



TRATADO DE JUBILACIÓN. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación

Productos

Libros

Iustel

ACOLB0104

Desconectar

A+ a-

RGDA RGDCDRGDTSS RGDE RGDP RGDPR RGDR RGDP e-LHR RGDC RGDPJAL & I. RSR RGDT I&R RGDLG



REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ISSN 1696-9626

DIRECTOR

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

SECRETARIO GENERAL

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



Menú de la revista

- ▮ [Dirección y órganos](#)
- ▮ [Número actual](#)
- ▮ [Números anteriores](#)
- ▮ [Buscador](#)
- ▮ [Suscripción](#)
- ▮ [Acerca de la revista](#)

IDR  Dialnet
2022 métrica

C2 DERE...
96/366

C2 DERE...
16/42

Conexión a la revista

Conectado como
ACOLB0104

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

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).

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 Jammaud (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. Gerona, España y Lieja, Bélgica); Alfredo Villavicencio (Catedrático DT, U. Pontificia Católica de Lima, Perú)

CONSEJO DE EVALUADORES EXTERNOS

► Desconectar

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. Jaume 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 Cambroner (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. Jaume I Castellón); Iciar Alzaga Ruíz (Catedrática DTSS, Uned, Madrid); David Lantarón Barquín (Catedrático DTSS, U. Cantabria); Mª Luisa Molero Marañón (Catedrática DTSS, U. Rey Juan Carlos); Inmaculada Ballester Pastor (Catedrática DTSS, U. Jaume 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. Jaume 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.Jaume I); Carmen Solís Prieto (Prof.Dr. U.Extremadura); María Dolores Carrascosa Bermejo (Prof.Acred.Tit. DTSS, U. Pontificia Comillas. 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 REDACCIÓN

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); Mª. 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 Domènech (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^a. 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^a 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^a. 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^a. 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, KPMG, Madrid).

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Jesús Feliz Santos

COORDINACIÓN Y EDICIÓN

Laura Pastor Marcos (Iustel)

PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL: febrero, julio y noviembre

© **PORTALDERECHO** 2001-2024



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 67 FEBRERO 2024

In Memoriam

- Germán Barreiro González, *In Memoriam*. (RI §427017)
Juan José Fernández Domínguez

EDITORIAL

- REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. (RI §427018)
María Emilia Casas Baamonde

ESTUDIOS

- ¿Hacia un lenguaje más inclusivo en el Derecho del trabajo?
Towards more inclusive language in labour law? (RI §427019)
José Luis Gil y Gil
El tema del uso del lenguaje inclusivo es de una gran actualidad, también en el ámbito del derecho del trabajo. Puede analizarse desde distintos puntos de vista y, en concreto, lingüístico, jurídico y político. De ahí la dificultad para estudiarlo y emitir un juicio crítico ecuánime y establecer un diálogo sosegado y fructífero. El lenguaje inclusivo es una propuesta de reforma lingüística con pretensión normativa que postula el recurso a distintas estrategias de expresión oral o escrita, para evitar una discriminación real o presunta por razón de sexo, género social o identidad de género. Puede considerarse como una modalidad de lenguaje políticamente correcto y, en su formulación más radical, aspira a que el problema que suscita su uso se enfoque, no ya como una cuestión lingüística o gramatical, sino desde una perspectiva basada en los derechos de las mujeres o de las personas no binarias, que incluya las dimensiones política y jurídica. La crítica a esa propuesta de reforma lingüística se articula en torno a dos argumentos: la creación e historicidad del lenguaje y las reglas gramaticales y la belleza del lenguaje. El lenguaje inclusivo no debería imponerse ni prohibirse, sino, a lo sumo, promocionarse. No debería emplearse para ocultar, sino para transformar la sociedad, y debería mirar al presente y al futuro, sin pretender reescribir el pasado. En la medida de lo posible, el uso debería respetar las reglas gramaticales, permitir una comunicación oral y escrita eficaz, optar por alternativas que puedan leerse, no atentar contra la economía y la belleza del lenguaje y no dañar las cualidades del estilo literario, como la claridad, la precisión, la levedad o la belleza. Es poco probable que el lenguaje inclusivo acabe por imponerse, ni en la lengua común, ni en la propia del derecho del trabajo.
- Implicaciones para las PYMES de las reformas laborales más recientes (2021-2023).
Implications for medium and small companies of the most recent labor reforms (2021-2023) (RI §427020)
Alejandra Selma Penalva
En los últimos tiempos estamos asistiendo a cambios de gran calado en la regulación jurídica de las relaciones

laborales. Son muchas y variadas las materias que se han visto, de una manera u otra, afectadas por las reformas más recientes: como es sabido, al mismo tiempo que se incrementa el SMI, se produce una redefinición de las modalidades de contratación y una reorganización de la estructura y vigencia de la negociación colectiva, se potencian las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, al mismo tiempo que también se redimensionan las obligaciones empresariales de cotización. En concreto, en el presente trabajo se analiza la incidencia que, para las empresas más pequeñas, están teniendo las nuevas reformas laborales, así como las más recientes posturas jurisprudenciales que afectan a ciertas instituciones laborales básicas. Y es que, junto a los importantísimos cambios que se introducen por medio de la modificación de la ley, también hay otros que tienen su origen en la interpretación que ofrecen nuestros jueces y tribunales.

- La implantación de las nuevas tecnologías en las elecciones sindicales.

The implementation of new technologies in trade union elections (RI §427021)

Francisco Andrés Valle Muñoz

El presente estudio tiene por objeto analizar cómo han afectado las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en las elecciones a órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa. La normativa vigente parte de la idea de que todas las fases del proceso electoral se efectuarán presencialmente en el centro de trabajo, con la salvedad del voto por correo, por lo que estamos ante normas que no contemplan el recurso a medios telemáticos como son el tablón virtual y el correo electrónico, ni tampoco a sistemas de votación electrónica. A la espera de una futura reforma legal, a lo largo de este trabajo de investigación se pondrá de manifiesto las ventajas que comporta la introducción de estos mecanismos en la digitalización del proceso electoral, advirtiendo también de sus riesgos o inconvenientes y de las necesarias garantías que deben adoptarse para su implantación.

- Cuestiones actuales en torno a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Current issues surrounding the substantial modification of working conditions (RI §427022)

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

El presente estudio analiza algunas cuestiones actuales conflictivas en la decisión empresarial de proyectar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo concluyendo que la posibilidad más correcta de abordar estos problemas se encuentra en criterios empíricos de casuismo. En efecto, partiendo de la inseguridad jurídica existente en la temática, se abordan las modificaciones de las condiciones de los trabajadores en supuestos dudosos en los que se relaciona con el derecho de emergencia, con condiciones más beneficiosas, con reducciones de jornadas, posibilidades de vacantes, pactos colectivos, negociaciones con la buena fe como elemento clave o con la necesaria documentación a aportar durante el período de consultas.

- La inclusión en la seguridad social del alumnado en prácticas: últimos cambios normativos y nuevos criterios interpretativos.

Inclusion in the social security of students in internship: latest regulatory changes and new interpretative criteria (RI §427023)

Josep Moreno Gené

Antes de la efectiva entrada en vigor de la nueva regulación de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del alumnado en prácticas prevista en la DA 52ª TRLGSS, el Real Decreto-Ley 8/2023 ha procedido a introducir diferentes e importantes previsiones que afectan al régimen jurídico de esta materia. Asimismo, ante las innumerables dudas interpretativas que planteaba la efectiva entrada en vigor de dicha disposición normativa, se han planteado innumerables consultas que han sido resueltas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. En este comentario se procede precisamente a exponer de una forma ordenada las diferentes modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2023 en el régimen jurídico aplicable a la inclusión en la Seguridad Social del alumnado en prácticas, así como los criterios interpretativos elaborados por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre la aplicación de la DA 52ª TRLGSS.

- El derecho a la libertad religiosa en la relación laboral.

The right to religious freedom in the employment relationship (RI §427024)

Raquel Poquet Catalá

En este trabajo se realiza un análisis de la afectación del derecho a la libertad religiosa en el contexto de la relación laboral, dado que el poder de dirección empresarial puede imponer ciertas restricciones y límites. El problema se halla en identificar claramente la frontera que separa el poder que tiene la empresa para tomar decisiones en aspectos relacionados con la libertad religiosa de la persona trabajadora y aquel ámbito o espacio reservado de la persona trabajadora que debe quedar protegido frente al ámbito del poder empresarial. De hecho, contamos con varias sentencias recientes muy interesantes al respecto.

FIRMA INVITADA

- La reforma laboral propuesta por el nuevo gobierno argentino.
The labour reform proposed by the new Argentine government (RI §427025)

Adrián Osvaldo Goldin

Expone el profesor Goldin como el llamado 'Decreto de Necesidad y Urgencia' (DNU 70) del Gobierno Milei -una norma excepcional, equivalente a nuestros Decretos-Leyes- propone una profunda reforma de la legislación argentina, que afecta a más de 300 disposiciones legales y contiene hasta 44 artículos sobre materias socio-laborales, los cuales amplían tanto el poder de dirección del empleador, cuanto reducen los derechos del trabajador. Habla Goldin de 'voluntad de atenuar la intensidad protectora' y hasta de una 'expresa tolerancia de fraudes de las empresas', que rompen el equilibrio que el Derecho del Trabajo ha garantizado históricamente. Y lo ilustra tanto respecto de instituciones del derecho individual de trabajo -el despido discriminatorio deja de ser un acto nulo-, cuanto del derecho colectivo del trabajo -el derecho de huelga queda en situación de riesgo terminal-, dos muestras reveladoras, enriquecidas por muchos otros ejemplos. Esa regresión de los derechos socio-laborales ha tenido respuesta por parte de las asociaciones sindicales, que han impugnado judicialmente el DNU 70, consiguiendo que el Tribunal de Apelaciones del Trabajo haya considerado inconstitucionales tales reformas, una decisión que pende ahora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

COMENTARIOS DOCTRINALES

- El reglamento de Inteligencia Artificial entra en la recta final, una primera lectura en clave laboral.
The artificial intelligence regulation enters the final stretch, a first reading in labor terms (RI §427026)

Jesús R. Mercader Uguina

La Propuesta de Reglamento europeo por la que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) está llamado a tener un fuerte impacto en el mundo del trabajo. El presente trabajo se analiza sus más relevantes contenidos desde esa perspectiva. Particularmente relevante es: la definición del supraconcepto Inteligencia artificial y, en particular, de los modelos fundacionales. Igualmente, se subrayan los principios estructurales en los que se sustenta, la construcción basada en el riesgo y la diferenciación entre sistemas prohibidos y de alto riesgo, o, en fin, las obligaciones que contraen las empresas que implementen estos sistemas, así como el severo régimen sancionador que conlleva el incumplimiento del régimen de garantías previsto.

- Eficiencia digital y procesal en la justicia (RDL 6/2023) y su impacto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
Digital and procedural efficiency in justice (RDL 6/2023) and its impact on the social procedure law (Law Regulating the Social Jurisdiction) (RI §427027)

Magdalena Nogueira Guastavino

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, aprueba medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. En lo relativo a la Administración de Justicia, la reforma profundiza en la digitalización puesta en marcha con la Ley 18/2011, de 5 de julio -que ahora se deroga- y continúa la senda del proceso de implantación de nuevas aplicaciones tecnológicas iniciado en 2015 incorporando medidas procesales novedosas, como la celebración de vistas y actos procesales mediante presencia telemática que han demostrado su eficacia en la crisis del COVID-19. El Libro I del RDL 6/2023 contiene una completa regulación de medidas de carácter transversal para la digitalización de la Justicia que buscan estabilizar algunas de las medidas de emergencia, mejorándolas al mismo tiempo que respetar los derechos y libertades fundamentales en juego. Estas medidas de carácter transversal son también aplicables al ámbito social de la jurisdicción por lo que se examinan en el presente estudio. Pero junto a las medidas de eficiencia digital, el Libro I termina con un Título VIII destinado a regular medidas de eficiencia procesal que buscan agilizar los procedimientos, lo que supone la modificación de las normas de carácter procesal y, entre ellas, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Su estudio, agrupación, razón de ser y exposición, constituyen el objeto del presente trabajo con el objetivo de ofrecer una primera visión global del impacto de la reforma en el orden social de nuestra jurisdicción.

- ¿En serio una jornada de trabajo para el Estatuto de los Trabajadores del s. XXI? A propósito del estudio sobre fundamentación de una ley de usos del tiempo y racionalización horaria.
Seriously a work day for the Statute of 21st century Workers? Regarding the study on the foundation of a law on time uses and time rationalization (RI §427028)

Erik Monreal Bringsvaerd

Este trabajo valora críticamente el Estudio de fundamentación de una Ley de usos del tiempo y racionalización horaria

presentado por el Ministerio de Trabajo en junio del pasado año. Lo que se enjuicia son los fundamentos del Estudio, no sus propuestas, aunque en algún caso la valoración de aquel comporte una valoración de la propuesta, como sucede con la propuesta de reformar la duración de la jornada. La intención es proporcionar al lector elementos de juicio para que pueda valorar si este Estudio sirve para fundamentar la Ley que anuncia.

- Descuento del salario por el tiempo de huelga. Un conflicto persistente.

Salary deduction for strike time. A persistent conflict (RI §427029)

Jesús Barceló Fernández

El descuento salarial por el tiempo de huelga es un tema controvertido que ha suscitado numerosos conflictos en su interpretación y aplicación. En este estudio se examina en detalle el concepto y la práctica del descuento salarial por el tiempo de huelga por medio del análisis de la doctrina judicial en España y su ejecución práctica. Además, propone una interpretación del descuento proporcional del descanso semanal diferente a la que hasta ahora ha sostenido la doctrina judicial.

- La reforma del régimen de concurrencia convencional estatutaria y la mejora de la representación sindical del colectivo de artistas, por el Real Decreto-ley 7/2023.

Reform of the statutory conventional concurrency regime and improvement of the union representation of the collective of artists by Royal Decree Law 7/2023 (RI §427030)

Fermín Gallego Moya

Tras su aprobación por el Consejo de Ministros de fecha 19 de diciembre de 2023, el BOE del día siguiente publica el Real Decreto Ley 7/2023, que ha afectado a diversos cuerpos normativos, y de forma muy relevante al Estatuto de los Trabajadores, que ha sido modificado en sus artículos 37.4, 84.3 y 84.4, además de incluirse una nueva disposición adicional.

En efecto, el artículo primero de la norma reformista, modifica, en primer término, el permiso de lactancia (art. 37.4), para que la persona trabajadora pueda hacer uso de todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, sin necesidad de previsión convencional o acuerdo con el empleador; en segundo lugar, la modificación de los apartados 3 y 4 del art. 84, regulador del régimen de concurrencia convencional, ha privilegiado la negociación colectiva de ámbito autonómico, otorgándole prevalencia sobre la normativa convencional estatal en un elenco de materias tasadas entre las que, por exclusión de las vedadas, se encuentra el régimen salarial, de forma que, desde ahora, los convenios autonómicos podrán establecer salarios superiores a los reconocidos por la normativa sectorial estatal; finalmente, y con un carácter más específico, la norma acomete la muy reclamada reforma del sistema de representación del colectivo de artistas, incrementando el nivel de participación en los procesos electorales, tradicionalmente penalizado por el exceso de temporalidad.

Pese al escaso tiempo transcurrido desde la publicación del RDL 7/2023, existen primeras aproximaciones doctrinales, principalmente sobre las modificaciones del art. 37.4 ET, siendo el objeto del presente trabajo adentrarnos en las otras dos reformas del Estatuto, esto es, la que afecta al régimen de concurrencia de convenios y la que mejora la representatividad sindical del colectivo regulado en el RD 1435/1985.

UNIÓN EUROPEA

- Actualidad de la Unión Europea. De octubre a diciembre de 2023.

Social actuality of the European Union. From october to december 2023 (RI §427031)

Daniel Pérez del Prado

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 *hard 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 octubre y diciembre 2023.

- Hacia el equilibrio de género en las sociedades cotizadas europeas: puntos críticos de la Directiva 2022/2381 y su futura transposición en España.

Towards gender balance in European listed companies: critical points of the Directive 2022/2381 and its future transposition in Spain (RI §427032)

Lourdes Mella Méndez

Este trabajo analiza el camino recorrido por la UE y España para el impulso del equilibrio de género en las sociedades cotizadas desde hace varios años, pues se parte de que la igualdad de género en los consejos de administración de

aquellas es un objetivo estratégico al que no cabe renunciar. Se comienza con el estudio de la fallida Propuesta de Directiva de 2012 y su final aprobación en 2022, cuando la UE da un nuevo y decidido impulso a esta materia en los ámbitos de poder de las grandes empresas. Con todo, la Directiva, como norma unificadora de carácter mínimo, adopta un enfoque moderado y progresivo, cuyo desarrollo queda a los Estados miembros. Nuestro país, ya cuenta con un proyecto de ley en la materia que, en su ámbito de aplicación y en algunos aspectos de contenido, resulta más ambicioso que la norma europea. Cabe esperar que dicho texto provisional llegue a ver la luz y, con su aplicación, ayude a conseguir la igualdad real y efectiva en todos los ámbitos sociales.

- Derechos humanos y diligencia debida en las empresas multinacionales en la Unión Europea. Human rights and due diligence in multinational companies in the European Union (RI §427033)

Juan Manuel Moreno Díaz

La diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente es un asunto de especial trascendencia en la actualidad, teniendo en cuenta que el mercado de trabajo global y digitalizado ha hecho que las empresas multinacionales hayan asumido un papel de especial preponderancia, dominando casi absolutamente ese mercado.

En este contexto, la exigencia de responsabilidad a estas empresas por incumplimientos en el respeto de los derechos los intervinientes, a lo largo de toda la cadena de valor se torna imprescindible, y aquí es fundamental el concepto de diligencia debida. Por ello, es crucial el reconocimiento normativo del concepto, tal como han hecho países de nuestro entorno como Francia, Holanda, Noruega o Alemania, y se está a la espera de que fructifique finalmente la Directiva sobre Diligencia Debida de la UE.

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 septiembre-diciembre 2023. Spanish constitutional doctrine and of the Court of Justice of the European Union (socio-labour pronouncements) (RI §427034)

José Ignacio García Ninet

En esta entrega se recoge los datos esenciales de sentencias, autos y conclusiones generales correspondientes al tercer cuatrimestre de 2023.

*Del Tribunal Constitucional de España se recogen 4 Sentencias

*Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se recogen 17 Sentencias, 2 Autos, así como 3 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.

