas digitales con las personas que realizan “trabajo remoto y/o independiente, incluyendo las modalidades de teletrabajo, trabajo a distancia y/o remoto”.

En primer lugar, el desacierto se posa en el uso de “y/o”, desaconsejado por la Real Academia Española<sup>9</sup> en razón de que la conjunción “o” puede significar adición o alternativa. La única posibilidad frente a la cual la admite, es con el propósito de evitar una ambigüedad en contextos muy técnicos, que no es el de la norma citada del Proyecto. Si la finalidad fue delimitar el área de actividad de los nómadas digitales, debió decirse “trabajo remoto o independiente”.

El otro desacierto es conceptual, porque la expresión nómadas digitales va indisolublemente unida al teletrabajo y es ajena al mero trabajo a distancia. Aquél, que es una subespecie del segundo<sup>10</sup>, requiere que la prestación de servicios (a distancia) se materialice a través del uso de nuevas tecnologías de la información y comunicación<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.; *La vertiente internacional del teletrabajo: el teletrabajo transnacional y sus problemas*, en *Las relaciones laborales internacionales* (Dir. Sala Franco, T., y López Terrada, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 306/207.

<sup>8</sup> Libro Blanco “Teletrabajo Internacional”..., cit., págs. 24/25. SIERRA BENÍTEZ, E.M., ob. cit., pág. 18.

<sup>9</sup> Diccionario panhispánico de dudas (DPD), Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española”, <https://www.rae.es/dpd/> (consulta: 24/09/2023).

<sup>10</sup> SIERRA BENÍTEZ, E.M., ob. cit., pág. 11.

<sup>11</sup> USHAKOVA, T., “El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, nº 4, octubre-diciembre de 2015, pág. 2. MARTÍN POZUELO-LÓPEZ, A., ob. cit., pág. 297. CONFALONIERI (h), J.A., *Los teletrabajadores. Una categoría propia de los procesos de descentralización por deslocalización del lugar de prestación de servicios, potenciada en la época*

Y, si bien es cierto que, en ambos casos, el trabajador presta servicios fuera del establecimiento con regularidad, en el teletrabajo lo hace utilizando, de modo prevalente o exclusivo, materiales informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Por tanto, los nómadas sólo serán “*digitales*”, cuando teletrabajen. No debe perderse de vista, a los efectos de deslindar el teletrabajo del trabajo a distancia, que el primero es una variante de descentralización productiva (por deslocalización del lugar de prestación de servicios) que requiere no sólo que los servicios se cumplan fuera de las instalaciones de la empresa, sino que esos servicios fueren susceptibles de efectivizarse puertas adentro. En cambio, no todo trabajo a distancia implica una descentralización por deslocalización del lugar de prestación de servicios, en razón de que hay prestaciones de esa naturaleza que sólo pueden cumplirse fuera de la empresa (p. ej. las que realizan los choferes de autobuses, los trabajadores de la construcción, los viajantes de comercio, los inspectores de compañías de seguros o los visitantes médicos).

### **3.3. ¿Todas las personas que teletrabajan desde un país hacia otro son nómadas digitales?**

Descartado que el mero trabajo a distancia sea un elemento constitutivo del concepto de nómada digital, otra de las cuestiones a elucidar es si cualquier persona que preste servicios transnacionales de teletrabajo es nómada digital. Para dar respuesta, considero que deberían tenerse en cuenta los siguientes supuestos.

i). Teletrabajo prestado en Argentina para una empresa extranjera que tiene operaciones en Argentina y teletrabajo prestado en Argentina para una empresa extranjera que opera en el exterior.

En los supuestos planteados, la diferencia radica en el lugar donde el empleador extranjero recibe la prestación del teletrabajador. Al respecto, el Proyecto y la Disposición transitan sendas bien distintas. El primero, no requiere teletrabajo transnacional sino teletrabajo “*para un empleador extranjero en Argentina*” (art. 2º). De ese modo, excluye (absurdamente) de la categoría de nómadas digitales a los no residentes que, en Argentina, teletrabajan para un empleador situado fuera de sus fronteras. Lo contrario surge de la Disposición, al exigir que el teletrabajo sea transnacional, esto es, desde territorio argentino y “*en favor personas físicas o jurídicas domiciliadas en el exterior*” (art. 1º, in fine).