- La discriminación de las parejas de hecho. Cuestión de inconstitucionalidad elevada al Tribunal Constitucional por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. The discrimination of the unmarried couples. The question of unconstitutionality raised before the constitutional court, by the social chamber of the Balearic Island High Court of Justice (RI §427035)

Sonsoles de la Villa de la Serna

La manifiesta discriminación que sufren las parejas de hecho a efectos del devengo de la pensión de viudedad ha merecido históricamente la denuncia de parte de algunos juzgados y tribunales, minoritarios respecto de aquellos otros que justifican la diferencia de trato con los matrimonios, incluso en supuestos de extensa convivencia y afecto marital, hijos y bienes comunes, titularidad de documentos varios, a falta únicamente del registro municipal, autonómico o notarial. De ahí la importancia de la Cuestión de Inconstitucionalidad elevada recientemente al Tribunal Constitucional por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, con argumentos jurídicos consistentes que obligarán al Tribunal de Garantías a confirmar su restrictiva doctrina actual, o a revisarla y poner fin a la discriminación denunciada.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL

- Exégesis de la nulidad objetiva del despido a efectos indemnizatorios a partir del análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2023. Exegesis of the objective nullity of the dismissal for compensation purposes based on the analysis of the sentence of the Supreme Court, social chamber, of december 12, 2023 (RI §427036)

Francisco Javier Arrieta Idiákez

El objetivo de este estudio es analizar la importante sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2023, núm. rec. ud. 556/2022, que pone fin al desencuentro existente entre distintos Tribunales Superior de Justicia y entre distintos autores de la doctrina científica en torno a determinar si proceden o no las indemnizaciones contempladas en el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social cuando se trata de calificar los despidos como nulos en virtud de la nulidad objetiva prevista en el párrafo segundo del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

- ¿Es automática la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total de la persona trabajadora? Comentario a la STJUE 18/01/2024.
Is the termination of the employment contract due to total permanent disability of the worker automatic?. Commentary to the CJEU 18/01/2024 (RI §427037)

Nieves Rabassó Rodríguez

Se analiza la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 18 de enero de 2024 dictada en el asunto C-631/22, a consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, y en virtud de la cual la normativa española que permite el despido de una persona trabajadora con discapacidad permanente de su empresa ex artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, es contraria a la Directiva Europea 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

CUATRO SENTENCIAS MEMORABLES DEL AÑO 2023

- Complemento de maternidad. Varón discriminado e indemnización por el daño causado. Tribunal Supremo -Sala Social. Pleno- Sentencia 977/2023, de 15 de noviembre (Rcud. 5547/2022).
Maternity supplement. Male discriminated and compensation for damage (RI §427038)
Lourdes López Cumbre
Declarada la discriminación del varón en el acceso al complemento por maternidad por aportación demográfica y manifestada una actitud reiteradamente contraria a su concesión por parte del INSS, el Tribunal Supremo ha efectuado varias consideraciones de interés en un cuerpo doctrinal nada despreciable. Con todo, destaca uno de los últimos pronunciamientos en los que se decanta por admitir un daño patrimonial a todos aquellos varones que se enfrentaron a esta situación recurriendo en casación, quienes deberán obtener del INSS una indemnización, fija, única y global, de mil ochocientos euros, esto es, la cantidad tasada para las costas impuestas de contrario en estos procesos. Una decisión que, como todas las importantes, suscita no pocas dudas aplicativas.
- La autorización judicial para administrar la vacuna de la Covid-19 a persona con capacidad limitada, no vulnera derechos fundamentales. Tribunal Constitucional. Sentencia -Pleno- 38/2023, de 20 de abril. Recurso de Amparo 3214/2022 (Boe. 22 de mayo de 2023).
The judicial authorization to administer the covid-19 vaccine to person with limited capacity does not violate fundamental rights. Constitutional Court. Judgment -plenary- 38/2023, of april 20. Amparo Appeal 3214/2022 (BOE. may 22, 2023) (RI §427039)
Yolanda Valdeolivas García
El objeto de la sentencia versa sobre el juicio de constitucionalidad de la vacunación, administrada sin consentimiento de la persona afectada, como acto médico susceptible de afectar al derecho a la integridad personal recogido en el art. 15 CE. Consentimiento que, en este caso, por tratarse de persona que padece demencia severa, correspondería a su tutor legal, quien se niega a otorgarlo, sustituyéndose por autorización judicial. El TC identifica a este propósito los derechos y bienes jurídicos implicados en dicho acto médico de vacunación no consentido como medida eventualmente restrictiva del derecho constitucional a la integridad personal, reconociendo las circunstancias que legitiman una vacunación practicada mediante autorización judicial en un contexto de pandemia y en las condiciones personales de la afectada por la intervención médica, analizando para ello la doctrina del propio tribunal sobre el consentimiento sanitario, el carácter voluntario del régimen de vacunación en España y el fundamento constitucional que permitiría restringir derechos fundamentales mediante una administración obligatoria de la vacunación en el referido entorno pandémico. En este sentido, la protección de la persona discapacitada y el juicio de proporcionalidad de la decisión adoptada por el órgano judicial, legalmente habilitado para ello, centran la argumentación jurídica del TC que conduce finalmente a rechazar el recurso de amparo.
- Aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a las relaciones laborales jurídico-privadas. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia -Sala Primera- de 9 de

noviembre de 2023, Keolis Agen (C-27122 y 275/22).

Application of the charter of fundamental rights of the European Union to private law relationships (RI §427040)

José M^a. Miranda Boto

La sentencia Keolis Agen del Tribunal de Justicia en 2023 aborda la cuestión del aplazamiento de vacaciones no disfrutadas y la compensación por la extinción del contrato en el ámbito laboral. Aunque estos temas pueden parecer comunes, la sentencia adquiere importancia por la manera en que el Tribunal incorpora y otorga un papel central a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal eleva la Carta a su máximo rango, estableciendo su aplicación directa e incondicional en relaciones de derecho privado, especialmente en el ámbito laboral. Esto significa que la Carta se aplica en contextos donde no esté explícitamente mencionada, permitiendo su invocación en situaciones que involucren relaciones laborales privadas. Al afirmar que la Carta se aplica independientemente de la naturaleza jurídica del empleador, el Tribunal amplía su alcance al sector privado, consolidando su importancia en el ámbito laboral. Este desarrollo tiene implicaciones significativas para el derecho laboral en la Unión Europea y plantea interrogantes sobre su posible expansión a otras áreas del Derecho del Trabajo en el futuro.

- Libertad de expresión e insultos a la bandera nacional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia -Sección Quinta- de 8 de junio de 2023. Fragoso Da Costa v. España (Demanda 27926/21).

Freedom of expression and insulting the national flag (RI §427041)

Yolanda Maneiro Vázquez

La STEDH Fragoso Dacosta c. España condenó a ésta por la vulneración del derecho a la libertad de expresión reconocido y garantizado por el artículo 10 del Convenio, como consecuencia de la condena impuesta a un representante sindical por injurias a la bandera nacional en una base militar durante una protesta por el impago de salarios. Esta condena había sido confirmada por la STC 192/2020, que no consideró que las expresiones proferidas quedasen amparadas por el derecho a la libertad de expresión e ideológica. El TEDH falló en sentido contrario, atendiendo a la inexistencia de un discurso de odio o de incitación a la violencia, a la ausencia de disturbios o desórdenes derivados de tales expresiones y a que formaban parte del debate sobre un asunto de interés general.

DOCUMENTOS E INFORMES

- El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España 2023.

Labour and social security law in Spain in 2023 (RI §427042)

Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En su décima edición, el Informe “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España 2023” ofrece una síntesis de los principales hitos por los que ha transitado el iuslaboralismo a lo largo del último año. En concreto, en las páginas que siguen, los expertos integrantes de la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) analizan para usted los principales pronunciamientos judiciales en torno temas que abarcan temática muy variada. En primer lugar, se abordan aquellos en los que se dilucida acerca de los derechos laborales inespecíficos, como la protección frente al acoso, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la tutela de la libertad religiosa, los derechos a la intimidad y a la protección de datos, con especial alusión a la modificación de criterio de la AEPD sobre control de presencia mediante sistemas biométricos, libertad de expresión e información y derecho a la tutela judicial efectiva. Posteriormente, el análisis prosigue con un estudio de las cuestiones relativas a la contratación y el empleo, con especial referencia a la limitación de la contratación temporal tanto en el ámbito público como en el privado, consideraciones sobre el tiempo de trabajo o el empleo en plataformas. En materia de vicisitudes de las relaciones de trabajo, se abordan cuestiones consolidadas como el periodo de prueba o el despido. En lo que al derecho colectivo se refiere, se analizan las principales novedades en materia de derecho de huelga, uso de nuevas tecnologías para fines sindicales, así como otras facultades y garantías de los representantes de los trabajadores, determinación del convenio aplicable o ultraactividad de los convenios colectivos. Por su parte, en la sección relativa a la protección social, se estudian las novedades normativas y reglamentarias sobre distintas prestaciones como la reconocida en supuestos de incapacidad temporal, permanente o en materia de jubilación, con especial interés en las últimas sentencias relativas al complemento para la reducción de la brecha de género. En materia de corresponsabilidad, se analizan asuntos de diversa índole como la negativa a otorgar el permiso de lactancia en caso de que uno de los progenitores no trabajara, la reducción de la jornada por guarda legal, la excedencia por cuidado de hijo o la conexión entre la conciliación y la garantía de indemnidad. También se menciona la reciente presentación de una cuestión de constitucionalidad sobre el acceso a la suspensión por nacimiento de hijos en familias monoparentales. Con relación a la prevención de riesgos laborales, los expertos analizan las principales novedades jurisprudenciales sobre temas tan dispares como las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo, la prevención en nuevas formas de trabajo como el trabajo a distancia y el teletrabajo, episodios de temperaturas elevadas o el recargo de las prestaciones. A ello se añade la mención a las notas técnicas de prevención aprobadas en el presente año. Finalmente, los investigadores en materia de derecho procesal abordan las novedades

jurisprudenciales en relación el acceso a la jurisdicción social, eventuales indagaciones sobre la laboralidad de la relación laboral, la prescripción de las deudas salariales o el derecho a un proceso de dilaciones indebidas. El informe se cierra con una mención especial a la validez y eficacia de los procesos extrajudiciales de solución de conflictos.

MAESTROS ESPAÑOLES DEL DERECHO DEL TRABAJO

- La obra científica (y literaria) del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. (RI §427043)
Luis Enrique y Diego de la Villa de la Serna

DERECHO COMPARADO

- Los asesores de pensiones registrados, parientes alemanes de los graduados sociales colegiados españoles.
Registered pension consultants, german relatives of spanish collegiate social graduates (RI §427044)
Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón
Los graduados sociales colegiados españoles tienen parientes no sólo en el sur de Europa, sino también en Europa central e, incluso, en los Estados Unidos. Estos parientes suyos centroeuropeos, personificados en los asesores de pensiones registrados alemanes, no son en absoluto familiares íntimos suyos, sino parientes de tercer o ulterior grado (al modo, por ejemplo, de los primos), pues su práctica profesional judicial y extrajudicial se refiere sólo al Derecho de la Seguridad Social. Sobre la base de ese parentesco, nuestros graduados sociales colegiados podrían incluso llegar a actuar profesionalmente y temporalmente en Alemania, desarrollando tareas profesionales de las que se ocupan allí los asesores de pensiones alemanes registrados.
- Anotaciones de “necesidad y urgencia” sobre el “fondo o sistema de cese laboral” incorporado al DNU 70/2023, de 20 de diciembre, en la República Argentina.
Notes of “necessity and urgency” on the “fund or cessation of employment system” incorporated into DNU 70/2023, of december 20th, in the Argentine Republic (RI §427045)
Juan Ángel Confalonieri (h)
En el Boletín Oficial de 26 de diciembre de 2023 se publicó el decreto de necesidad y urgencia (DNU) N° 70/2023, titulado “Bases para la reconstrucción de la Economía Argentina”. Entre sus múltiples materias, se incluyeron un nutrido grupo de disposiciones dentro del Título IV “Trabajo” que significan una de las reformas más profundas que haya tenido el Derecho del Trabajo en el país. Una de las novedades es, sin duda, el llamado fondo de cese laboral (FCL) destinado a reemplazar el régimen de indemnización por despido sin causa.
- El derecho a la desconexión digital, una mirada desde Cuba.
The right to digital disconnection, a view from Cuba (RI §427046)
Yaelsy Lafita Cobas
El desarrollo de las Tecnologías de la informática y las Comunicaciones ha conllevado a un cambio en la manera de trabajar, lo que ha conducido a que varios trabajadores teletrabajen desde sus casas, trayendo consigo fundamentalmente a que se extiendan su jornada muchas más horas que las pactadas en su contrato de trabajo, influyendo en su descanso y afectando el derecho a la desconexión digital.
A pesar de que se han emitido normas que regulan el derecho a la desconexión digital no siempre es respetado este derecho. En este trabajo se realiza un análisis sobre el derecho a la desconexión digital desde una perspectiva del derecho de trabajo y su implementación en Cuba y la necesidad de su regulación.
Los métodos de investigación que fueron utilizados en esta investigación obedecen a los siguientes: Análisis-Síntesis, Deducción e Inducción, Análisis teórico-jurídico, exegético-jurídico y la técnica de investigación de Revisión de documentos y Observación participante.

IN MEMORIAM

GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ

Por

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

jjferd@unileon.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

Omnia mutantur, nihil interit

Ovidio

Con Pitágoras de Samos como narrador, el verso 165 del Libro V de las *Metamorfosis* va más allá de una simple descripción del proceso incesante e infausto de transmigración, para recoger la certeza del recuerdo que perdura a través del tiempo (*nulla dies umquam memori vos eximet aevo*, pondría Virgilio en boca de Eneas). De ahí que las ausencias, aunque pueden llegar a “dolernos doblemente”, no dejen de ser un “duelo sin explicaciones”, acudiendo a esos versos vallejanos harto elocuentes sobre la firme convicción de que Germán Barreiro ocupará un lugar permanente en la vida de quienes lo conocimos y lo queremos.

Lejos de una oda a la tristeza, tan opuesta a su alegría natural, las palabras habrán de conformar un discurso sobre la riqueza que de él recibimos antes de dejar el mundo de los vivos, el 26 de diciembre del pasado año en Carbajal de la Legua (León), rodeado de los más cercanos, con la serenidad y entereza de quien, según señala la etimología de un hidalgo, siempre inspiró confianza con el ejemplo de su nobleza y valentía.

Nacido en Lugo el 2 de mayo de 1952, criado entre sus calles y prados (dada la gran ventaja de una casa familiar fuera de las murallas) y educado en el prestigioso colegio de los Maristas donde fraguó amistades que lo acompañaron para siempre, Santiago de Compostela fue el punto de partida de su brillante trayectoria académica, pues en sus cinco veces centenaria Universidad cursó los estudios de Licenciatura en Derecho con premio extraordinario. El consejo de quien allí impartía la docencia en Derecho del

Trabajo, el profesor Cremades, le llevó a una doble decisión fundamental: orientar su inquietud intelectual hacia esta rama del saber y hacerlo en Alemania, como becario de la fundación Oriol y Urquijo, profundizando en el ordenamiento alemán bajo los sabios consejos del profesor Hanau. El periplo culmina con el retorno a España, a la Universidad Complutense, donde realizará la tesis doctoral, también galardonada con premio extraordinario, bajo la dirección del profesor Alonso Olea y en compañía de un inmejorable grupo de compañeros que constituirán, durante décadas y hasta la actualidad, referencia preclara en la doctrina, profesores Palomeque López, Aparicio Tovar, Baylos Grau, López López, Escudero Rodríguez y, por supuesto, la profesora Casas Baamonde, su fiel amiga de toda la vida.

El encuentro con el maestro signó de manera indeleble su futuro profesional, pues el respeto, admiración y cariño por aquel a quien consideraba como verdadero forjador de la disciplina en España, hizo que ordenara sus pasos hacia la docencia y la investigación, obteniendo la plaza de profesor adjunto en la Universidad Complutense en 1984 y, más tarde, en 1986, la Cátedra en León, ciudad que bien conocía en su azaroso (y divertido) periplo por el servicio militar, con cuyas anécdotas tantas veces alegró viajes y sobremesas.

Su asentamiento en la casi recién estrenada Facultad de Derecho de la Universidad de León le permitió desarrollar una filosofía de ser y estar que caló tan hondo como para marcar una impronta capaz de trascenderlo. Tomaba como fundamento la plena comunión con la sociedad a través de un doble proceso de transferencia: incorporándola en el día a día de la vida académica y colaborando con cuantas actividades le eran requeridas. Desde el primero de los planos, buscó la cooperación como profesores de los Magistrados de lo Social de la ciudad (entre ellos, D. José Rodríguez Quirós, a quien tanto quiso), el Jefe de la Inspección de Trabajo, aquel que más tarde alcanzaría responsabilidades importantes en el cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia o alguno de los más reputados abogados locales; además, puso singular empeño en que no hubiera novedad significativa en el ordenamiento social que no mereciera una conferencia, seminario, jornada o congreso, superando de manera generosa el centenar los organizados con este propósito de crear espacios de reflexión permanente.

Desde el segundo, su plena integración en el día a día de la sociedad que, además de las numerosas conferencias impartidas para todo tipo de públicos, se tradujo en cuantiosos informes y dictámenes (algunos de gran trascendencia social, como el que fue faro y guía para la integración de todo el personal del Banco Atlántico en Caja España), distintos proyectos de investigación con un claro sentido de compromiso con el entorno (en particular dedicados a las labores mineras, el ámbito rural, la negociación colectiva regional y provincial, la sangría de talento que asola esta tierra o la difusión de

prácticas de seguridad en el trabajo), la membresía en importantes entidades de ahorro de origen social (Caja España y Caser) o en los patronatos de sus fundaciones (Oriol y Urquijo y Monteleón), el constante y visible compromiso con los Graduados Sociales (siendo impulsor de sus actividades divulgativas no solo a nivel local, en particular en aquellos Colegios con sede en León y Lugo, sino a nivel nacional, donde fue cabeza bien visible durante casi dos décadas) o, de manera específica, una que lo satisfacía especialmente, cual fue la designación como representante español en el Tribunal Administrativo Internacional del Banco Interamericano de Desarrollo, órgano dentro del cual sus buenos oficios como Juez durante tres años le llevaron a ser nombrado Vicepresidente en el penúltimo y Presidente en aquel en el que voluntariamente abandonó la representación. La trascendencia de toda esa labor de servicio público obtuvo merecido reconocimiento con la concesión de la Cruz de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort en 2010.

La plena integración local, así como su habitual presencia en distintos foros nacionales, tuvo correlato lógico en una desbordante actividad internacional, con extensión a gran parte de los Estados de Europa y a la práctica totalidad de los de América. Amén de la continuidad en sus lazos con Alemania a través de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas, de la cual fue miembro muy dinámico y donde desarrolló una amistad entrañable con los profesores Zachert y Adomeit (así como, en los últimos años, con distintos hispanistas de origen germano, a los cuales conoció en Berlín con motivo de su disertación en torno a la recreación de la muerte de Cervantes a partir de su propia obra), dos referencias acudían de manera reiterada a su recuerdo: de un lado, la reconocida encomienda como asesor en la primera embajada de la Universidad de León a la de Vorónezh que, tras arduas negociaciones, culminó con un convenio bilateral en virtud del cual esta su Universidad ha sido pionera en los estudios de ruso en España; de otro, su segunda patria, pues como tal consideró siempre a Brasil, donde viajó en reiteradas ocasiones para un tan extenso (en lo geográfico y en los acontecimientos) como intenso quehacer de difusión y formación, dirigiendo congresos y jornadas, pronunciando conferencias o a través de una fecunda tarea editorial en las revistas *Jurisprudência Brasileira Trabalhista*, *Génesis* o *Consinter* y como coordinador para Europa de las publicaciones de la editorial Juruá. A la actividad en aquel país obedeció un fluido intercambio de iuslaboralistas nacionales que viajaban a aquellas tierras y de juristas y estudiantes brasileños que, de su mano, visitaron España. Encomiable labor por la cual le fue concedida, primero, la Orden al Mérito Judicial “San José Operario” del Tribunal Regional del Estado de Mato Grosso del Norte; más tarde, y por el Tribunal Superior de Trabajo, la Orden al Mérito Judicial de Brasil en el Grado de Comendador.

Desde la cátedra de la Universidad de León, en otros tiempos en los cuales no se trataba de un mero nivel 29 en la relación de puestos de trabajo, sino la encarnación de un órgano y la expresión de una forma de dirigir un área de conocimiento, satisfizo de manera sobresaliente cuanto debe ofrecer aquel llamado a enseñar, crear, administrar y transmitir.

En este sentido, numerosas fueron las promociones de estudiantes a todos los niveles académicos y en distintas titulaciones sobre los cuales proyectó su formación humanista. Profesor espléndido y querido, el rigor con el que preparaba e impartía a diario las clases nunca fue impedimento para que los discentes apreciaran una cercanía capaz de hacer crecer un afecto que perduraba más allá de las aulas y del tiempo, convirtiendo en pasaje habitual las visitas de los egresados para dar cuenta de sus éxitos profesionales (o solicitando consejos y ayuda para orientar un futuro aún incierto) y, también, los recuerdos efusivos en los lugares más insospechados de cuantos seguían conservando un recuerdo imperecedero de su magisterio.

Una prueba fehaciente del cuidado exquisito en la primera de las misiones de un profesor figura en las carpetas que contienen sus apuntes, elaborados a máquina de escribir en la versión original de 1987, y con posterioridad actualizados con innumerables anotaciones (e interrogantes en rojo para recoger sus dudas sobre la solución legal), hasta conformar un laberinto cuya salida solo podía encontrar el autor, pero cuya visita sigue permitiendo apreciar el buen hacer de un trabajador infatigable y analista escrupuloso y exhaustivo.

Permanece viva en la memoria de quien suscribe una de las últimas conversaciones en el jardín de su casa a las que solo el ocaso ponía fin. Versaba sobre la investigación y perfectamente podría servir para resumir el pensamiento de un jurista integral y comprometido con la causa de los trabajadores, pero sin margen alguno para el discurso fácil, que como buena falacia nace y crece con el vigor del oportunismo, se alimenta del éxito, pero se agota pronto por falta de raíces. Afirmaba sin ambages que pensar en Derecho resulta un proceso arduo si ajustado al procedimiento y maduración exigibles y a la realidad social que subyace a la norma; también, con frecuencia, abocado a suscitar más preguntas que respuestas, más desasosiego que certezas. Añadía, con especial énfasis, la necesidad de ofrecer al lector temas o enfoques novedosos bajo una prosa que facilitara la comprensión y -según su destino o momento- ofreciera una solución a la duda de partida y/o facilitara el argumento opuesto, el diálogo o la discusión, pues de tal trata la relación dialéctica a trabar.

Así lo demostró y enseñó durante cuatro décadas a través de un legado científico que, muchas veces asentado sobre los proyectos de investigación realizados bajo su dirección, toma forma en más de doscientas publicaciones entre libros, artículos,

comentarios a sentencias, traducciones o prólogos sobre la práctica totalidad de las materias del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. De entre ellas, siempre manifestó abierta preferencia por la tetralogía que compone cuanto denominaba su “etapa alemana”, desarrollada a lo largo de los años 80 y que comienza con su tesis sobre *Diligencia y negligencia. Estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, tiene continuidad con el análisis de encargo sobre *El crédito de horas de los representantes de los trabajadores* y el que fue segundo ejercicio de su cátedra, dedicado a *La sustitución del trabajador con derecho de reserva. El contrato de interinidad*, y se cierra con una deliciosa traducción y estudio crítico del libro de Gierke sobre *Las raíces del contrato de trabajo*. Época de fértil creatividad, que compaginó con la colaboración con el maestro en las cuatro ediciones del *Estatuto de los Trabajadores: textos, comentarios, jurisprudencia*, a la cual siguió un cambio trascendente, cual fue el de poner en un segundo plano su obra personal para alentar, en un proceso de creación compartida solo al alcance de los escogidos por su generosidad, los estudios que dirigió (figure o no su nombre) de cuantos decidimos aprender a su lado.

Finalizada aquella misión, y apenas cumplidos los sesenta años, la jubilación como profesional del Derecho le permitió mudar de inquietud hacia un interés largamente postergado: la vocación hacia la prosa, poesía y teatro del Siglo de Oro español, y en particular de Cervantes. Fueron años de trabajo y devoción sin par, con una cosecha ubérrima de publicaciones dedicadas a la creación y crítica literaria con las que continuó la saga abierta por su padre (José) y su tío (Glicerio) en su Lugo natal.

En editoriales internacionales, nacionales y locales (donde cabrá destacar el apoyo permanente de su editor Héctor Escobar), y hasta en dos sellos de creación propia (o compartida con su más estrecho colaborador y amigo, José Manuel Santos Blanco), irán viendo la luz hasta una docena de libros (y otros tantos “opúsculos”, como divertimento o recopilatorios más breves sobre temas muy variados) dedicados no solo a desgranar hasta los aspectos más recónditos de la obra magna de quien es la cabeza más saliente de las letras en castellano, sino, y a su calor, las Novelas Ejemplares y otros textos literarios del Renacimiento y Barroco españoles. “Global, genial, intermedial, virtual”, cuatro adjetivos en honor de Cervantes que intitulaban la celebración del IV Centenario de su fallecimiento, celebrada conjuntamente por las Universidades de Saarland y Humboldt así como el Instituto Cervantes en la capital de Alemania, y que la Profesora Simson aplicó también al Profesor Barreiro, reconocido en 2016 como preclaro cervantista por sus pares.

El tercero de los pilares en una vocación universitaria plena se revela en un compromiso con la gestión que queda patente en quien, apenas si incorporado, fue nombrado primer Director de uno de los cuatro Departamentos de la Facultad. Cargo que

abandonó para asumir el reto de completar la integración de los Graduados Sociales en la Escuela Universitaria de la cual fue Director durante seis años; abordar el cambio de plan de estudios en el centro renombrado como de Relaciones Laborales cuatro años más; y, en último extremo, guiar durante diez años más la transformación de Diplomatura a Licenciatura, y de esta a Grado, en la Facultad de Ciencias del Trabajo. Confianza de los dirigentes cuando le encomendaron la administración y de las distintas Juntas de Centro que lo reeligieron, siempre por unanimidad, para dejar testimonio fehaciente del consenso con su quehacer, que trascendió no solo a otras responsabilidades en la Universidad (miembro de su claustro por elección, de Consejo de Gobierno durante más de una década, donde fue vocal de las Comisiones de títulos y de doctorado o, entre más, impulsor en sus comienzos del Comité de Seguridad y Salud), sino al permanente contacto con la sociedad, cuyo respeto y reconocimiento supo ganarse día tras día.

Este rasgo de excelencia, que demuestra la entrega a la institución, únicamente en el caso de los mejores culmina con la transmisión del saber a quienes desean emular las virtudes del maestro. Moldear un discípulo, como escribía Gerardo Diego, supone sembrar una llama y dejar que siga su camino intacto y limpio. Trae aparejados el ímprobo esfuerzo y la tremenda responsabilidad de despertar la curiosidad que, con el método apropiado, está llamada a despejar dudas mientras suscita otras nuevas, aquietar preocupaciones con siembra de interrogantes frescos, acompañando la aventura de aquel a quien se enseña a pensar para que discurra con criterio propio, a crear para que ingenie cosas distintas y hasta a vivir para que disfrute su propia existencia, consciente de que en cada pensamiento, creación o vivencia perdurará algo de lo enseñado. Ese espacio de libertad, de consejo y ayuda fue el que disfrutamos cuantos de él aprendimos el oficio y la forma de ser y estar en la Universidad y en la comunidad, María de los Reyes Martínez Barroso, Susana Rodríguez Escanciano, Beatriz Agra Viforcós, Javier Fernández-Costales Muñiz, Roberto Fernández Fernández, Rodrigo Tascón López, Henar Álvarez Cuesta, José Gustavo Quirós Hidalgo, Purificación García Miguélez, María José Saiz Rodríguez, Natalia Ordóñez Pascua, Diego Megino Fernández, Patricia Prieto Padín, Francisco Xabiere Gómez García, Cristina González Vidales, Ana Castro Franco y quien suscribe reconocemos en Germán Barreiro la huella que perdurará siempre, conjugada con esa eterna sonrisa que iluminaba la vida y ahora perdura a través de sus hermanas Concha, Ruli y Mariola y, en particular, en el fruto de su amor con María: sus hijos José, Germán y Pedro y sus nietos Nel y Lúa.

EDITORIAL

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Por

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

mariaemiliacasas@pdi.ucm.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

I. LA TERCERA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 15 DE FEBRERO DE 2024, DE SU ARTÍCULO 49. LA TUTELA PÚBLICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, EN UN CONTEXTO DE GRAVE POLARIZACIÓN POLÍTICA

El *Boletín Oficial del Estado* de 17 de febrero publicó el texto oficial de la *Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024*, cuya disposición final única ordena su entrada en vigor el mismo día de su publicación “también en las demás lenguas de España”, al igual que en las reformas constitucionales precedentes. Es una excelente noticia por numerosos motivos.

La reforma del artículo 49 de la Constitución actualiza su lenguaje para desterrar vocablos de actual significación denigrante, mejora notablemente la estructura y el contenido del precepto constitucional original, e identifica con mayor actualidad y precisión los objetivos de las políticas que han de realizar los poderes públicos, el legislador incluido, en beneficio de las personas con discapacidad, de protección del ejercicio de sus derechos fundamentales en libertad e igualdad reales y efectivas, de garantía de su plena autonomía personal y de su inclusión social mediante entornos universalmente accesibles, de fomento de la participación de sus organizaciones, y de atención particular de las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

La reforma constitucional, pese a limitar su alcance a un único precepto constitucional, limitación que, precisamente, la ha hecho posible en el estado actual de

enfrentamiento político de nuestro país, ha sido la mejor manera de festejar el 45º aniversario de nuestra Constitución de libertades y derechos y de igualdad como valor de transformación social. Sin duda, la mejor Constitución que hemos tenido los españoles, que nos ha deparado el mayor período de convivencia en paz, libertad y bienestar, al que no ha sido ajeno la constitucionalización del Estado democrático de Derecho como social, que, como el valor superior de la igualdad (arts. 1.1. y 9.2), se relaciona directamente con el precepto constitucional reformado. Sería, sin embargo, ingenuo desconocer que la Constitución se encuentra actualmente en una situación de crisis en la que la legitimidad de las instituciones constitucionales está seriamente cuestionada, habiendo sido llevada al centro de los debates políticos polarizados que nos aquejan, en los que, desafortunadamente, manda la partidocracia y la Constitución se utiliza como arma arrojadiza, soportando interpretaciones contrapuestas de sus normas y de su cumplimiento, pretendidamente irrefutables.

En ese contexto de radical divergencia y enfrentamiento político sobre la Constitución, su reforma destaca, mas que nunca, como signo de normalidad constitucional y de renovación del consenso constituyente, que cobra todo su valor si al contexto se une el curso vital de nuestra Constitución de 45 años, que, desafortunadamente, no ha sido pródiga en reformas precisamente por la falta de ese consenso parlamentario reforzado -una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, 210 diputados y 159 senadores, en el procedimiento de reforma menos agravado del artículo 167 de la Constitución- y de la voluntad política de lograrlo. Nada es necesario decir acerca de la resignación desesperanzada de los especialistas y de parte de la ciudadanía ante la imposibilidad de reformar la Constitución en asuntos de primera importancia por muchos detectados (integración expresa del Derecho de la Unión Europea, organización territorial del Estado, derechos fundamentales y trasvase de contenidos del Capítulo Tercero al Capítulo Segundo del Título I, el Senado, el Consejo General del Poder Judicial o la Corona y el principio de igualdad de sexo), por la falta del imprescindible acuerdo de nuestros representantes políticos, ni sobre los preceptos o instituciones que deberían reformarse, ni, menos aún, sobre las orientaciones que la reformas deberían tener, ni a través del procedimiento reforma de su artículo 167, ni del agravado de su artículo 168.

Hemos celebrar, por ello, el acuerdo alcanzado por los dos partidos políticos mayoritarios el 22 de diciembre de 2023, materializado, el 9 de enero de 2024, en la presentación por los Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista a la Mesa del Congreso de una *Proposición de Reforma del artículo 49 de la Constitución*, solicitando su tramitación directa y en lectura única y por el procedimiento de urgencia, a partir de su toma en consideración por el Pleno de la Cámara. Recuérdese que el

artículo 166 de la Constitución dispone que la “iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87”. La iniciativa de reforma constitucional elegida, ejercida por los grupos parlamentarios del Congreso citados para evidenciar su acuerdo político, se acomodó al artículo 87.1 de la Constitución y al Reglamento de la Cámara.

El acuerdo de los dos partidos mayoritarios contempló que la reforma constitucional se limitaría al cambio lingüístico, que se aprobaría en un pleno monográfico del Congreso de enero de 2024, y que no podría ser sometida a referéndum de ratificación, en los quince días siguientes a su aprobación, a solicitud de una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras, conforme a las previsiones del artículo 167.3 de la Constitución. El temor a su utilización por las fuerzas independentistas como una suerte de plebiscito sobre la vigencia de la Constitución determinó que la reforma constitucional no saliera del ámbito parlamentario, como, por lo demás, por diferentes motivos, también había sucedido con las dos anteriores reformas de la Constitución.

El Pleno del Congreso de 18 de enero de 2024 acordó tomar en consideración la *Proposición de Reforma del artículo 49 de la Constitución Española* (por 315 votos a favor y 33 abstenciones) y su tramitación directa y en lectura única (por 310 votos a favor, 33 en contra y 5 abstenciones). La Mesa había decidido ya su tramitación, para el caso de esa toma en consideración, por el procedimiento de urgencia. Las enmiendas presentadas en el Congreso por el Grupo Parlamentario Vaso (EAJ-PNV) y por el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR, sobre otros muchos preceptos constitucionales, fueron inadmitidas por la Mesa el 17 de enero, por su manifiesto exceso de la iniciativa reformadora. En el Senado las enmiendas fueron formalizadas por el Grupo Parlamentario de Izquierda Confederal (Más Madrid, Eivissa i Formentera al Senat, Compromís, Agrupación Socialista Gomera y Geroa Bai), también sobre otros preceptos de la Constitución, y también inadmitidas a trámite por la Mesa de la Cámara Alta el 24 de enero de 2024.

La *Proposición de Reforma del artículo 49 de la Constitución* fue aprobada por los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado en sesiones celebradas, respectivamente, los días 18 y 25 de enero de 2024 con la mayoría de tres quintos prevista en el artículo 167.1 de la Constitución. En el Congreso la reforma contó con 312 votos afirmativos y 32 en contra de Vox, contrario a cualquier pacto con el Gobierno de coalición. El Senado la aprobó sin introducir variaciones en el texto recibido del Congreso y la votación solo obtuvo el voto negativo de los tres senadores de Vox. El 26 de enero la Presidencia del Congreso hizo pública la apertura del plazo de quince días previsto en el artículo 167 de la Constitución, que concluyó el 12 de febrero de 2024, dentro del cual una décima parte de los miembros de la Cámara podía solicitar que la

reforma aprobada por las Cortes Generales fuera sometida a referéndum para su ratificación. Transcurrido el plazo sin que se hubiera solicitado someter la reforma a referéndum, sancionada y promulgada por el Rey, se publicó oficialmente como norma fundamental del Estado.

Hay que agradecer a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y a la sociedad civil el sostenimiento largo, persistente e intenso de su demanda de modificación del precepto constitucional para eliminar su referencia hoy día ofensiva, denigrante y discriminatoria, a los “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, y acomodarla al lenguaje y al contenido de la Convención Internacional (y su Protocolo Facultativo, referente al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008 (BOE de 21 de abril de 2008), y a las pautas de expresión -el lenguaje es expresión especialmente caracterizadora del comportamiento social y de su evolución histórica- de las sociedades democráticas igualitarias e inclusivas. El papel de dichas organizaciones ha sido fundamental. La norma internacional, un tratado de derechos humanos de las personas con discapacidad de este siglo, cambió el enfoque de contemplación de la tutela de la discapacidad con el propósito de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1.1.). El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que, entre otras organizaciones, ha venido defendiendo históricamente, desde hacía más de veinte años, la necesidad de esta reforma constitucional, calificó expresivamente el estado de este sector social “en situación todavía de vulnerabilidad democrática estructural”.

Según la última *Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia*, publicada por el INE el 28 de abril de 2022, sobre datos de 2020, había en España un total de 4,38 millones de personas (94,9 de cada mil habitantes) con algún tipo de discapacidad o limitación, 1,81 millones hombres y 2,57 millones mujeres (109,2 mujeres y 80,1 hombres de cada mil habitantes). Por edad, el 75,4% del colectivo con discapacidad o limitación residente en hogares tenía 55 o más años. Tres de cada cinco de estas personas eran mujeres. El grupo de edad en el que había aumentado significativamente la tasa de discapacidad respecto al año 2008 había sido el de seis a veinticuatro años. Los problemas de movilidad fueron el tipo de discapacidad más frecuente.

Para la reflexión queda la pedagogía del carácter actualizador de esta reforma de un precepto constitucional que el transcurso del tiempo había dejado en la obsolescencia.

Como reconoce el Preámbulo de la *Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024*, el artículo 49 original de la Constitución significó un gran avance en la protección de las personas con discapacidad (“situó en su día a España en la vanguardia de protección de este colectivo, al reconocerles expresamente la plenitud de los derechos previstos en el Título I de la Constitución y establecer un mandato de protección dirigido a todos los poderes públicos”) y tuvo, en nuestro ordenamiento y en nuestra realidad social, un fructífero desarrollo legislativo y de políticas públicas para su cumplimiento. No obstante, el transcurso de más de cuatro décadas había hecho envejecer el texto constitucional, de forma que su decir disonaba de los criterios sociales de respeto de la diversidad tal y como hoy se enuncian. Además, en ese tiempo el mundo y nuestro país habían cambiado decisivamente. Naciones Unidas se había dotado de un texto convencional, que regía en nuestro ordenamiento interno desde hacía más de tres lustros (art. 96.2 de la Constitución), que había supuesto un verdadero punto de inflexión en la protección de los derechos de las personas con discapacidad a partir del reconocimiento de su dignidad y autonomía personal y su inclusión social plena. Un enfoque muy alejado, pues, del que significaba el originario artículo 49 de nuestra Constitución. Por lo demás, la Convención de Naciones Unidas, como norma incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, había dado lugar a un desarrollo legislativo aun más importante, basado en los nuevos valores convencionales: la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ha supuesto posiblemente la modificación más importante del Código civil y de otras leyes reformadas. La legislación de varias Comunidades Autónomas había actualizado la protección y atención de las personas con discapacidad.

La legalidad ordinaria se renovaba mientras que el artículo 49 de la Constitución desfallecía. Permanecía ajeno a su necesidad de adaptación a las nuevas necesidades de las personas con discapacidad por el inmovilismo del poder político de reforma de la Constitución, lastrado por el enfrentamiento y la falta de acuerdo entre los partidos políticos mayoritarios, y condenado a la pérdida, desde luego de su calidad normativa, pero también de su valor constitucional real, informante de la legislación positiva, de la

práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de la Constitución). Su disociación de la realidad era un hecho.

No pudo venir en su ayuda la jurisprudencia evolutiva del Tribunal Constitucional, tan criticada por algunos. Sabemos que un texto de la importancia de una ley fundamental, vivo, no es inmutable, y que su interpretación por su intérprete supremo es el cauce natural de su evolución en todas las democracias constitucionales, con alguna excepción notoria. Obviamente, ha de tratarse de una interpretación respetuosa de la defensa de la normatividad de la Constitución y del poder de reforma, poder constituyente constituido radicado en la soberanía del pueblo, que tiene a su disposición los procedimientos que el constituyente ha previsto para reformar su obra.

Esa jurisprudencia evolutiva tiene en el artículo 10.2 de la Constitución su reconocimiento expreso (STC 198/2012, FJ 9), en el mandato de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con las normas internacionales ratificadas por España, “único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución” [STC 198/2012, FJ 2.b)]. Sin embargo, el artículo 49 de la Constitución no es una norma de derechos fundamentales, sino que incorpora un principio rector de la política social y económica. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha servido en ocasiones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como a la del TJUE, para interpretar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, sus derechos a la igualdad y a la no discriminación por tal causa, en ocasiones interrelacionadas con otras como la edad o el sexo, a la integridad moral, al honor y a la propia imagen. El artículo 49 presupone esos derechos y libertades, pero su ámbito propio de actuación es otro, el del desarrollo de políticas públicas dirigidas a las personas con discapacidad, en su versión primigenia, además de las de corte médico-rehabilitador, las de su amparo “especialmente para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos”.

En realidad, ha sido el tesón, la voluntad firme e insistente sobre la necesidad de la reforma constitucional de las personas con discapacidad y de sus organizaciones representativas, la que ha hecho posible el acuerdo político de reforma del artículo 49 de la Constitución para preservarlo de su inadecuación a la realidad social, de su falta de vida útil. La Convención de Naciones Unidas ha jugado un papel relevante en esta reforma constitucional, no por la vía del artículo 10.2, sino por la del artículo 96 de la Constitución. Por ello, a la postre, esta reforma constitucional tiene en su origen le ordenamiento internacional de los derechos y responde al fenómeno del cosmopolitismo constitucional, o de globalización jurídico-constitucional, que cursa desde hace tiempo

con la contribución esencial del TEDH, mas recientemente del TJUE, y de algunos Tribunales Constitucionales europeos y de otras latitudes geográficas.