Por exclusión, tomando en cuenta el Proyecto y la Disposición, no pertenecen a la categoría de nómadas digitales, aunque cumplan prestaciones transnacionales mediante teletrabajo, quienes residan en Argentina (art. 2º del Proyecto y art. 1º de la Disposición).

---

*de la COVID-19. Comentario a la ley 27.555, Regímenes laborales especiales (Dir. Foglia, R.A.), La Ley, 2020, págs. 108/109.*



Una exclusión alineada con el Libro Blanco *“Teletrabajo Internacional”*, de la Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX, que expresa: *“No tendrá la consideración de teletrabajo internacional la prestación de servicios desde el país donde se encuentre establecida la empresa que contrata al trabajador..., para empresas del mismo grupo empresarial o ajenas a éste, pero radicadas en un país extranjero”*.

Agrego, que no todas las personas no residentes podrán aspirar a ser nómadas digitales ya que, también por exclusión, quedan marginados, para el Proyecto, quienes presten servicios (desde Argentina) mediante teletrabajo en favor de *“un empleador extranjero”* localizado fuera de Argentina (art. 2º). Una exclusión desacertada, en razón de que uno de los rasgos característicos de los nómadas digitales es que deben teletrabajar para empresas situadas fuera del territorio en el que ellos residen.

ii.) Teletrabajo prestado en Argentina para un empleador argentino que opere en el extranjero

Para la Disposición, es indiferente que el empleador, cuando sea una persona física, tenga, o no, la nacionalidad argentina. Es suficiente, que su domicilio esté en el exterior (art. 1º). Esto último, también aplica a las personas jurídicas. Por tanto, no hay obstáculo para incluir dentro de los nómadas digitales a las personas que teletrabajen en Argentina para un empleador argentino que tenga actividades en el extranjero.

iii.) Teletrabajo prestado en Argentina para un empleador que opera en el exterior y, en paralelo, teletrabajo para un empleador que opera en Argentina

Ni la Disposición, ni el Proyecto, contemplan el supuesto planteado. Habida cuenta de ello, podría concluirse que sólo son nómadas digitales las personas no residentes en el país que teletrabajan para un empleador localizado fuera del mismo. También sería viable, otorgarle la categoría de nómada digital a quienes no siendo residentes en Argentina teletrabajaren para un empleador situado en el exterior y, en simultáneo, lo hagan para un empleador asentado en el país. Así lo reconoce, en España, la Ley 28/2022, con las siguientes salvedades: a) la actividad en favor de la empresa radicada dentro de su territorio, debe ser de carácter profesional (mercantil); b) esa actividad, no debe superar el 20% del total de la que realice el teletrabajador (arts. 74 bis y 74 ter). Por tanto, la misma persona debe teletrabajar por cuenta ajena para una empresa situada fuera de España y, en simultáneo, podría teletrabajar por cuenta propia en favor de una o varias empresas allí localizadas<sup>12</sup>.

iv.) Extranjeros que requieran visa de turista

Por exclusión, *“los extranjeros nacionales de países que...requieran visa de turista para ingresar al Territorio Nacional”*, tampoco podrán ser considerados *“nómadas*

---

<sup>12</sup> LÓPEZ VICO, S., ob. cit., págs. 241 y 242.

*digitales*”, para la Disposición (art. 1º), pese a que cumplan prestaciones transnacionales de teletrabajo desde Argentina hacia otro país. Una limitación carente de explicación razonable en sus considerandos.

v.) ¿Es necesario, para ser considerado nómada digital, una determinada formación?

En orden a la formación profesional, tanto el Proyecto como la Disposición son laxos. El primero, sólo requiere tener “*capacidad*” de teletrabajar (art. 5º.I). La segunda, “*experiencia en el campo que se va a desempeñar*” (art. 2º). No hay pauta alguna sobre la “*capacidad*” requerida, ni tampoco acerca del tiempo a partir del cual se puede considerar que una persona cumple con la “*experiencia*” exigida<sup>13</sup>.