Por el momento es una realidad incuestionable la imposibilidad de extensión de esta reforma actualizadora de la Constitución a otros preceptos, instituciones o partes de la Constitución en que esa necesidad es clamorosa por diversas causas (cambiantes necesidades a lo largo de su tiempo, cláusula europea, transitoriedades cumplidas, disfunciones). El encauzamiento y debate parlamentario de la *Proposición de Reforma del artículo 49 de la Constitución* habría corroborado una vez mas esa imposibilidad, según algunas opiniones. Esta reforma del artículo 49 de la Constitución, sin duda, la fortalece porque la renueva y renueva la adhesión a la Constitución, pero está también la opinión no minoritaria, en la que no me incluyo, de que la fortaleza de la Constitución reside en su permanencia -proposición irreprochable- sin necesidad de reformarla, proposición incompatible con la naturaleza y función de una ley primera y fundante, que, en ocasiones, esconde la conciencia de la inviabilidad de la reforma por falta de voluntad política.

II. LAS DOS REFORMAS PRECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN: DE LA UNANIMIDAD “EUROPEÍSTA” A LA FRAGMENTACIÓN DEL CONSENSO POLÍTICO SOBRE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y SOBRE EL REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN DE LA SEGUNDA REFORMA CONSTITUCIONAL

La Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024, es la tercera reforma constitucional tras las de 1992 y 2011. Convendrá llamar la atención sobre su singularidad. Es la primera reforma constitucional *social*, inmediatamente ligada a las funciones del Estado social de luchar contra las incontenibles desigualdades sociales y avanzar en la protección de los derechos de las personas con discapacidad. No ha sido debida a condicionamientos del Derecho de la Unión Europea o a exigencias de su política económica y monetaria o, mas ampliamente, de su gobernanza económica, sino a requerimientos de una norma internacional, de las personas con discapacidad y de la sociedad española. Se separa así objetiva y causalmente de las anteriores. No se despega un ápice en su tramitación procedimental a través del artículo 167 de la Constitución, mediante proposiciones de ley de los grupos parlamentarios que han seguido el procedimiento legislativo de urgencia y de tramitación directa y en lectura única, sin referéndum de ratificación.

Tienen en común las tres reformas constitucionales afectar a un único precepto constitucional, bien que de diferente contenido y ubicados en distintas partes de la Constitución: en el Capítulo Primero, “De los españoles y extranjeros”, del Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”; en el Título VII, “Economía y Hacienda”; y en el

Capítulo Tercero, “De los principios rectores de la Política Social y Económica” del citado Título I. En cuanto a la estructura de los instrumentos de reforma de la Constitución es muy similar. Una exposición de motivos en las dos primeras y un preámbulo en la tercera y un artículo único y una disposición final única en la primera y en la tercera, mientras que la segunda precisó añadir una disposición adicional única.

La primera reforma se produjo en el pasado siglo, en los primeros lustros posteriores a la aprobación de la Constitución. Vino, obligada por la Declaración 1/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional, instada por el Gobierno de la Nación, que en uso de las previsiones del artículo 95.2 de la Constitución, requirió del Tribunal Constitucional que declarase si existía o no contradicción entre el art. 13.2 de la Constitución y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B, 10, del Tratado de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional declaró esa contradicción de la futura la norma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, resultante del Tratado de la Unión Europea, con el artículo 13.2 de la Constitución en la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea no nacionales españoles, y que el procedimiento de reforma constitucional que había de seguirse era el establecido en el artículo 167 de la Constitución.

La iniciativa reformadora se sostuvo conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán (Convergència i Unió), de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, del CDS, Vasco (PNV) y Mixto del Congreso. No se presentaron enmiendas ni en el Congreso ni en el Senado, y su aprobación por los Plenos del Congreso del 22 de julio y del Senado de 30 de julio de 1992 registró sendas votaciones unánimes, aunque en el Senado se produjeran algunos desajustes técnicos que no reflejaron esa unanimidad y fueron subsanados. Eran otros tiempos, todavía acogidos al consenso constitucional, y la reforma constitucional empujaba la incorporación de España al proyecto de integración europea, estrenada unos años antes, en un ambiente de marcado europeísmo.

La primera reforma añadió en el artículo 13.2 de la Constitución la expresión "y pasivo" referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales. Sancionada y promulgada por el Rey se publicó en el *BOE* de 28 de agosto de 1992, la *Reforma del artículo 13, Apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de agosto de 1992*, entrando en vigor con su publicación.

La segunda reforma constitucional, ya en este siglo y con mas de 30 años de vigencia de la Constitución, en la gran crisis financiera global, el estallido de la burbuja inmobiliaria y la crisis de deuda nacional, operó sobre el artículo 135 de la Constitución y vino empujada por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la zona euro (PEC, 1997) y

por el Pacto por el Euro plus (2011). Dio rango constitucional al principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas a no incurrir en un déficit estructural “que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros”, remitiendo, con la prudencia que requiere una norma constitucional, su fijación a una ley orgánica, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, Y, con menor prudencia, limitó el volumen total de deuda pública de todas las Administraciones Públicas, medido en relación con el PIB, por el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo artículo 126 se remite al Protocolo nº 12 aplicable en caso de déficit excesivo, que fija dicho valor en el 60%, y el del déficit público en el 3% a precios de mercado

El 26 de agosto de 2011 los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular del Congreso registraron en el Congreso una *Proposición de Reforma del artículo 135 de la Constitución Española*, tras llegar ambas formaciones políticas mayoritarias a un acuerdo el día anterior. El presidente del Gobierno, el socialista José Luis Rodríguez Zapatero, había planteado la reforma constitucional en un pleno extraordinario del Congreso de 23 de agosto de 2011, que fue aceptada por el Partido Popular. El Pleno del Congreso acordó su toma en consideración el día 30 de agosto. En esta segunda reforma constitucional se reprodujo el disenso político, ya establecido en la política española y que alcanzaba agriamente a los dos partidos mayoritarios, aliados momentáneamente, no obstante, en el objetivo de la reforma constitucional “de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo [...], reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país” (exposición de motivos). Se presentaron en el Congreso 24 enmiendas de las minorías de izquierda y nacionalistas, que, además de otras reformas constitucionales demandadas (del Título Preliminar que la reforma modificaba de forma encubierta, sobre el derecho de autodeterminación, las competencias de las Comunidades Autónomas...), reclamaban que la reforma constitucional propuesta conforme al artículo 167 fuera sometida a referéndum popular o a su tramitación, con esas otras reformas, por el procedimiento agravado del artículo 168 de la Constitución (10 del Grupo Parlamentario Mixto, 4 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana- Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds, 2 por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y 8 por el Grupo Parlamentario Catalán, Convergència i Unió). El Pleno del Congreso de 2 de septiembre de 2011 inadmitió todas las enmiendas -aceptando tan solo una corrección gramatical- y aprobó la *Proposición de Reforma del artículo 135 de la Constitución* por 316 votos a favor (PSOE, PP, UPN) y 5 en contra (CC, UPyD y dos diputados del PSOE); CiU y PNV no votaron, ERC-IU-ICV, BNG y

NaBai se ausentaron de las votaciones, los tres diputados de Izquierda Socialista no asistieron. En la Comisión de Constitución del Senado se reiteraron las enmiendas, en número de 29 (ocho por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió, 4 por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas, 2 por el Grupo Parlamentario Mixto y 15 por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés), que, en su reunión de 6 de septiembre de 2011, la Comisión rechazó, aceptando como dictamen el texto remitido por el Congreso de los Diputados. El Pleno del Senado de 7 de septiembre de 2011 aprobó la *Proposición de Reforma* constitucional por 233 votos a favor (PP, PSOE, y UPN) y 3 en contra (CC y Foro Asturias), sin que los nacionalistas participaran en la votación. No se alcanzó el número suficiente de diputados o senadores para someter la reforma a referéndum de ratificación. Sancionada y promulgada por el Rey, el BOE de 27 de septiembre publicó la *Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011*. El mismo día se publicó en el BOE el Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución de las Cámaras y de convocatoria de elecciones generales para el 20 de noviembre de 2011.

Las divergencias sobre el procedimiento legislativo seguido por la segunda reforma constitucional llegaron al Tribunal Constitucional. El ATC 9/2012, de 13 de enero, inadmitió, con tres votos particulares, el recurso de amparo interpuesto por Diputados del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya Verdes en el Congreso de los Diputados, en relación con una resolución y varios acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados sobre tramitación de la *Proposición de Reforma del artículo 135 de la Constitución*.

La impronta del Derecho de la Unión Europea marcó las dos primeras reformas constitucionales, aunque la primera reforma no tuvo par en la segunda reforma, de mas amplio alcance y mayor complejidad, en un clima de enfrentamiento político al vincularse a la Constitución económica y limitar las políticas sociales, según los grupos parlamentarios enmendantes.

En su segunda reforma nuestra Constitución rompió su silencio sobre el Derecho de la Unión para acoger los principios de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera y el mecanismo automático de adopción de medidas correctoras. El rigor presupuestario como exigencia básica de la Unión Económica y Monetaria, de las reglas de la gobernanza económica europea, aunque no de los Tratados -de las "reglas de oro" del pacto presupuestario o fiscal europeo que, al propio tiempo, se discutía en la Unión, a instancia de Alemania, que había reformado el artículo 109 de su Constitución- accedió a la norma constitucional soberana en plena crisis de la deuda soberana. Con excepciones a los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública dejados a la soberanía nacional en casos extraordinarios apreciados por la mayoría del Congreso

de los Diputados, y también tomados de la Ley Fundamental de Bonn y recogidos después en el pacto fiscal europeo, que había de imponer a los Estados la obligación de “transponer” la regla de equilibrio presupuestario mediante disposiciones vinculantes, permanentes y preferentemente de rango constitucional, “o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales” (art. 3.2), quedando su cumplimiento sujeto a la jurisdicción del Tribunal de Justicia (art. 8). La disposición adicional única, apartado 3, de la *Reforma constitucional del artículo 135 de la Constitución Española* previó que los límites de déficit estructural establecidos en el reformado artículo 135.2 entrarían en vigor a partir de 2020, el año de la pandemia de la COVID-19, en que, ante la excepcionalidad de la crisis sanitaria y de sus gravísimas consecuencias, la Unión Europea habría de hacer uso de la cláusula general de excepción del Pacto de Estabilidad y Crecimiento para permitir la superación de los límites de déficit y de endeudamiento y la realización de políticas públicas expansivas.

La tercera reforma se ha producido en la madurez de la Constitución, coincidiendo con su 45º aniversario. Y no ha precisado satisfacer condicionamientos específicamente europeos, sino internacionales, vinculándose, como ya he dicho, a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y a exigencias de las personas con discapacidad, de sus organizaciones representativas y de la entera sociedad española.

Pese a sus diferencias, en común tienen las tres reformas constitucionales, en su origen, exigencias de normas y de poderes supraterritoriales, además de la influencia en la segunda reforma de la Ley fundamental de Bonn, un signo de las Constituciones de nuestro tiempo, de su ya advertido cosmopolitismo.

III. LOS PROLEGÓMENOS INMEDIATOS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, DE 15 DE FEBRERO DE 2024. LA FALTA DE ACUERDO POLÍTICO DE LOS DOS PARTIDOS MAYORITARIOS

La reforma reclama, para su adecuada intelección, encuadrarla en su contexto histórico y político.

Esta tercera reforma constitucional, que como acabo de decir satisface una reivindicación histórica de las personas con discapacidad, acorde con la conciencia social, se había propuesto, cinco años antes, en el *Anteproyecto de Reforma del artículo 49 de la Constitución Española*, elaborado por el Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, que contó con un “Estudio preparatorio sobre la reforma”. Aquel anteproyecto se dirigía reformar el artículo 49 de la Constitución a partir del punto de inflexión marcado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, “tanto desde el punto de vista del lenguaje como de su estructura

y contenido”, superando la concepción médico-rehabilitadora que subyacía en su redacción original (“*previsión, tratamiento, rehabilitación e integración*” y prestación de “*la atención especializada que requieran*”) para sustituirla por la social basada en la autonomía personal de las personas con discapacidad y su participación plena en la sociedad. En concreto, formulaba la siguiente reforma del artículo 49 de la Constitución:

“1.- Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2.- Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3.- Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4.- Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos”.

La Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados había alcanzado, primero en un reunión informal de portavoces y, después, en sesiones de los días 23 y 31 de octubre 2018, en que, entre otros, compareció el CERMI, el acuerdo generalizado de los grupos parlamentarios, que la integraban, en el “mínimo común denominador sobre la importancia de armonizar o poner en conexión la redacción del artículo 49 de la Constitución española en relación con la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas”. Se incluyeron en el anteproyectado nuevo texto constitucional los aspectos que el colectivo de las personas con discapacidad consideraba fundamentales

El anteproyecto de reforma constitucional, diligenciado por la Oficina del Secretariado del Gobierno el 10 de diciembre de 2018, fue informado por el Pleno del Consejo de Estado, por su dictamen 1.030/2018, de 28 de febrero de 2019, que también apreció el “cambio de sensibilidad en la manera de afrontar el tratamiento de la discapacidad, entendida ahora como situación de vulnerabilidad que precisa, para su solución, del diseño de instrumentos específicos de protección cuya consecuencia no sea la exclusión legal del sujeto afectado de la sociedad, sustituyendo su voluntad; sino que logren como efecto la promoción de su autonomía, completándola o complementándola, según se

precise, con el propósito de lograr su inserción social plena”. Formuló, no obstante, observaciones en aras de su “mejora y perfeccionamiento”.

La reforma anteproyectada del precepto constitucional se introducía, en su apartado 1, en el Título Preliminar y en los derechos fundamentales, por lo que aquel apartado reiteraba innecesariamente los contenidos de los artículos 9.2 y 3 y 14 de la Constitución, aplicables a las personas con discapacidad, proponiéndose la supresión del inciso “*en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación*”. La “*participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en la adopción por los poderes públicos de “las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad”*”, del apartado 2, debía remitirse a la ley. La referencia de su apartado 3 a “*la protección reforzada de las personas con discapacidad*” debía de sustituirse por la “protección especial”. En fin, su apartado 4 redundaba indebidamente en la afirmación del cumplimiento de las normas internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento interno, y su efecto recuerdo producía confusión al permitir entender que la eficacia de las normas internacionales precisaba de un llamamiento constitucional expreso. Convenía también su supresión.

Aquella iniciativa de reforma constitucional no se abrió paso al publicarse solo unos días después, en el *BOE* de 5 de marzo, el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones para el 28 de abril de 2019.

La nueva celebración de elecciones generales el 10 de noviembre de 2019 y, posteriormente, la pandemia de la Covid-19 y la decisión gubernamental de decretar dos sucesivos estados de alarma (art. 169 de la Constitución) prolongaron el estancamiento y retrasaron el regreso a transitar el camino, ya formalmente iniciado, de la reforma constitucional.

El 12 de mayo de 2021 el Gobierno de coalición presentó en el Congreso un *Proyecto de Reforma del artículo 49 de la Constitución Española*, muy próximo al *Anteproyecto de Reforma del artículo 49 de la Constitución Española* de 2018, que acogía parcialmente las observaciones del Consejo de Estado a sus apartados 2 y 3, de modo que la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en la adopción por los poderes públicos de políticas garantizadoras de su plena autonomía personal e inclusión social tenía lugar “*en los términos que establezcan las leyes*” y la referencia a la protección reforzada de estas personas se reemplazó por su “protección especial”; no así a sus apartados 1 y 4, que se mantuvieron en la versión anteproyectada de 2018.

El proyecto de reforma constitucional se publicó en el *BOCG, Congreso de los Diputados*, de 21 de mayo de 2021. Varado en la Comisión Constitucional del Congreso por falta de acuerdo para su aprobación, el 30 de septiembre de 2021 tuvo lugar su debate de totalidad y la votación conjunta de las enmiendas a la totalidad de devolución al *Proyecto de Reforma del artículo 49 de la Constitución Española*, presentadas por los Grupos Parlamentarios Vox y Popular en el Congreso, que fracasaron. La insuficiencia de diputados y senadores que sostenían al Gobierno de coalición para reformar la Constitución, el necesario acuerdo del partido popular, y las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios de Ciudadanos, Vasco (EAJ-PNV) y Plural, no atinentes a la reforma del art. 49 de la Constitución, sino al preámbulo y a otros preceptos y disposiciones adicionales de la Constitución, lastraron la posibilidad de la reforma constitucional. El 13 de enero de 2023 se publicaron en el *BOCG, Congreso de los Diputados*, las enmiendas y el índice de enmiendas al *Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española*, continuando su tramitación siempre que hubiera un acuerdo expreso para ello entre PSOE y PP.

El 25 de enero de 2023 se alcanzó un principio de acuerdo entre el Gobierno socialista y el partido popular. La disolución de la XIV legislatura el 30 de mayo produjo la caducidad del proyecto de reforma. La falta de acuerdo entre los partidos dominantes fue la causa de la imposibilidad de reformar el artículo 49 de la Constitución.

IV. ALCANCE Y SIGNIFICACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, DE 15 DE FEBRERO DE 2024: LIBERTAD E IGUALDAD REALES Y EFECTIVAS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LOS PRINCIPIOS DE SU AUTONOMÍA PERSONAL E INCLUSIÓN SOCIAL

La *Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024*, dice en su Preámbulo ser una reforma necesaria de “actualización en cuanto a su lenguaje y contenido” del artículo 49 de la Constitución “para reflejar los valores que inspiran la protección” de las personas con discapacidad, “tanto en el ámbito nacional como internacional”, de forma que el artículo 49 de la Constitución “vuelva a ser referencia para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España”.

La experiencia de nuestra democracia constitucional y el envejecimiento del lenguaje utilizado por el original artículo 49 de la Constitución ha llevado al nuevo precepto constitucional a utilizar la locución “personas con discapacidad” por su mayor alcance comprensivo y significación social frente a otras posibles como “personas con diversidad funcional”.

La Convención y el conjunto de normas y recomendaciones de Naciones Unidas han recogido la decisiva transformación producida en el mundo sobre la concepción de la tutela de la discapacidad hacia un enfoque noble, o que ennoblece, basado en los derechos y valores de dignidad personal, de libre autodeterminación y de igualdad, en que se asientan las democracias que constitucionalizan el Estado como democrático de derecho y social. Así comienza el preámbulo de la *Reforma del artículo 49 de la Constitución Española*.

Como las fracasadas anteproyectada y proyectada, la reforma constitucional aprobada no se ha limitado a sustituir el término “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” del original artículo 49 de la Constitución. Se ha separado, sin embargo, de aquellas, de manera que el texto constitucional aprobado sintetiza la esencia de los objetivos de reformadores con una mayor perfección técnica y ampliación a colectivos de personas discapacitadas especialmente vulnerables, incorporando, en lo que ha precisado a sus fines, las observaciones del Consejo de Estado y prescindiendo de la primera que el alto órgano consultivo realizaba, que es el gozne del nuevo precepto constitucional, que dice así:

“Artículo 49.

1. *Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.*

2. *Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.*

Su lectura aporta la evidencia de un cambio de alcance en su concepción de la protección de la discapacidad -frente a su limitación anterior a “la política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración”, de prestación de “atención especializada” y de amparo especial para “el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”-, en la línea de la de la Convención de Naciones Unidas sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad basada en su dignidad y autonomía personales. Ese cambio se encuadra en la particular naturaleza normativa del precepto atendiendo a su incardinación en la Constitución y a las consecuencias jurídico-constitucionales que de ello se derivan. En su estructura se distinguen dos apartados separados y numerados.

De su apartado primero, en parte coincidente con el artículo 1.1º de la Convención de Naciones Unidas, es pieza capital su conexión con el ámbito de los derechos fundamentales. La colocación deliberada del artículo 49 en el capítulo III del Título I de la Constitución, que no contiene derechos inmediata y directamente operativos, sino “los principios rectores de la política social y económica”, condiciona su reforma, que ha llegado hasta donde constitucionalmente ha sido posible en el ámbito de dichos principios rectores, cuyas normas no reconocen derechos constitucionales y poseen una particular efectividad jurídico-constitucional. Los preceptos del capítulo III establecen un distinto deslinde de las relaciones entre la Constitución y los poderes constituidos, y en concreto con el poder legislativo cuya actuación es imprescindible para la efectividad de esos principios y para activar su garantía jurisdiccional, una vez convertidos en derechos legales. Ni que decir tengo que el artículo 49 de la Constitución está dotado de la garantía jurisdiccional del recurso de inconstitucionalidad frente a las leyes que se opongan a sus determinaciones, que son mandatos constitucionales al legislador. El criterio del legislador democrático no es plenamente libre, tampoco en el terreno de los principios rectores orientados a objetivos, pese a que su poder sea “potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución)” (STC 35/1982, FJ 2), antes, al contrario, está obligado a desarrollar esos principios desde su reconocimiento, respeto y protección, así como a tenerlos presentes en la definición, delimitación o diseño de cualesquiera actuaciones o políticas públicas. Pero los preceptos constitucionales que contienen los principios rectores no consagran derechos subjetivos, ni son directa e inmediatamente aplicables, ni vinculan a los particulares, ni poseen un contenido esencial irresistible para el legislador democrático.

Por eso el apartado 1 del nuevo artículo 49 de la Constitución se mueve en el terreno del “*ejercicio*” -del “goce” del artículo 1.1º de la Convención de Naciones Unidas; del “disfrute” del originario artículo 49 de la Constitución- de los derechos previstos en Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. En su primer inciso normativo sienta el principio: que las personas con discapacidad *ejercen* los derechos “previstos en este Título *en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas*”. La formulación es contundente. Resuenan aquí los términos empleados por el artículo 9.2 de la Constitución, del Título Preliminar, precepto constitucional que, como las normas sobre derechos fundamentales, son de distinta naturaleza a las normas que se incardinan en los dominios de los principios rectores. El nuevo artículo 49, apartado 1, parte la titularidad de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, desde luego de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, sin necesidad de formular atribución alguna de esa titularidad, que corresponde efectuar a los preceptos del Capítulo Segundo del mismo Título I, aunque ese derecho fundamental sea el derecho a

la no discriminación frente a la históricamente padecida por las personas discapacitadas como colectivo victimizado. Obviamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado la discapacidad causa de la discriminación constitucionalmente proscrita, aunque no esté relacionada *nominatim* en el artículo 14 de la Constitución, pues está incluida en la referencia abierta del precepto constitucional a “cualquier circunstancia o condición personal” (SSTC 269/1994, FJ 4; 10/2014, FJ 4; 3/2018, FJ 5; 51/2021, FJ 3; 172/2021, FJ 3; 191/2021, FJ 2; 192/2021, FJ 1; 5/2022, FJ 2; 52/2022, FJ 3; 111/2022, FJ 3; 21/2023, FJ 2). Pero en la estructura normativa del apartado 1 del reformado artículo 49 sobra una alusión explícita al derecho a la no discriminación (“*sin que pueda producirse discriminación*”, decían los textos reformadores anteproyectado y proyectado), además de por lo dicho, por exigencias de la lógica constitucional, porque la igualdad real y efectiva no admite y se contrapone a la discriminación.

Ocurre que el artículo 49.1 no puede brindar por sí mismo la garantía de ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en libertad e igualdad reales y efectivas, sino únicamente a través del legislador, sin perjuicio de su valor informativo, pues el reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores de la política social y económica *informan* la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, no pudiendo ser alegados directamente ante los jueces y tribunales, sino de conformidad “con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 CE).

Ha de ser el legislador quien disponga la “protección especial” que sea “necesaria” para dicho ejercicio en libertad e igualdad reales y efectivas. No es dudosa la dificultad en que se verá el juez constitucional para controlar la actividad del legislador orientada al objetivo constitucionalmente marcado en su cumplimiento, esto es, la relación de adecuación medida por la necesidad -¿un juicio de proporcionalidad?- de la protección legal dispensada para la consecución de la libertad e igualdad reales en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Difícilmente, por lo demás, el canon de control de la constitucionalidad, no de la ley, sino de los resultados de la ley, de modo que el legislador haga posible ese ejercicio de derechos constitucionales en condiciones libertad e igualdad reales y efectivas, lo pueda proporcionar la propia ley y pueda pasar de un juicio de proporcionalidad, con sus contenidos de adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta, o, como ha señalado la doctrina constitucionalista, de un juicio de efectividad o de coherencia entre medios y fines. Esa misma doctrina explica que esta es la razón de que los principios rectores de la política social y económica no estén sujetos a un contenido esencial que el legislador ha de respetar, como sucede con los derechos constitucionales (art. 53.1 CE).

El legislador es el estatal, competente para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.^a de la Constitución. Mas allá de esas “condiciones básicas”, son competentes los legisladores autonómicos. Si esa protección especial de ejercicio se regula en determinados ámbitos materiales de actividad política, económica, cultural (la salud, el empleo, el trabajo, la educación, la información y las comunicaciones tecnológicas, los servicios sociales...), ha de estarse al reparto constitucional y estatutario de las competencias.

El nuevo precepto constitucional, al ordenar al legislador regular la “protección especial” que sea necesaria para para el logro del ejercicio efectivo, libre e igual de sus derechos constitucionales por las personas con discapacidad, ofrece asiento a las acciones positivas, cuya legitimidad constitucional el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo desde la STC 269/1994, insistiendo en la necesidad de su adopción para *“promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los miembros de ese colectivo sean reales y efectivas”* (STC 18/2017, FJ 3).

El apartado 2 del artículo 49 renueva y enriquece los mandatos constitucionales de acción de todos poderes públicos en una triple actuación integrada, que, expuesta de forma esquemática, comprende: a) el “impulso” de las políticas de garantía de la plena autonomía personal de las personas con discapacidad, que lo son de su dignidad y libertad personal y de su libre independencia y autodeterminación, y de su inclusión social plena mediante entornos universalmente accesibles para todos, que, sin necesidad de adaptaciones especializadas, franquean esa inclusión y que atienden a la dimensión colectiva, de vida social de las personas con discapacidad; b) el “fomento” de la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en el impulso, diseño y ejecución de esas políticas públicas con una nueva remisión a la ley (“en los términos que la ley establezca”), que tiene aquí la doble finalidad de concebir tal participación como un requisito de configuración legal y no de configuración constitucional, de forma que los problemas que puedan surgir se sitúen en el terreno de la legalidad ordinaria y de la jurisdicción ordinaria, y no en el plano de la constitucionalidad, y de equiparar esa llamada a la participación de organizaciones representativa de intereses -que no son sindicatos, ni asociaciones empresariales, que tienen su función representativa de intereses constitucionalmente garantizada (arts. 7, 28 y 22)- con la que efectúan otros preceptos constitucionales [arts. 36, 51.2, 52, 105.a)], en los que la Constitución encomienda su regulación al legislador; y la “atención particular” de las necesidades específicas de mujeres y menores con discapacidad, justificadas en su especial vulnerabilidad.

El impulso por los poderes públicos de las políticas, incluidas las legislativas, dirigidas al cumplimiento de esos nuevos objetivos, que la *Reforma del artículo 49 de la Constitución* cohonestada con el propósito y los principios generales de la Convención de Naciones Unidas sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad, se traducirá en la organización de servicios públicos que han de prestar el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, en la “intensificación” y “ampliación” de esos servicios públicos, desde luego de “habilitación y rehabilitación” en los distintos ámbitos para que las personas con discapacidad “puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida”, en el lenguaje del art. 26 de la Convención sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad. Además de prestadores de esos servicios, el Estado y las Comunidades Autónomas son reguladores de los mismos y, con las entidades locales, garantes de su prestación en compartición, en los términos establecidos por la ley, con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad.

Sin perjuicio de la universalidad de la accesibilidad de los entornos, en que la libertad e igualdad de las personas con discapacidad se alcanza a partir de la supresión de obstáculos para todos (igualdad sin diferenciación), en los mandatos a los poderes públicos caben acciones positivas para alcanzarlos, así en la atención especial dirigida a las necesidades particulares de las mujeres y de los menores. En todo caso, la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad han de informar, además de la legislación y la acción ejecutiva, la práctica judicial. El reformado precepto constitucional legitima una línea de interpretación judicial con esa “perspectiva”.

En los dos apartados del reformado artículo 49 de la Constitución, la garantía del ejercicio realmente libre e igual de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, la realización de políticas que aseguren su plena autonomía personal y su real inclusión social con participación de sus organizaciones representativas, así como la atención particularizada de las necesidades esenciales de las las mujeres y los menores con discapacidad, son objetivos que responden a los intereses generales de una sociedad democrática igualitaria, inclusiva y cohesionada. Las sociedades democráticas avanzadas no pueden permitirse no serlo.

En su lenguaje y en su contenido, la *Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024*, supone una completa reconstrucción de dicho precepto constitucional. Cuarenta y cinco años después. Difícilmente puede no considerarse esta reforma constitucional un avance en igualdad, hay que esperar que real y efectiva como el precepto constitucional reformado ordena. Aunque tanto se haya hecho esperar, hay que celebrar su necesidad y su justicia.

ESTUDIOS

¿HACIA UN LENGUAJE MÁS INCLUSIVO EN EL DERECHO DEL TRABAJO?¹

Por

JOSÉ LUIS GIL Y GIL
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá

joseluis.gil@uah.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: El tema del uso del lenguaje inclusivo es de una gran actualidad, también en el ámbito del derecho del trabajo. Puede analizarse desde distintos puntos de vista y, en concreto, lingüístico, jurídico y político. De ahí la dificultad para estudiarlo y emitir un juicio crítico ecuánime y establecer un diálogo sosegado y fructífero. El lenguaje inclusivo es una propuesta de reforma lingüística con pretensión normativa que postula el recurso a distintas estrategias de expresión oral o escrita, para evitar una discriminación real o presunta por razón de sexo, género social o identidad de género. Puede considerarse como una modalidad de lenguaje políticamente correcto y, en su formulación más radical, aspira a que el problema que suscita su uso se enfoque, no ya como una cuestión lingüística o gramatical, sino desde una perspectiva basada en los derechos de

¹ En 2023, en un número monográfico de *Noticias Cielo*, se publicó una síntesis, con propósito divulgativo, de las ideas que se mantienen en el trabajo. Con algunas modificaciones, el texto recogía la ponencia “¿Hacia un lenguaje inclusivo en el derecho del trabajo?”, en el seminario virtual *Apostar por el empleo juvenil reforzando las competencias generales y básicas. Especial referencia al uso del lenguaje inclusivo en el ámbito jurídico-laboral*, que organizaron el GID UAH de excelencia *El trabajo del futuro y el futuro del trabajo: innovando en las vías de conexión entre la enseñanza universitaria y el mercado laboral* (FRAFUT) y el GTA 2030 UAH *Alianzas para el futuro del trabajo* (ALFUTRA), y que se celebró el 21 de abril de 2023, en el marco del proyecto de innovación docente *Competencias para la empleabilidad del alumnado: en busca del algoritmo perdido* y la Iniciativa Interuniversitaria de la OIT sobre la justicia social, el trabajo decente y el desarrollo sostenible. Cfr. Gil (2023). Ya antes, tuve ocasión de exponer mi punto de vista sobre el tema en el acto de lectura de la tesis doctoral que presentó Barrado (2020), en la UNED, el 22 de enero de 2021, y que dirigieron los profesores Iciar Alzaga Ruiz y David Lantarón Barquín, a quienes agradezco la oportunidad que me ofrecieron de formar parte del tribunal, con los profesores Ignacio García-Perrote Escartín, como presidente, y Carmen Sánchez Trigueros, como secretaria. Mi más sincero agradecimiento al profesor Luis Enrique de la Villa, que me ha animado a terminar el artículo, y a los colegas y amigos que han leído el trabajo previo o alguno de los borradores y que me han transmitido sus observaciones, críticas, sugerencias o comentarios y, en especial, a Luis Tamarit, José Antonio Ruiz Rojo, Vicente Áyuso, Adoración Pérez Troya, Francisco Vigo, José Manuel del Valle, Guillermo Escobar, José Rafael García de la Calle, Íñigo Sagardoy, José Manuel Martín, Martín Godino, María Jesús Herrera y Alberto Sancho. Han servido para mejorar el texto. Desde luego, los errores son solo míos. Dedico el trabajo a mis padres, Andrea Gil y Francisco Gil.

las mujeres o de las personas no binarias, que incluya las dimensiones política y jurídica. La crítica a esa propuesta de reforma lingüística se articula en torno a dos argumentos: la creación e historicidad del lenguaje y las reglas gramaticales y la belleza del lenguaje. El lenguaje inclusivo no debería imponerse ni prohibirse, sino, a lo sumo, promocionarse. No debería emplearse para ocultar, sino para transformar la sociedad, y debería mirar al presente y al futuro, sin pretender reescribir el pasado. En la medida de lo posible, el uso debería respetar las reglas gramaticales, permitir una comunicación oral y escrita eficaz, optar por alternativas que puedan leerse, no atentar contra la economía y la belleza del lenguaje y no dañar las cualidades del estilo literario, como la claridad, la precisión, la levedad o la belleza. Es poco probable que el lenguaje inclusivo acabe por imponerse, ni en la lengua común, ni en la propia del derecho del trabajo.

PALABRAS CLAVE: Lenguaje inclusivo; corrección política; sexismo; discriminación; Derecho del trabajo.

SUMARIO: Introducción.- I. Concepto. 1.1. ¿Una modalidad de lenguaje políticamente correcto? 1.2. ¿Una perspectiva basada en los derechos?- II. Crítica. 2.1. Creación e historicidad del lenguaje. 2.2. Reglas gramaticales y belleza del lenguaje. 2.3. Conclusiones.- III. Bibliografía.

TOWARDS MORE INCLUSIVE LANGUAGE IN LABOUR LAW?

ABSTRACT: The issue of the use of inclusive language is highly topical, also in the field of labour law. It can be analysed from different points of view, in particular linguistic, legal and political. Hence the difficulty of studying it and making a fair critical judgement and establishing a calm and fruitful dialogue. Inclusive language is a proposal for linguistic reform with normative pretensions that postulates the use of different strategies of oral or written expression in order to avoid real or presumed discrimination on the basis of sex, social gender or gender identity. It can be seen as a form of politically correct language and, in its most radical formulation, aims to approach the problem of its use not as a linguistic or grammatical issue, but from a perspective based on the rights of women or non-binary people, including political and legal dimensions. Criticism of this proposed language reform is articulated around two arguments: the creation and historicity of language and grammatical rules and the beauty of language. Inclusive language should not be imposed or banned, but at most promoted. It should not be used to conceal, but to transform society, and should look to the present and the future, without seeking to rewrite the past. As far as possible, usage should respect grammatical rules, allow for effective oral and written communication, opt for readable alternatives, not undermine the economy and beauty of language, and not damage the qualities of literary style, such as clarity, precision, lightness or beauty. It is unlikely that inclusive language will eventually prevail, either in the common language or in the language of labour law.

KEYWORDS: Inclusive language; political correctness; sexism; discrimination; Labour law.

SUMMARY: Introduction.- I. Concept. 1.1. A form of politically correct language? 1.2. A rights-based perspective?- II. Criticism. 2.1. Creation and historicity of language. 2.2. Grammatical rules and the beauty of language. 2.3. Conclusions.- III. Bibliography.

INTRODUCCIÓN

El tema del uso del lenguaje inclusivo es de una gran actualidad. Además, no es algo acabado, sino un proceso que se halla en marcha², y en que se observa, como en otros

² Así, FondéuRAE rubrica la página web sobre el tema: *Lenguaje inclusivo: una breve guía sobre todo lo que está pasando*, 12 de marzo de 2019, en <http://www.fundeu.es/lenguaje-inclusivo/> (9 de mayo de 2023). En ella, puede encontrarse una síntesis de aspectos tales como el sustantivo

ámbitos, el influjo del pensamiento anglosajón. Por eso, quizá sea mejor hablar de “Hacia un lenguaje más inclusivo o más incluyente”. Y, aún mejor, formularlo como una pregunta. En cada lengua, plantea problemas específicos y requiere emplear estrategias diferentes. El castellano, el francés o el italiano tienen dos géneros gramaticales: el masculino y el femenino. En castellano, cuentan con género el sustantivo, el adjetivo, el artículo y algunos pronombres; en otras lenguas, como el inglés, solo los pronombres de la tercera persona del singular, porque se ha perdido el que poseían los demostrativos y los artículos. Al igual que el latín o el griego clásico, el alemán tiene también un género neutro. Por eso, el lenguaje inclusivo supone un gran reto para los traductores³.

Es una cuestión controvertida, y las creencias u opiniones se hallan muy polarizadas⁴. Promueven el uso del lenguaje inclusivo lingüistas y pensadores de orientación feminista, así como organizaciones internacionales e instituciones públicas. Así, una corriente importante de la lingüística denuncia el sexismo en el lenguaje⁵. La ONU y algunos de sus organismos especializados ofrecen orientaciones para emplear un lenguaje inclusivo

genérico, el femenino de puestos, cargos y profesiones, el desdoblamiento, o los nombres de colectivos y otros recursos.

³ Cfr., por ejemplo, en la prensa, Villena (2020) y Chen (2021). El primero de los artículos recoge la noticia de que el actor Elliot Page, luego de compartir en Twitter que era trans, señalaba que su nombre era Elliot, y que quería que lo llamasen *he* (“él”) o *they* (“elle”). Así, por ejemplo, habría que decir “elle está contente”. El plural de “elle” es “elles”.

⁴ Careaga (2002), Martínez (2008), Bosque (2012), Fábregas, Horno, Gumiel, Martí y otros (2012), Grijelmo (2019), Sarlo y Kalinowski (2019), Academia Chilena de la Lengua (2020), Álvarez de Miranda (2021), Escaja y Prunes (eds.) (2021), Instituto Cervantes (2021), Vasallo (2021), Villanueva (2021), Martín Barranco (2022), Rodríguez Ponce (2022), García Montero (2023) y Montolío y Yúfera (2023). Acerca de la situación en otros países, cfr. Goddard y Patterson (2005), Mills (2008), Mills y Mullany (2011), Blake (2019: 105 ss), Eisenberg (2020), Payr (2021 y 2023), Redl, Frank, Swart y Hoop (2021) y, en la prensa, Lozano (2021), Libreros (2023) y “Lenguaje inclusivo: cómo se aplica en distintos países”, 12 de julio de 2022, en <https://noticias.perfil.com/noticias/informacion-general/lenguaje-inclusivo-como-se-aplica-en-distintos-paises.phtml> (21 de diciembre de 2023). Sobre el tema en el lenguaje jurídico, cfr. Astola (2008), Balaguer (2008), Guerrero y Lledó (2008), Centenera (2010 y 2013), Bengoechea (2011), Rubio y Bodelón et alii (2011), Rubio y Bodelón (2012), Rubio (2016), Marrades, Calero, Sevilla y Salazar (2019), Cavagnoli y Mori (eds.) (2022), *Accademia della Crusca* (2023) y los trabajos del seminario *Apostar por el empleo juvenil reforzando las competencias generales y básica. Especial referencia al uso del lenguaje inclusivo en el ámbito jurídico-laboral*: Gil y Ushakova (2023), Gil (2023), Escobar (2023), García de la Calle (2023), Ushakova (2023), Fernández Martínez (2023) y Celi (2023).