### **3.4. ¿Durante cuánto tiempo de su jornada debe el trabajador prestar servicios mediante la modalidad de teletrabajo transnacional para ser considerado nómada digital?**

Una de las críticas que le formulé a la ley 27.555, es la ausencia de una referencia temporal precisa a fin de delimitar el concepto de teletrabajo. Ello, en línea con la doctrina científica que venía poniendo el acento en la necesidad de que el uso de las tecnologías de la información y comunicación fuera “*intensivo*” o “*prevalente*”<sup>14</sup>.

En mi opinión, la ley 27.555 no ha sido precisa al definir el teletrabajo, puesto que los elementos que le otorgan identidad en el art. 102 bis de la LCT, son dos: a) prestación a cumplir por el trabajador fuera del centro de trabajo, vale decir, la existencia de trabajo a distancia (“*en el domicilio de la persona que trabaja o en lugares distintos al establecimiento del empleador*”); b) tecnologización del puesto de trabajo; en términos de la ley, es imprescindible que el trabajador utilice, para cumplir sus tareas, “*tecnologías de la información y comunicación*”.

La definición legal, pasó por alto la definición del art. 1.b) del Convenio 177 de la OIT, sobre “*el trabajo a domicilio*”, que excluye de su ámbito de aplicación a quienes cumplan tareas “*ocasionalmente*”. La ausencia de un parámetro cuantitativo preciso en el art. 102

---

<sup>13</sup> Traigo a colación, la Ley española Nº 28/2021, de 21 de diciembre (BOE, 22-12-2022) que circunscribe la residencia por teletrabajo internacional a los “*profesionales cualificados...graduados o postgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio o bien...una experiencia profesional mínima de tres años*” (art. 74 bis, inciso 2).

<sup>14</sup> THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico laboral*, CES, Madrid, 2000, pág. 31; SERRANO GARCÍA, J.M., *Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002, Relaciones Laborales*, nº 2, 2002, págs. 444/445; MORGADO PANADERO, P., “El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios”, *Actualidad Laboral*, nº 13-22, 2004, págs.1911/1926; SIERRA BENÍTEZ, E.M., *El contenido de la relación laboral en teletrabajo*, CES de Andalucía, Sevilla, 2001, pág. 157; CAÑADAS SÁNCHEZ, F.J., *Teletrabajo: revisión teórica y análisis jurídico laboral*, Universidad de Granada, Tesis doctorales, pág. 32. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.; ob. cit., págs. 299/300.

bis de la LCT, permitiría extender el régimen de la ley 27.555 a cualquier persona que cumpla tareas fuera del establecimiento del empleador, utilizando nuevas tecnologías. Razonando por vía de absurdo, si una persona le enviara diariamente a su superior un correo electrónico dándole cuenta de su agenda del día, sería un teletrabajador porque ha prestado servicios “parcialmente” fuera del establecimiento mediante el uso de nuevas tecnologías. Un claro ultra vires de la norma de jerarquía inferior, que ha tratado de enmendar el art. 1 del Anexo del decreto reglamentario N° 27/2021 mediante una fórmula que no sólo no contribuyó a clarificar la noción legal de teletrabajo, sino que tampoco delimitó el ámbito de aplicación subjetivo de la ley en razón de haber excluido del mismo a quienes teletrabajen en su domicilio “en forma esporádica y ocasional”, sin más<sup>15</sup>.

La anomia legal sobre el concepto de teletrabajo transnacional, y la ausencia de una referencia temporal tanto en el Proyecto como en la Disposición, da cabida para plantear si basta con que aquella modalidad de trabajo no sea “esporádica y ocasional” para ser nómada digital. Planteada, en otros términos, la cuestión sería si el concepto de teletrabajo comprende al de teletrabajo transnacional o si éste tiene alguna característica propia que lo diferencia del primero.

Si se tomaran como referencia la Disposición y el Proyecto, no parece que el teletrabajo transnacional difiera del concepto de teletrabajo expresado en el art. 102 bis de la LCT, con lo cual, la combinación de teletrabajo y mero trabajo a distancia que redunde en beneficio de un empleador localizado fuera de Argentina, o la combinación de teletrabajo transnacional para una empresa que tenga actividades en el extranjero con trabajo presencial para otra empresa localizada en el país, no dejarían de ser casos de teletrabajo transnacional. Por ende, la persona que combinara de esos servicios podría ser tomado como nómada digital.