⁵ Mercedes Bengoechea es una de las voces más conocidas de esa visión. Basta citar, por ejemplo, el título de una de sus intervenciones, de 2019: “Razones de la lingüística feminista para abogar por un lenguaje inclusivo” (Bengoechea, 2019a). Por lo que ahora interesa, la lingüista presenta el lenguaje inclusivo como una exigencia de la modernidad, y defiende el lenguaje jurídico no sexista como un principio fundamental del lenguaje jurídico modernizado del siglo XXI. Cfr. Bengoechea (1999, 2001a, 2003, 2005, 2009, 2011, 2014, 2019a, 2021 y 2023), Bengoechea (coord.) (2009) y, asimismo, el documento, sin fecha, “Guía para la revisión del lenguaje desde la perspectiva de género”, BFA/DFB, 83 pp., en <https://www.bizkaia.eus/home2/Archivos/DPTO1/Noticias/Pdf/Lenguaje%20Gu%C3%ADa%20lenguaje%20no%20sexista%20castellano.pdf?hash=3cfa459164dfa8f96d3d0b3c2d916b3e> (9 de mayo de 2023). De especial interés, para conocer el punto de vista de la autora, son las sugerencias que lleva a cabo para evitar el sexismo en el ámbito laboral (Bengoechea, 2019b).

en cuanto al género en varias lenguas, incluido el castellano⁶. En 2011, la OIT adoptó una resolución relativa a la igualdad de género y el uso del lenguaje en los documentos jurídicos de la organización⁷. En el ámbito europeo, tanto la Unión Europea⁸ como el Consejo de Europa⁹ promueven la utilización no sexista del lenguaje. Entre las instituciones públicas nacionales, destaca la labor del Instituto de las Mujeres, dependiente del Ministerio de Igualdad, que dedica al lenguaje jurídico uno de los números de la serie sobre el lenguaje¹⁰, y que recopila, en un documento, varias guías para el uso no sexista del lenguaje¹¹. También han elaborado sugerencias para evitar el lenguaje sexista las Cortes Generales¹²; otros ministerios, como el de Justicia¹³; administraciones, como el Ayuntamiento de Barcelona¹⁴; u organismos, como el Consejo General del Poder Judicial¹⁵, el Tribunal de Cuentas¹⁶, o el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo¹⁷. Las universidades son muy activas en la promoción

⁶ Cfr. Naciones Unidas, “Lenguaje inclusivo en cuanto al género”, en <https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/index.shtml> (9 de mayo de 2023), y, asimismo, ACNUR, “Recomendaciones para el uso de un lenguaje inclusivo de género”, en <https://www.acnur.org/media/recomendaciones-para-el-uso-de-un-lenguaje-inclusivo-de-genero> (15 de mayo de 2023), y UNESCO (1999).

⁷ OIT (2011a y 2011b) y Barrado (2020), que postula la adopción de un instrumento de derecho internacional del trabajo y, en concreto, una Recomendación sobre el lenguaje inclusivo.

⁸ Parlamento Europeo (2008 y 2018). Cfr. Rituerto (2009) para un análisis del informe del Parlamento Europeo, de 2008.

⁹ La Recomendación CM/Rec(2019)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para prevenir y combatir el sexismo, de 27 de marzo de 2019, 17 pp., en <https://rm.coe.int/def-26-09-19-recomendacion-consejo-de-europa-sexismo/1680981feb> (3 de agosto de 2023), recuerda recomendaciones precedentes, e insta a los Estados miembros a eliminar el lenguaje sexista de todos los sectores y a revisar todas las normas y políticas públicas, para identificar el lenguaje sexista y los estereotipos y modificarlos, incluyendo un lenguaje neutral desde la perspectiva del género. Cfr. Consejo de Europa (2019).

¹⁰ Instituto de la Mujer (2008). Los demás números de la serie sobre el lenguaje pueden consultarse en <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/AreaEducacion/MaterialesDidacticos/SerieLenguaje.htm> (11 de mayo de 2023).

¹¹ Cfr. la página <https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/GuiasLengNoSexista/Guias.htm> (11 de mayo de 2023), que recoge una cita de Virginia Woolf: “en realidad nada ocurre, hasta que se describe”.

¹² Cortes Generales (2023).

¹³ Ministerio de Justicia (2023).

¹⁴ Ayuntamiento de Barcelona (2019).

¹⁵ Cfr. CGPJ (2009) y García de la Calle (2023), acerca del lenguaje inclusivo en el orden social de la jurisdicción.

¹⁶ Cfr. el documento *Sugerencias para uso no sexista del lenguaje administrativo del Tribunal de Cuentas*, 5 pp., en <https://www.tcu.es/export/sites/default/galleries/pdf/Sugerencias-para-uso-no-sexista-del-lenguaje-administrativo-del-TCu.pdf>.

¹⁷ INSST (2021).

del lenguaje inclusivo, aunque es significativo el cambio de criterio, en fechas recientes, de la Universitat de Barcelona¹⁸. También los sindicatos más representativos CC.OO. y UGT han publicado guías para un uso no sexista del lenguaje en las relaciones laborales y en el ámbito sindical¹⁹. Hay ya convenios colectivos redactados en lenguaje inclusivo²⁰. En fin, se han elaborado herramientas para corregir el lenguaje sexista en los textos, como el programa *Nombra en Red*, que, instalado en el ordenador, como cualquier diccionario electrónico, sirve para consultar las dudas y evitar la utilización de un lenguaje sexista en los textos²¹; el corrector online *Themis* para lenguaje no sexista²², o *La lupa violeta*, un programa corrector de lenguaje sexista para Word²³. Pero también son muchos los detractores, en particular lingüistas²⁴ y escritores de prestigio, como Javier

¹⁸ Cfr., por ejemplo, las guías que han elaborado la Universitat Autònoma de Barcelona (2011); la Universidad Autónoma de Madrid (2022), que aceptó, como propia, el CSIC (2019), o la Universidad de Alcalá (2020a y 2020b: 10 y 11) y, asimismo, Guerrero (2021) y Celi (2023) y, en la prensa, Marbán (2023a). En la instrucción 1/2023, de 27 de julio, la Universitat de Barcelona aduce que la eficacia normativa y la seguridad jurídica propias de reglamentos, instrucciones, protocolos y otras normas exige una redacción clara, concisa y precisa, que puedan entender todos. En las disposiciones normativas, el texto adopta el masculino como genérico; desestima los desdoblamientos sistemáticos del masculino y el femenino, y argumenta que, desde el punto de visto lingüístico, el uso del masculino como género gramatical no marcado no excluye ni a las mujeres ni a las personas no binarias. Sin embargo, en el caso de disposiciones normativas sensibles, cuyo objeto regule la cuestión del género o la igualdad, admite excepcionalmente el uso discrecional de las formas dobles en singular -masculino y femenino a la vez-, cuando exista la necesidad explícita de dar visibilidad a la presencia de las mujeres. Cfr. Universitat de Barcelona (2023) y, en la prensa, Anguera (2023), Ferro (2023), Marbán (2023b) y Serrano (2023b) y “La Universitat de Barcelona crea una comisión para revisar su rechazo al lenguaje inclusivo”, *Público*, 13 de noviembre de 2023.

¹⁹ CC.OO. (2007 y 2019) y UGT (2021).

²⁰ Para un modelo de regulación, cfr. la resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra el IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE de 17 de mayo de 2019). El convenio incluye en su ámbito de aplicación al “personal laboral”. Por citar algún precepto, el artículo 20 regula los “derechos y garantías de quienes conforman la Comisión Paritaria y Subcomisiones Paritarias”, y se refiere a la “representación de la parte social de la Comisión Paritaria y de sus Subcomisiones Paritarias”, y a “las personas que forman parte de las Subcomisiones Paritarias”. Al regular el periodo de prueba, el artículo 32 habla del “personal de nuevo ingreso” y, en varios apartados, de “trabajadores o trabajadoras”, o de “trabajador o trabajadora”. También señala que “la persona tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su grupo profesional y al puesto de trabajo que desempeña, como si fuera de plantilla”, y que “del fin de las relaciones laborales reguladas en este artículo se informará a quienes representan a los trabajadores y trabajadoras” (art. 32.3). En fin, el convenio colectivo usa, de forma sistemática, y con buen criterio, todas las estrategias de lenguaje inclusivo.

²¹ Cfr. “Nombra.en.red. Instala el programa en tu ordenador”, en <https://www.mujiresenred.net/spip.php?article863> (18 de agosto de 2023), y “Nombra en red: recurso informático para facilitar los usos no sexistas e inclusivos del lenguaje”, en <https://saludcomunitaria.wordpress.com/2017/12/26/nombra-en-red-recurso-informatico-para-facilitar-los-usos-no-sexistas-e-inclusivos-del-lenguaje/> (18 de agosto de 2023). No he conseguido descargar el programa gratuito.

²² <https://themis.es/> (18 de agosto de 2023).

²³ <https://www.mujiresenred.net/spip.php?article1558> (18 de agosto de 2023).

²⁴ Cfr., por ejemplo, Roca (2005a, 2005b, 2009 y 2013a y 2013b), Martínez (2008), Bosque (2012), Fábregas, Horno, Gumiel, Martí y otros (2012), o Pons (Sáliche, 2023). En 2021, se ha

Marías²⁵, Arturo Pérez-Reverte²⁶, Julio Llamazares²⁷, Félix de Azúa²⁸, Vargas Llosa²⁹, Fernando Savater³⁰, o Julia Navarro³¹. La RAE rechaza o desaconseja su uso, y, a petición del gobierno, emitió, el 16 de enero de 2020, un informe crítico sobre el lenguaje inclusivo en la CE³². También ha aclarado, el 13 de febrero de 2024, los puntos en que discrepa de las Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje en la Administración parlamentaria, acordadas en la Reunión de la Mesa de las Cortes Generales del 5 de diciembre de 2023³³. Para la RAE, utilizar el lenguaje inclusivo “supone alterar artificialmente el funcionamiento de la morfología de género en español bajo la premisa subjetiva de que el uso del masculino genérico invisibiliza a la mujer”³⁴.

publicado el libro *Som dones, som lingüistes, som moltes i diem prou*, en que 70 mujeres, casi todas feministas y profesionales de la lengua, escriben de forma crítica sobre el lenguaje inclusivo. Cfr. Junyent Figueras, M. Carme (ed.) (2021) y, en la prensa, Hermoso (2022) y Grijelmo (2022e). Puede consultarse la página <https://www.uvic.cat/es/noticias/som-dones-som-linguistes-som-moltes-i-diem-prou-el-nuevo-libro-de-eumo-editorial> (21 de marzo de 2023).

²⁵ Marías (1995, 2006, 2008a, 2008b y 2019b). Habla de “cursilerías lingüísticas” y de “narices con poco olfato”, para censurar a quienes acostumbran a meterlas en todo, con poco criterio, y, en particular, en el modo en que deben hablar y escribir los demás. A mi juicio, cabría hablar también, con propiedad, de “narices fisgonas”.

²⁶ Cfr. “Arturo Pérez-Reverte dejará la RAE si se cambia la redacción de la Constitución por un lenguaje inclusivo”, *El País*, 21 de julio de 2018.

²⁷ Llamazares (2018).

²⁸ Cfr. Seisdedos (2019).

²⁹ Cfr. “El feminismo y el lenguaje inclusivo según Vargas Llosa”, en <https://www.youtube.com/watch?v=kgoW0jtXZdU> (21 de octubre de 2023); “Mario Vargas Llosa explica por qué considera al lenguaje inclusivo ‘completamente ridículo’”, en <https://www.youtube.com/watch?v=hpjxkJgHD3E> (21 de octubre de 2023); “Mario Vargas Llosa sobre el lenguaje inclusivo”, en <https://www.youtube.com/watch?v=5UwdaXsIF6I> (22 de octubre de 2023), o “Vargas Llosa sobre el lenguaje inclusivo (Entrevista)”, en <https://www.youtube.com/watch?v=KYHIG58M3x4> (22 de octubre de 2023), Ortega (2021) y “‘Es una estupidez’: El día que Mario Vargas Llosa se burló del lenguaje inclusivo y el uso de ‘Todes’”, 28 de agosto de 2021, en <https://www.fondodeculturaeconomica.com/Noticia/6865> (21 de octubre de 2023).

³⁰ Savater considera que no es la vía para lograr la inclusión en la sociedad. Cfr. Linares (2022).

³¹ Julia Navarro cree que es una impostura. Cfr. Serrano (2023a).

³² RAE (2020). Puede consultarse un resumen de la intervención del director de la RAE, en la rueda de prensa celebrada el día 20 de enero de 2020, para presentar el informe, en <https://www.rae.es/noticia/resumen-de-la-intervencion-del-director-de-la-rae-en-la-rueda-de-prensa-celebrada-el-dia-20> (11 de mayo de 2023). Ya antes, Bosque (2012) había analizado y criticado, con rigor, las guías de lenguaje inclusivo que habían editado varias instituciones. El informe suscitó una gran polémica. Fábregas, Horno, Gumiel, Martí y otros (2012) firmaron un manifiesto de apoyo, al que se han adherido más de mil personas. Cfr. Álvarez (2020 y 2023), Marrades, Sevilla y Octavio (2020) y Escobar (2023) acerca del lenguaje inclusivo y la CE.

³³ RAE (2024).

³⁴ Cfr. los posts de 21 de febrero y 19 de julio de 2019, en <https://twitter.com/RAEinforma/status/1098586036010213376> y <https://twitter.com/RAEinforma/status/1145617521153847297> (8 de enero de 2024), la relación de tuits redactados por el departamento de “Español al día” en RAE (2020: 63 ss) y, asimismo, García (2021).

La postura de la RAE coincide con la de otras instituciones, como la *Académie française*³⁵, la *Accademia della Crusca*³⁶, o el *Institut d'Estudis Catalans*³⁷.

La dificultad para estudiar el tema y emitir un juicio crítico ecuánime y establecer un diálogo sosegado y fructífero deriva de la posibilidad de analizarlo desde distintos puntos de vista y, en concreto, lingüístico, jurídico y político³⁸. Si nos atenemos tan solo a las reglas gramaticales, resulta claro el carácter puramente gramatical del género en el castellano, y el error que supone identificarlo con el sexo biológico, o con el género en

³⁵ Cfr. Académie française (2017 y 2019). También ha sido una detractora tenaz del lenguaje inclusivo, hasta su muerte a los 94 años, el pasado 5 agosto de 2023, Hélène Carrère d'Encausse, *Madame le secrétaire perpétuel de l'Académie française*, historiadora de Rusia y la URSS, y premio Princesa de Asturias de Ciencias Sociales 2023. Consideraba que debe ser invariable el género de una función, como la de embajador o secretario de la academia, sea hombre o mujer quien la ocupe. Por eso, pedía que se la llamase, sin feminizar el cargo, la señora “secretario perpetuo” de la Académie française. Cfr. Carrère d'Encausse y Lambron (2021) y, en la prensa, Bassets (2021 y 2023a) y González (2023). En Francia, la clase política ha resistido mejor que en otros países a la moda, que puede considerarse como una manifestación más de anglocentrismo. Así, el 30 de octubre de 2023, el presidente de Francia, Emmanuel Macron, dejó clara su oposición a utilizar el lenguaje inclusivo, e instó a no ceder ante “los aires de los tiempos”, dado que, en francés, “el masculino es lo neutro”, y puede representar tanto a los hombres como a las mujeres. Indicó que, para que sea legible, no resulta necesario añadir puntos en la mitad de las palabras, ni guiones. Aunque respaldó una lengua “viva”, que puede “inspirarse en otras”, e incluso “robar palabras”, defendió la importancia de una lengua común, y consideró que deben defenderse “los cimientos, las rejas de su gramática”. Cfr. “Macron llama a no ceder ‘a los aires de los tiempos’ con el lenguaje inclusivo: ‘El masculino es neutro’”, *Europa Press*, 30 de octubre de 2023, en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-macron-llama-no-ceder-aires-tiempos-lenguaje-inclusivo-masculino-neutro-20231030143736.html> (4 de noviembre de 2023). Ese mismo día, unas horas después, el Senado adoptó, por 221 votos a favor y 82 en contra, una proposición de ley para prohibir el uso del lenguaje inclusivo en los textos legales y reglamentarios, pero también en los contratos de trabajo o los reglamentos de régimen interior de las empresas: cfr. la *Proposition de loi visant à protéger la langue française des dérives de l'écriture dite inclusive*, en <https://www.senat.fr/travaux-parlementaires/textes-legislatifs/la-loi-enclair/proposition-de-loi-visant-a-interdire-lusage-de-lecriture-inclusive.html> (10 de enero de 2024) y, en la prensa, Derdevet (2023).

³⁶ En la respuesta a la pregunta sobre la escritura no sexista en los documentos judiciales, que plantea la Comisión de Igualdad de Oportunidades del Consejo de Gobierno de la Corte de Casación, la *Accademia della Crusca* (2023: 3 ss.) aconseja evitar los desdoblamientos, el artículo delante de los apellidos de la mujer y los signos heterodoxos, y considera apropiado usar en femenino los nombres de oficios y profesiones y conservar el masculino como género no marcado. Recalca que, en una lengua como el italiano, con dos géneros gramaticales, el masculino y el femenino, el masculino plural no marcado sigue siendo el mejor instrumento para que se sientan representados todos los géneros y orientaciones. Cfr., en la prensa, Zennaro (2023) y Libreros (2023) y, asimismo, ya antes, Indiano (2020). Cfr. *Accademia della Crusca* (2017) sobre los femeninos en las profesiones y cargos.

³⁷ El Institut d'Estudis Catalans (2023) ha rechazado el mal uso del lenguaje inclusivo en catalán, porque contraviene la gramática de la lengua. En la sesión plenaria de 20 de octubre de 2023, la Sección Filológica del DIEC ha aprobado un documento, en el que analiza la compatibilidad de los recursos estilísticos de los usos no sexistas con la normativa lingüística de la lengua catalana. El IEC repasa las diversas formas estilísticas con las cuales a menudo se intenta incluir la presencia de géneros diferentes del masculino y visibilizar la presencia de mujeres dentro de un grupo. Esas incluyen el desdoblamiento de sustantivos, el uso de la terminación en i, con formas como “ellis” o “totis”, o el uso del femenino genérico. El Institut concluye que algunas de esas fórmulas pueden dar lugar a confusión y, a menudo, resultan innecesarias o artificiosas. Cfr. Ramajo (2023).

³⁸ RAE (2020: 8 y 16).

cuanto construcción sociocultural³⁹. En la gramática, el género sirve, en particular, para clasificar los sustantivos en masculinos, femeninos y, en algunas lenguas, como el alemán, también en neutros. Es, pues, una propiedad gramatical que permite establecer clases morfológicas de sustantivos. En rigor, en castellano, no hay sustantivos neutros⁴⁰. Que un sustantivo tenga un género u otro, depende de la tradición y del acuerdo de los hablantes. En alemán, y a diferencia de cuanto sucede en castellano, francés o italiano, la muerte tiene género masculino *-der Tod-*. Asimismo, el sol tiene género femenino *-die Sonne-*, y la luna *-der Mond-*, masculino. ¿Deduiremos de esa constatación que los hablantes del alemán tienen una concepción distinta sobre la muerte, o acerca de las propiedades del sol o de la luna? En la mayoría de los sustantivos, el género no se asocia a ninguna diferencia semántica. Así, no hay ninguna razón semántica para que el género de *árbol* sea masculino, y el de *flor*, femenino. De hecho, en el latín clásico, la palabra *árbol* tenía género femenino. Si dijésemos que, siendo el árbol una palabra de género masculino, a la que podrían asociarse los caracteres propios de la masculinidad, a diferencia de la flor, de género femenino, que podría vincularse a los propios de la femineidad, ¿cómo explicaríamos luego que ese ente masculino tenga diversas partes, como las raíces, las ramas o las hojas, todas ellas de género femenino, y solo el tronco de género masculino? ¿Será acaso tan solo el tronco enhiesto el símbolo de la masculinidad del árbol, mitigado y aun anulado por el carácter femenino de las raíces, las ramas y las hojas? Baste ese ejemplo, quizá poco afortunado, para poner en duda la opinión de quienes consideran que el género gramatical determina o condiciona nuestra visión del mundo, por lo que hace al sexo biológico o al género sociocultural. El género gramatical puede guardar relación con el sexo, el tamaño o la cantidad⁴¹. En la mayor

³⁹ Cfr. la voz “género”, del Diccionario panhispánico de dudas, que elabora la RAE (2005), y la síntesis en la unidad “Morfología 3. Género y sexo”, en la página <https://lenguaparalacuarentena.weebly.com/morfologiacutea-3.html> (11 de mayo de 2023), que elaboran Lola Burgos Ballester, Alba Garraleta González y María Pascua Sánchez, alumnas del máster de formación de profesorado de la Universidad de Alcalá. Cfr. Burgos, Garraleta y Pascua (2020). También la ONU destaca que es importante no confundir el género gramatical, como categoría que se aplica a las personas, con el género como construcción sociocultural, que hace referencia a los roles, comportamientos y atributos que una sociedad determinada, en un momento preciso, considera apropiados para los seres de cada sexo, ni con el sexo biológico, como rasgo biológico propio de los seres vivos. Cfr. ONU, “Orientaciones para el empleo de un lenguaje inclusivo en cuanto al género en español”, en <https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/guidelines.shtml> (2 de enero de 2024). En la actualidad, según la tercera acepción de la palabra, “género” es el “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”: cfr. <https://dle.rae.es/g%C3%A9nero?m=form> (6 de febrero de 2024). Para un caso de discriminación por identidad sexual, cfr. la STC 67/2022, de 2 de junio, y, en la doctrina, Fernández-Rivera (2022).

⁴⁰ Martínez (2008: 93) recuerda que el género neutro propiamente dicho se da solo como forma diferenciada en el artículo (*lo*), en los demostrativos (*esto*, *eso*, *aquello*), en los pronombres personales (*ello*), o los indefinidos *algo* y *nada*.

⁴¹ Martínez (2008: 93 ss.).

parte de los sustantivos, el género no significa nada: no hace referencia a nada exterior a la lengua, y solo tiene una función constructiva como enganche para la concordancia⁴². Que el masculino actúe como el género no marcado, según ocurre en nuestra lengua, es una convención de la comunidad lingüística, que podría cambiar en el futuro, y que no supone discriminación alguna para la mujer⁴³. Ahora bien, el debate que plantea el lenguaje inclusivo desborda los límites de la gramática y el estilo literario, y tiene una dimensión política e ideológica⁴⁴. El lenguaje también es un instrumento de poder, como subraya Lewis Carroll, en un pasaje célebre de *Through the Looking-Glass and What Alice Found There*⁴⁵. Si situamos la discusión en el plano político o ideológico, caben múltiples postulados o creencias, y el intercambio de ideas se torna difícil. En general, los partidarios más entusiastas y radicales del lenguaje inclusivo pertenecen al movimiento feminista o son de izquierdas o progresistas, y los detractores más contumaces y acérrimos, de derechas o conservadores. Pero convendría huir de esa identificación simplista, y de la equiparación de la defensa del lenguaje inclusivo con la modernidad y el avance social, y de la crítica u oposición, con el pasado y el espíritu reaccionario o retrógrado. No todos los que propugnan el uso del lenguaje inclusivo son verdaderos progresistas. No todos los que abominan de su uso son machistas, conservadores, reaccionarios o retrógrados⁴⁶. Cabe cuestionar el medio que proponen

⁴² Martínez (2008: 94).

⁴³ RAE (2005), apartado 2.1; Bosque (2012: 4 ss.), y Fábregas, Horno, Gumiel, Martí y otros (2012), apartado 3.3. Cfr. Grijelmo (2022d) acerca de la expresión “masculino genérico”. En la introducción al librito *Come si fa una tesi di laurea*, Eco (2001: 10) escribe: “Il discorso che segue riguarda ovviamente studenti e studentesse, così come riguarda professori e professoressa. Siccome la lingua italiana non provvede espressioni neutre che valgano a indicare entrambi i sessi (gli americani stanno gradatamente usando ‘person’, ma sarebbe ridicolo dire ‘la persona studente’ o ‘la persona candidata’) mi limito a parlare sempre di *studente, candidato, professore e relatore*”. Aclara: “Senza che quest’uso gramaticale celi una discriminazione sessista”. Y, con ironía, en una nota a pie de página, concluye: “Mi si potrà domandare perché allora non ho sempre usato *studentessa, professoressa eccetera*. È perché lavoravo su ricordi ed esperienze personali e così mi immedesimavo meglio”.

⁴⁴ RAE (2020: 8 y 16). También Escobar (2023: 3) subraya que “esto es hacer política con el lenguaje, pretender decir a la gente cómo debe hablar, y quizás hasta controlarnos cómo hablamos y castigarnos si no hablamos como ellos (o más bien ellas) quieren, aunque todo esto se encubra bajo una casi beatífica propuesta de transformación social”. Cfr. Orwell (1946) sobre la política y el lenguaje. Puede consultarse también la traducción al castellano: “La política y el lenguaje inglés”, 15 pp., en <https://bioinfo.uib.es/~joemi/RecEscr/Politicayidioma.pdf> (24 de agosto de 2023).

⁴⁵ En el capítulo VI, que lleva por título *Humpty Dumpty*, Lewis (1871: 269) escribe: “When I use a word, ‘Humpty Dumpty said, in rather scornful tone, ‘it means just what I choose it to mean - neither more nor less.”

“The question is,” said Alice, “whether you *can* make words mean so many different things.”

“The question is,” said Humpty Dumpty, “which is to be master - that’s all.”

⁴⁶ Por eso, llaman la atención ciertas noticias de prensa, como la que recoge Navarro (2023), sobre la denuncia de los padres de un instituto de Valladolid a un profesor que obligaba a los alumnos a tachar el lenguaje inclusivo de los libros. Parece claro que, aunque no puede obligar a

los partidarios de ese lenguaje, y, al mismo tiempo, considerar como uno de los fines más nobles, justos y necesarios del siglo XXI, junto con la preservación del planeta, el logro de una mayor igualdad entre los seres humanos y la erradicación de las discriminaciones por razón de sexo o género⁴⁷.

Al igual que sucede en otras controversias, la precomprensión, en la terminología de la hermenéutica, desempeña aquí un papel relevante⁴⁸. Al enjuiciar si es o no sexista o inclusivo decir o escribir “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo” (art. 35.1 CE), o “La ley regulará un estatuto de los trabajadores” (art. 35.2 CE), resulta esencial el punto de partida o precomprensión que adopte el intérprete. Los defensores del lenguaje inclusivo critican el uso del masculino genérico, por entender que es sexista y no da visibilidad a la mujer⁴⁹. Partiendo de ese postulado o axioma, elaboran propuestas y estrategias para evitar lo que consideran sexismo en el lenguaje, y para lograr un lenguaje más moderno e incluyente⁵⁰. Por su parte, los detractores

los estudiantes a tachar los pasajes de lenguaje inclusivo de un manual, un profesor tiene derecho a cuestionar la visión del mundo que refleja un texto que no es sagrado, como la Biblia o el Corán. En ese artículo, la argumentación de quienes propugnan el lenguaje inclusivo se funda en postulados. Así, Cristina Fulconis, presidenta del sindicato de enseñanzas Stecyl, lamenta y condena lo ocurrido: “El uso del lenguaje inclusivo es fundamental para seguir avanzando en la igualdad entre mujeres y hombres”. Algunos comentarios de los lectores no tienen desperdicio. Más curiosa aún es la selección de las noticias relacionadas, y que *El País* agrupa en la rúbrica “Más información”. Una da cuenta de la investigación a un profesor que grababa alumnas desnudas; otra, de cinco víctimas de acoso escolar que conviven con sus agresores. Cfr. Peinado (2023) y Martínez (2023). La noticia no ha pasado desapercibida. Cfr. Soto (2023) y Fernández (2023a y 2023b).

⁴⁷ Con razón, Cercas (2023) subraya que compartir esos ideales no impide criticar algunos excesos, como la consideración, por la revista *Sight&Sound*, de *Jeanne Dielman*, la película de Chantal Akerman, como la mejor película de la historia: “empeñarse en descubrir las Cervantes y Ford escondidas conduce a la frustración y la melancolía; inventárselas, como ha hecho S&S, conduce a la estafa”. Y es que “la causa de la igualdad entre hombres y mujeres es la más justa de nuestro tiempo. Pero —insisto también— una buena causa bien defendida es una buena causa, mientras que una buena causa mal defendida corre el riesgo de convertirse en una mala causa. No es el fin lo que justifica los medios sino los medios los que justifican el fin. Inventar un pasado mejor de lo que fue sólo contribuye a preparar un futuro peor de lo que podría ser”.

⁴⁸ Al principio del proceso del comprender existe, en general, una conjetura de sentido, aunque sea vaga, que suele incluirse en una, todavía fugaz, primera mirada. El intérprete está capacitado para esto en virtud de una *precomprensión* con la que penetra el texto (Larenz, 1979: 196). La precomprensión, que es la “primera de todas las condiciones hermenéuticas” (Gadamer, 1975: 364), viene constituida por las anticipaciones de sentido y por los proyectos de solución que guían al intérprete en la comprensión del texto (Gadamer, 1975: 331 ss.). Cfr. Esser (1972) acerca de la precomprensión y la metodología jurídica.

⁴⁹ Azúa señala que, con respecto al argumento tan manido de la “visibilización” de la mujer, será, más bien, de “sonorización”. Cfr. Seisdedos (2019). Frente a quienes consideran que la mujer resulta “invisible” en el habla, también Marías (2008b) alega que sería, más bien, “inaudible”.

⁵⁰ Cfr., por ejemplo, ONU, “Lenguaje inclusivo en cuanto al género”, en [https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/#:~:text=Por%20%E2%80%9C%20lenguaje%20inclusivo%20en%20cuanto,sin%20perpetuar%20estereotipos%20de%20g%C3%A9nero](https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/#:~:text=Por%20%E2%80%9C%20lenguaje%20inclusivo%20en%20cuanto,sin%20perpetuar%20estereotipos%20de%20g%C3%A9nero.). (21 de agosto de 2023), Lledó (2015), Bengoechea (2021) y Cortes Generales (2024: 2 ss) y, en el ámbito laboral, Bengoechea (2019b) y Pacto Mundial (2022).

entienden que quienes propugnan un lenguaje más inclusivo parten de una convicción o premisa errónea, porque la lengua no es sexista, y solo puede serlo su uso⁵¹, para ofrecer luego alternativas que, en muchos casos, violentan la gramática, buscan reescribir el pasado y atentan contra la economía y la belleza del lenguaje.

Antes de continuar, conviene tener en cuenta que se emplean distintas expresiones para aludir al proceso, tales como lenguaje no sexista, inclusivo o incluyente, no binario, de género neutro, o neutro o neutral por razón o en cuanto al género, o desde la perspectiva de género⁵². A mi juicio, las más omnicomprendivas son las de lenguaje inclusivo o incluyente y lenguaje neutro en cuanto al género. Tanto una como otra, engloban la problemática que suscita la nueva sensibilidad en cuanto al género, ya sea de las mujeres con respecto a los hombres, o de las personas no binarias, con relación a los hombres y mujeres. Y evitan el problema que plantea la noción de lenguaje no sexista: dar a entender que quienes no secundan o aplican los recursos que proponen las guías o recomendaciones incurrir en una discriminación, al expresarse en un lenguaje sexista. Así pues, en lo que sigue, hablaré de lenguaje inclusivo.

La exposición se divide en dos partes. Al análisis del concepto (1), sigue una crítica del lenguaje inclusivo (2).

I. CONCEPTO

Hay una relación mutua o recíproca entre el lenguaje y el pensamiento. El lenguaje nos permite pensar, y el pensamiento crea el lenguaje. Podría traerse aquí a colación la teoría de Sapir-Whorf, en el campo de la lingüística, que trata de averiguar hasta qué

⁵¹ Grijelmo (2018). En este sentido, Pons destaca que “la lengua no es racista, no es feminista, no es abarcadora”, y que “la lengua no es sexista, es sexista el uso que hacemos de ella”. Y concluye que “es la realidad la que crea la palabra, no la palabra la que crea la realidad”. Cfr. Sáliche (2023). García Meseguer (1994) sostiene que, en castellano, el sexismo lingüístico no se debe a la lengua como sistema, sino al mal uso de ella, originado por una mala traducción de carácter patriarcal. Por su parte, en el apartado 3 de su manifiesto, Fábregas, Horno, Gumiel, Martí y otros (2012), distinguen tres niveles: el léxico, el morfológico y el gramatical. A su juicio, no cabe duda de que el léxico español refleja, de numerosas formas, estereotipos culturales discriminatorios para la mujer. En el nivel morfológico, es indudable que la ausencia de forma femenina de muchos nombres de oficio se debe a la inexistencia en el pasado y escasez en el presente de mujeres que ocupen dicha profesión, y que los usos están cambiando, sin necesidad de que nadie los imponga desde arriba, y que secuencias que hace años se sentían como extrañas, como jueza o presidenta, se han ido acomodando en el uso. En fin, consideran que es radicalmente falsa la acusación de que la gramática sea sexista por permitir decir, por ejemplo, que todos los españoles son iguales ante la ley, para englobar así a los españoles y españolas.

⁵² Bengoechea (2023) distingue entre el lenguaje no sexista, el lenguaje inclusivo en sentido estricto y el lenguaje *queer*. En la página https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus/terms/1354?language_content_entity=es (4 de noviembre de 2023), aparecen los términos “lenguaje (uso) no sexista/lenguaje inclusivo”. Puede verse la equivalencia en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea, como *geschlechtersensible Sprache*, *gender-sensitive language*, *langage sensible au genre*, *linguaggio sensibile al genere*, o *linguagem sensível ao género*.

punto el lenguaje, con su léxico y estructuras gramaticales, determina la visión del mundo que tiene una comunidad lingüística⁵³. El también llamado relativismo lingüístico sostiene que la lengua da forma al pensamiento. Simplificando mucho, la hipótesis puede adoptar dos formulaciones. Según la primera, más radical, y que se conoce como determinismo lingüístico, la lengua determina el pensamiento, y las categorías lingüísticas limitan y determinan las categorías cognitivas. De acuerdo con la segunda, más laxa, las categorías lingüísticas tan solo influyen en el pensamiento y las decisiones. Sin entrar a valorar ahora la corrección de la teoría, parece claro que existe una relación estrecha entre el lenguaje y el pensamiento, aunque se discuta cuándo surge y la influencia que el uno ejerce sobre el otro. El lenguaje influye en el pensamiento, y las distintas lenguas tienen formas diferentes de estructurarlo. Cabe aventurar también la hipótesis de que cierto tipo de pensamiento requiere o depende de una cierta clase de lenguaje, y de que ambos se influyen⁵⁴.

Al definir el concepto de lenguaje inclusivo, conviene tener presente que hay dos acepciones o interpretaciones del mismo. En la primera, que sigue el movimiento feminista, el lenguaje inclusivo se entiende a veces como aquel en que las referencias expresas a las mujeres se llevan a cabo tan solo a través de palabras de género femenino, como sucede en los grupos nominales coordinados con sustantivos de uno y otro género. Desde ese punto de vista, sería inclusiva la expresión *los españoles y las españolas*, y no lo sería, en cambio, la expresión *los españoles*, aun cuando el contexto deje suficientemente claro que abarca también la referencia a las mujeres españolas. En esa misma interpretación del término, también se considera inclusiva la estrategia de emplear sustantivos colectivos de persona, ya sean femeninos, como *la población*

⁵³ Sapir (1921).

⁵⁴ Para examinar de forma detallada las relaciones entre el lenguaje y el pensamiento, habría que tener en cuenta las aportaciones de Piaget, Humbolt, Vigotsky, Sapir, Whorf, Wittgenstein o Chomsky. Baste con decir que es posible imaginar cuatro modelos de relación entre uno y otro: la dependencia del lenguaje con respecto al pensamiento, o del pensamiento con relación al lenguaje; la interdependencia entre uno y otro y, por último, la independencia de ambos. El razonamiento del trabajo parte de la existencia de un vínculo entre el lenguaje y el pensamiento, y descarta la ausencia de relación entre uno y otro, y las posturas extremas del determinismo cognitivo y el determinismo lingüístico. La relación entre uno y otro se observa con claridad en ciertos casos. Así, en palabras de Orwell (1946: 12), acerca del lenguaje como instrumento para expresar y no ocultar o evitar el pensamiento: *if thought corrupts language, language can also corrupt thought*: “si el pensamiento corrompe el lenguaje, el lenguaje también puede corromper el pensamiento”. En cambio, no parece que tenga sentido preguntarse también, por ejemplo, por qué la filosofía ha llegado a tan altas cotas en Alemania. ¿Porque la lengua alemana tiene una abstracción superior a otras lenguas, como el castellano? ¿O porque el *Volk der Dichter und Denker*, el pueblo de los poetas y pensadores, ha forjado una lengua que permite las especulaciones filosóficas? En realidad, también el castellano permitió a los autores de la escuela salmantina, en el Siglo de Oro, elaborar una filosofía apreciable. Y el pensamiento en castellano ha dado lugar a obras maestras de la literatura universal, que los alemanes llaman *Weltliteratur*, como el *Quijote*, *La vida es sueño* o *El criticón*, las cuales plantean problemas filosóficos inherentes a la condición humana: cfr. Cervantes (1605 y 1615), Calderón de la Barca (1635) y Gracián (1651-1657).

española, o masculinos, como *el pueblo español*, así como la de usar términos nominales que abarquen en su designación a los dos sexos, como en *toda persona española*, en lugar de *todo español*⁵⁵. Desde ese punto de vista, el lenguaje puede ser más o menos inclusivo. El razonamiento parte de la percepción subjetiva de que, en la actualidad, la lengua priva de visibilidad y discrimina a la mujer o a las personas no binarias. Cuestionando el modo natural en que los hablantes logran que el lenguaje sea inclusivo, mediante ciertas convenciones, como el uso del masculino plural como término no marcado, los defensores de esa interpretación proponen estrategias y recursos para transformar la lengua. De ahí la obsesión por ofrecer a los hablantes guías y recomendaciones para que hablen de una forma, y no de otra. En suma, los partidarios del lenguaje inclusivo pretenden imponer a los hablantes una manera determinada de lograr el carácter inclusivo de la lengua. Las estrategias de lenguaje inclusivo varían según las lenguas. Aun cuando resulta criticable el abuso en que incurren a veces quienes propugnan un lenguaje inclusivo en esa primera interpretación, hay que agradecerles el que hayan abierto un debate necesario para despertar las conciencias, y obligarnos a reflexionar sobre el uso, consciente o inconsciente, que hacemos del lenguaje.

En la segunda interpretación, por la que opta en general la CE, y cuya corrección avala la RAE, la expresión *lenguaje inclusivo* se aplica también a los términos en masculino que incluyen claramente en su referencia a hombres y mujeres, cuando el contexto deja suficientemente claro que es así, de acuerdo con la conciencia lingüística de los hispanohablantes y con la estructura gramatical y léxica de las lenguas romances. Así sucede, por ejemplo, en expresiones como *el nivel de vida de los españoles*, o *Todos los españoles son iguales ante la ley*⁵⁶. En suma, en castellano, como en otras lenguas romances, el masculino es el género no marcado. Desde un punto de vista gramatical y lingüístico, el masculino plural genérico es inclusivo. Esa es la opinión de la RAE, que recoge la de la comunidad lingüística. Como los hablantes se han puesto de acuerdo para usar el masculino como género no marcado, la utilización de la regla gramatical asegura que el lenguaje sea siempre inclusivo, y que carezca de sentido hablar de un mayor o menor grado de inclusión. En el futuro, podrían cambiar de criterio, y considerar

⁵⁵ RAE (2020: 5).

⁵⁶ La RAE (2020: 5 y 6) concluye que, de modo general, el constituyente de 1978 optó por la segunda interpretación indicada de *lenguaje inclusivo*, al considerar que la utilización del masculino para referirse a los hombres y las mujeres, cuando el contexto deja claro ese alcance, se corresponde con el uso más extendido en todo el mundo hispanohablante. En términos normativos, la CE emplea un castellano correcto. Sus principios y disposiciones son claros y fácilmente inteligibles por los ciudadanos. Aun así, la RAE entiende que el Gobierno solicita que se determine si la redacción que se empleó entonces se corresponde con los usos lingüísticos generales en la actualidad, o si esos han sido desplazados por otros nuevos.

que el género no marcado fuese el femenino, de modo que “las trabajadoras” englobase a cualesquiera seres humanos que prestasen servicios de forma subordinada, con independencia de su sexo femenino o masculino, o que el plural de “el trabajador” y “la trabajadora” fuese “les trabajadores”.