No es así para la ley española n° 28, de 21 de diciembre, cuyo art. 74 bis requiere que el trabajo a distancia incluya el “uso exclusivo” de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, para que una persona se encuentre en situación de “residencia por teletrabajo de carácter internacional”. Por cierto, un criterio compartido en razón de que una ínfima proporción de teletrabajo transnacional frente a la preponderancia de mero trabajo a distancia o trabajo presencial no parece suficiente para otorgarle la condición de nómada digital a quien presta servicios mediante cualquiera de esas dos modalidades. La propia Disposición, en sus considerandos,

---

<sup>15</sup> Recurso a la cita del art. 1 de la ley española 10/2021, de 9 de julio, que incluyó un mínimo de tiempo dedicado al trabajo a distancia para que el mismo sea considerado “regular” y, por ende, esté alcanzado por sus normas. Dice así: “Se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un período de referencia de tres meses, un mínimo de treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo”.

parece ir en esa dirección, al señalar que “en las últimas décadas ha emergido una creciente tendencia de trabajadores que, valiéndose de las posibilidades de digitalización y teletrabajo, han decidido emplearse de forma remota en cualquier lugar del mundo”, y que “este universo...ha sido denominado...nómadas digitales”. Para ser nómada digital, debiera requerirse el cumplimiento de prestaciones mediante teletrabajo (exclusivo o preponderante), desde cualquier lugar del mundo, en beneficio de un empleador o de un tercero situado en un país diferente al de la residencia del teletrabajador.

#### IV. EN SÍNTESIS

En el país, contamos con una Disposición y un Proyecto referidos a los nómadas digitales con divergencias muy notorias. Lo primero a corregir, es eso. También, hay que subsanar graves errores conceptuales del Proyecto (arts. 1º y 2º) e imprecisiones de ambos para poner a resguardo la seguridad jurídica.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

CAÑADAS SÁNCHEZ, F.J., *Teletrabajo: revisión teórica y análisis jurídico laboral*, Universidad de Granada, Tesis doctorales.

CONFALONIERI (h), J.A., *Los teletrabajadores. Una categoría propia de los procesos de descentralización por deslocalización del lugar de prestación de servicios, potenciada en la época de la COVID-19. Comentario a la ley 27.555*, Regímenes laborales especiales (director Foglia, R.A.), La Ley, 2020.

CRESPÍ FERRIOL, M.M., *Trabajo a distancia transnacional*, en *Trabajo a distancia*. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, (Directores, Pérez de los Cobos Orihuel, F, y Thibault Aranda, X.), Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

EUROFOUND y OIT (2019), *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo y Oficina Internacional del Trabajo, Santiago.

Libro Blanco. *Teletrabajo Internacional*, Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX, Varios Autores, Madrid, 2021.

LÓPEZ VICO, S.; “Teletrabajadores de carácter internacional: análisis crítico de la Disposición Final 5.9 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes”, Últimas novedades normativas laborales y de seguridad social y protección legal pública para 2023, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Revista Crítica de Derecho del Trabajo* (Laborum), nº 2, Especial 2023.

MA ZHOU, Z.; “La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de lege ferenda”, *Temas Laborales*, nº 165/2022.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *La vertiente internacional del teletrabajo: el teletrabajo transnacional y sus problemas*, en *Las relaciones laborales internacionales* (Directores, Sala Franco, T. y López Terrada, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MORGADO PANADERO, P., “El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios”, *Actualidad Laboral*, nº 13-22, 2004.

SANGUINETI RAYMOND, W., “La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional”, *Trabajo y Derecho*, nº 98, Febrero de 2023, La Ley. “Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2003.

SERRANO GARCÍA, J.M., “*Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002*”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2002.

SIERRA BENÍTEZ, E.M., *El contenido de la relación laboral en teletrabajo*, CES de Andalucía, Sevilla, 2001; “La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2021, Vol. VI, nº 2.

THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo: análisis jurídico laboral*, CES, Madrid, 2000.

USHAKOVA, T., “El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, nº 4, octubre-diciembre de 2015.