Aclarado esto, y como punto de partida, podemos admitir el concepto de lenguaje inclusivo que acepta la RAE. El 6 de octubre de 2020, a la consulta de si ese lenguaje es una jerigonza o un galimatías, la RAE responde, de forma tajante: “Lo que comúnmente se ha dado en llamar ‘lenguaje inclusivo’ es un conjunto de estrategias que tienen por objeto evitar el uso genérico del masculino gram., mecanismo firmemente asentado en la lengua y que no supone discriminación sexista alguna”⁵⁷. De igual modo, en Francia, la llamada escritura inclusiva designa las prácticas editoriales y tipográficas destinadas a sustituir el uso de la forma masculina, cuando se utiliza en sentido genérico, por una grafía que destaque la existencia de una forma femenina⁵⁸.

Para perfilar el concepto de lenguaje inclusivo, cabe hacer dos preguntas: ¿Es una modalidad de lenguaje políticamente correcto? (1.1). Al defender su uso, ¿se adopta una perspectiva basada en los derechos? (1.2.).

1.1. ¿Una modalidad de lenguaje políticamente correcto?

En el análisis de los vínculos entre el lenguaje inclusivo y el lenguaje políticamente correcto, resulta de interés la lectura del ensayo “Sul politically correct”, de Umberto Eco, que se publicó en *La Repubblica*, en octubre de 2004, y que se halla ahora en el volumen, impreso en 2006, *A passo di gambero: guerre calde e populismo mediático*, traducido al castellano con el título *A paso de cangrejo*⁵⁹.

No es nueva la tentación de ocultar, enmascarar, edulcorar o hermostrar la realidad por medio del lenguaje. Quevedo señala ya, en *El mundo por de dentro*, cuarto de *Los sueños*, que todo es hipocresía, y que la hay, a menudo, en los nombres de las cosas, que llevan a llamar trato a la usura, ermita a la taberna, o moreno al negro⁶⁰. Pero, desde

⁵⁷ La RAE reitera esa afirmación en un post de 5 de abril de 2023. Cfr. <https://twitter.com/RAEinforma/status/1643560788479582208?lang=es> (1 de agosto de 2023).

⁵⁸ Cfr la *Circulaire du 21 novembre 2017 relative aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au Journal officiel de la République française*, en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000036068906> (10 de enero de 2024).

⁵⁹ Eco (2008). Cfr., asimismo, Crisafulli (2004) acerca de la corrección política y la libertad lingüística.

⁶⁰ Quevedo (1627: 166) escribe que “todo es hipocresía. Pues en los nombres de las cosas ¿no la hay la mayor del mundo? El zapatero de viejo se llama entretenedor del calzado. El botero, sastre del vino que le hace de vestir. El mozo de mulas, gentilhomme de camino. El bodegón, estado; el bodegonero, contador. El verdugo se llama miembro de la justicia y el corchete criado. El caballero diestro; el ventero, huésped; la taberna, ermita; la putería, casa; las putas, damas; las

hace décadas, el llamado lenguaje políticamente correcto ha exacerbado la tendencia. El lenguaje políticamente correcto es una alteración del lenguaje, consistente en hallar sustitutos eufemísticos para usos lingüísticos referidos a diferencias de raza, género, orientación sexual o discapacidad, religión u opiniones políticas, con el fin de evitar ofensas y eludir discriminaciones reales o ficticias. Pretende eliminar epítetos ofensivos, como el infame *nigger*, que sirvió de título a uno de los relatos de Conrad (1897), o el *negro* que lo reemplazó, y que suena como un préstamo del castellano, y evoca los tiempos de la esclavitud. Y los sustituye por otros, como *black* o, más tarde, *afro-american*.

Como el lenguaje políticamente correcto, el lenguaje inclusivo es un movimiento de reforma lingüística que propone el movimiento feminista, desde la década de los setenta del siglo XX, en diferentes lenguas del mundo, y que consiste en distintas estrategias lingüísticas y discursivas que permiten a quien las utiliza expresar su apoyo a los derechos de las mujeres y de la comunidad LGTBIQA+. A veces, se distingue entre el lenguaje inclusivo o no binario directo, que promueve el uso de la x, la @, o la -e, y el lenguaje inclusivo o no binario indirecto, que defiende la utilización de sustantivos epicenos o nombres colectivos, como persona, ser humano o gente. Los cuatro rasgos distintivos del lenguaje inclusivo son⁶¹: la presencia de términos y expresiones eufemísticas, como la mujer o la persona prostituida, y de formas resultantes de la feminización de sustantivos tradicionalmente reservados al sexo masculino, como jueza o presidenta; el uso constante de dobles, duplicaciones o desdoblamientos de una palabra en su forma masculina y femenina, como el trabajador y la trabajadora, y, por último, la suplantación del masculino genérico con un sustantivo colectivo con igual valor léxico pero de género fijo, sin referencia al sexo, como el alumnado o el proletariado. Las dos primeras propuestas se circunscriben al área del léxico. El rasgo por excelencia, o

alcahuetas, dueñas; los cornudos, honrados. Amistad llaman el mancebamiento, trato a la usura, burla a la estafa, gracia a la mentira, donaire la malicia, descuido la bellaquería, valiente al desvergonzado, cortesano al vagamundo; al negro moreno, señor maestro al albartero y señor doctor al platicante. Así que, ni son lo que parecen ni lo que se llaman: hipócritas en el nombre y en el hecho". Y añade: "¡Pues unos nombres que hay generales! A toda pícara, señora hermosa; a todo hábito largo, señor licenciado; a todo gallofero, señor soldado; a todo bien vestido, señor hidalgo; a todo fraile motilón, o lo que fuere, reverencia y aun paternidad; a todo escribano, secretario. De suerte que todo el hombre es mentira por cualquier parte que le examinéis si no es que ignorante como tú, crea las apariencias. ¿Ves los pecados? Pues todos son hipocresía, y en ella empiezan y acaban y della nacen y se alimentan la ira, la gula, la soberbia, la avaricia, la lujuria, la pereza, el homicidio y otros mil". Circula por ahí una versión simplificada, que transcribe Martínez (2008: 9). "Por hipocresía llaman al negro moreno; trato a la usura; a la putería casa; al barbero sastre de barbas y al mozo de mulas gentilhomme del camino".

⁶¹ Martínez (2008: 81 ss.). Como recuerda Martínez (2008: 90), cabe distinguir entre el léxico y los elementos gramaticales. En castellano, los signos morfológicos o gramaticales son: tres de persona (primera, segunda y tercera), dos de género (masculino y femenino) y de número (singular y plural), dos o tres modos verbales (indicativo, potencial, subjuntivo), otros tres de tiempo (pasado, presente y futuro) y dos de aspecto (perfectivo e imperfecto).

más frecuente, llamativo y característico del lenguaje inclusivo, es el tercero. El desdoblamiento es un rasgo morfosintáctico, con un ámbito de aplicación de mayor alcance. El cuarto y último recurso no busca dar mayor visibilidad a la mujer, sino borrar las presuntas trazas machistas residuales del masculino genérico. Tanto el lenguaje políticamente correcto como el lenguaje inclusivo, presentan un elemento fundamental. El problema no es que nosotros, que estamos hablando, decidamos cómo hay que llamar a los otros, sino dejar que ellos decidan cómo quieren que se les llame, y, si el nuevo término les sigue molestando de algún modo, aceptar la propuesta de otra nueva palabra⁶². Eso puede producir un efecto dominó: transcurridos unos años, toda palabra delicada que sustituye a otra que se desprecia como ofensiva, acaba volviéndose ofensiva a su vez: las nuevas palabras caducan, porque acaban impregnándose de la realidad que pretenden ocultar, y que finalmente nombran⁶³. En la reflexión de Umberto Eco, que comparten otros autores, el lenguaje inclusivo es una de las variantes de la corrección política. Es más, cabe mantener que el lenguaje inclusivo es la variedad más importante, lograda y consistente de lenguaje políticamente correcto⁶⁴. En contra de la asimilación, cabría aducir que las mujeres no son una minoría, como los afroamericanos o afrodescendientes, sino la mitad de la población del mundo. Pero los partidarios del lenguaje inclusivo pueden ser tanto hombres como mujeres, y no está claro que todas ellas prefieran ese modo de hablar o escribir.

De admitirse que el lenguaje inclusivo constituye una modalidad de lenguaje políticamente correcto, los problemas que plantea podrían analizarse como una cuestión de respeto a la sensibilidad ajena. En principio, nada cuesta satisfacer el deseo del actor Elliot Page, que pide que se le llame *he* o *they*. La situación puede compararse a otras, en que alguien manifiesta una preferencia, lleva a cabo una solicitud, o exige un cierto trato a los demás. Si Lucien, el protagonista de las *Illusions perdues*, de Honoré de Balzac, decide usar el apellido materno en vez del paterno, y llamarse *de Rubempré*, y no *Chardon*, para asimilarse a la nobleza, quienes se relacionan con él pueden aceptarlo, como muestra de respeto, o rechazarlo y aun ridiculizarlo, mientras no sea oficial⁶⁵. Cabe preguntarse entonces si el respeto a la sensibilidad ajena está por encima

⁶² Eco (2008: 111).

⁶³ Bolinger (1980: 73 ss.) y Grijelmo (2023d).

⁶⁴ Eco (2008: 112 ss.), Martínez (2008: 14 ss.) y Gil (2023: 2 ss.). En el apartado 2.1 de la voz “género”, del Diccionario Panhispánico de Dudas, la RAE (2005) señala también que, “en los últimos tiempos, por razones de corrección política, que no de corrección lingüística, se está extendiendo la costumbre de hacer explícita” la alusión a ambos géneros. Por el contrario, el Parlamento Europeo (2008) alega que “la utilización de un lenguaje no sexista es algo más que un asunto de corrección política”.

⁶⁵ Balzac (1837-1843). La edición de 1874, que se publicó en Vve A. Houssiaux, puede consultarse en https://fr.wikisource.org/wiki/Illusions_perdues (12 de enero de 2024).

de la libertad de expresión, que queda restringida si la supremacía de las sensibilidades particulares se extiende a cualquier colectividad susceptible de sentirse oprimida, humillada u ofendida⁶⁶. En nombre de la diversidad, puede menoscabarse la libertad de expresión. Hay un riesgo de exaltación del sentimiento y la sensibilidad individuales, y un abandono de los criterios objetivos, para juzgar la corrección del comportamiento de los seres humanos en las relaciones jurídicas. Y es que algunos han decidido que las palabras significan lo que les ofende⁶⁷.

Ese riesgo de subjetividad se percibe en la noción que aparece en el informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo, aprobado por la decisión del grupo de alto nivel sobre igualdad de género y diversidad, de 13 de febrero de 2008, y según la cual “la finalidad del lenguaje no sexista o lenguaje neutral en cuanto al género es evitar opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes al implicar que uno de los sexos es superior al otro, ya que en la mayoría de los contextos el sexo de las personas es, o debe ser, irrelevante”⁶⁸. ¿Quién interpreta lo que es sesgado, discriminatorio o degradante? Tomar en serio la subjetividad ajena⁶⁹, ¿supone dejar en esas manos el criterio para decidir lo que resulta plausible y justo, y lo que vulnera un derecho? Si la interpretación a que se alude es la subjetiva de la supuesta víctima de la falta de uso del lenguaje inclusivo, podrían considerarse como sexistas expresiones de uso común y frecuente. De ahí la importancia de objetivar la interpretación de lo que se entiende o no como sexista en cada momento histórico⁷⁰.

Sea como fuere, y al igual que sucede con el lenguaje políticamente correcto, del lenguaje inclusivo podría decirse que no es más que una cuestión de responsabilidad personal, buen gusto y respeto a los deseos ajenos, y que no debe confundirse una sugerencia moral con una obligación legal⁷¹. De ese modo, se corre el peligro de que todo se reduzca a un mero uso educado del lenguaje. Muchas veces, la corrección política supone una forma de eludir los problemas sociales que no se han resuelto aún, enmascarándolos mediante un uso más educado del lenguaje. Y es que, si se decide

⁶⁶ Muñoz Molina (2023).

⁶⁷ Grijelmo (2021e).

⁶⁸ Cfr. Parlamento Europeo (2008) y, acerca del riesgo de subjetividad, Gil (2023: 3) y Escobar (2023: 1 y 2).

⁶⁹ Box (2022).

⁷⁰ Gil (2023: 3). De igual modo, Escobar (2023: 1 y 2) afirma que la definición “remite al subjetivismo del intérprete (‘que puedan interpretarse como...’), lo que no resulta muy correcto en términos jurídicos (entre otras cosas, el Derecho está para dar seguridad y objetividad, no para fomentar el caos de innumerables percepciones individuales, en una suerte de *anarcoliberalismo*): presume una pluralidad indefinida de intérpretes, pero no señala quién o quiénes pueden realizar esa interpretación: ¿cualquier persona?, ¿la mayoría social?”.

⁷¹ Eco (2008: 115).

que a quienes van en silla de ruedas ya no se les llama disminuidos, minusválidos o discapacitados, sino personas con capacidades diferentes, y no se les construyen rampas para acceder a los lugares públicos, se ha suprimido la palabra, pero no el problema⁷². En el caso del lenguaje inclusivo, podría aducirse que la lucha por la igualdad entre las mujeres y los hombres, o de quienes no se identifican con uno u otro sexo, es un fin encomiable, y una de las causas más justas de la humanidad en el siglo XXI, pero no justifica que trate de lograrse a costa de retorcer el lenguaje, que no tiene ninguna culpa de la discriminación, sino que, a lo sumo, la trasluce, por lo que no deja de existir por el solo hecho de violentarlo⁷³. En suma, cabe distinguir entre la bondad del fin y la inadecuación del medio que se emplea para lograrlo, y, asimismo, plantearse si el lenguaje transforma, por sí solo, la sociedad, o es, más bien, un reflejo de esta.

Quizá alguno piense que lo cortés no quita lo valiente, y que el respeto a la sensibilidad ajena y el uso educado del lenguaje no excluyen la puesta en práctica de políticas públicas de lucha contra la discriminación y de promoción de la igualdad real. Aunque es cierto, nos limitaremos a advertir, por ahora, que la proliferación de guías o recomendaciones, elaboradas por organizaciones internacionales e instituciones nacionales, no implica necesariamente un compromiso real con la transformación de la sociedad y la solución de problemas complejos. Sería triste que las instituciones públicas

⁷² Eco (2008: 111) y Gil (2023: 3). Igual opina Fernando Savater: cfr. Linares (2022). Que la sustitución del término “disminuido” por “persona con discapacidad” se inscriba en la corriente de la corrección política, no significa que no suponga un avance desde el punto de vista jurídico. De ese modo, el artículo 49 CE se alinea con la Convención de la ONU, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, y con otras disposiciones legales en el derecho interno, como el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre de 2013). Cfr. Gil (2012b). La RAE (2020: 2 y 12) ya había señalado que era aconsejable, cuando procediese, una posible reforma para adecuar la redacción de algunos preceptos de la CE a las realidades de hoy a los correspondientes usos lingüísticos más generalizados. En concreto, había indicado que, si llegaba a plantearse en algún momento una actualización de la CE en materia de léxico, cabía considerar la posible sustitución de la voz *disminuidos* por *discapacitados*, mucho más común en la actualidad. Acerca de la modificación del artículo 49 CE, cfr. Pons (2020 y 2024), Alemany (2024), Pop (2024), Carballeda (2024) y Bendito (2024). Otra cosa es que el solo cambio terminológico suponga, sin más, y como aducen algunos, “una ampliación de los derechos de las personas con discapacidad”: cfr. “Bolaños destaca la reforma del artículo 49 de la Constitución como un avance en el reconocimiento y la ampliación de los derechos de las personas con discapacidad”, 16 de enero de 2024, en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia-justicia-relaciones-cortes/Paginas/2024/160124-bolanos-articulo-49-constitucion.aspx> (20 de enero de 2024). Para adaptarse a la reforma del artículo 49 CE, el Museo del Prado ha actualizado algunas cartelas de los cuadros expuestos, de forma que *El Niño de Vallecas*, de Diego Velázquez, ya no tiene enanismo, sino acondroplasia. Cfr. Marcos (2024).

⁷³ Llamazares (2018). Asimismo, la RAE (2024: 4) ha manifestado que “no se avanza en la consecución de la igualdad democrática de hombres y mujeres forzando de manera artificial la gramática y el léxico de la lengua española, sino arbitrando medidas legislativas que conduzcan a la equiparación de derechos, mejorando la educación que nuestros jóvenes reciben en la escuela y trabajando de otras muchas formas por una sociedad que refleje de manera efectiva todos esos valores”.

hiciesen gala de un lenguaje inclusivo para considerar que así desarrollan los derechos, sin promover, en la práctica, la igualdad real, mediante políticas públicas eficaces y, en muchos casos, costosas, que requieren no solo halagar los oídos, sino empeñar recursos económicos. Viene a la memoria otro refrán: Una cosa es predicar, y otra dar trigo⁷⁴. Y también el título de uno de los discos que publicó, en 1958, en el sello Riverside, el batería de jazz Max Roach: *Deeds, Not Words*.

1.2. ¿Una perspectiva basada en los derechos?

Desde un punto de vista jurídico, el lenguaje inclusivo plantea un interrogante esencial: ¿es un problema tan solo lingüístico o un derecho? Como señala Umberto Eco, al hablar del lenguaje políticamente correcto, se ha pasado lentamente, sobre todo en EE.UU., del problema exclusivamente lingüístico de llamar a los otros como quieren que se los llame, al problema de los derechos de las minorías y, en nuestro caso, de cuantas mujeres u hombres reclaman su uso⁷⁵. En suma, el problema estriba en saber si el lenguaje inclusivo es un derecho de las mujeres o de las personas no binarias.

Así pues, resulta esencial dilucidar si el lenguaje inclusivo es una exigencia ineludible del principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo o de género. Surgen entonces las preguntas: El lenguaje inclusivo, ¿resulta exigible como principio general del derecho? ¿Otorga un derecho subjetivo? ¿Quiénes serían los titulares de ese supuesto derecho? En este sentido, ha llegado a postularse la existencia de un derecho subjetivo de las personas y de un principio general del derecho que obliga a usar el lenguaje inclusivo, en particular cuando se trata de los poderes públicos⁷⁶. En muchos casos de lenguaje políticamente correcto, se trata tan solo de una minoría, como la afroamericana. En el caso del lenguaje inclusivo, puede tratarse de la mitad o más de la población, o quizá de una minoría, como quienes no se adscriben al género masculino o femenino. ¿Son las mujeres las titulares del derecho? ¿Lo son quienes tienen un género no binario? ¿En qué casos puede darse una discriminación? Pese a cuanto ha llegado a afirmarse, no parece que el lenguaje inclusivo resulte exigible como un principio general del derecho, y otorgue un derecho subjetivo a las personas.

Para responder a esos interrogantes, conviene prestar atención a los puntos de vista del hablante o escritor y del oyente o lector, que pueden tener una dimensión colectiva, y

⁷⁴ Como se sabe, el refrán significa que resulta más fácil dar consejos que practicarlos. Algunos refranes geográficos aluden también al incumplimiento de la palabra dada: así, por ejemplo, “El escudero de Guadalajara, de lo que promete a la noche no hay nada a la mañana”, o “Los de Peñaranda, lo que dicen a la noche no lo cumplen a la mañana”. Cfr. <https://cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=59162&Lng=0> (3 de septiembre de 2023).

⁷⁵ Eco (2008: 116).

⁷⁶ Barrado (2020: 70, 705, 710 y 711).

que se alternan e intercambian en el diálogo, y tener en cuenta, además, el papel que pueden desempeñar los poderes públicos y, en el campo laboral, el empresario. El hablante o escritor: ¿Es libre para hablar de forma inclusiva? ¿Puede sufrir una discriminación si usa ese lenguaje? ¿Tiene derecho a que se dirijan a él de forma inclusiva? ¿Puede sufrir una discriminación si no se dirigen a él de ese modo? El oyente o lector: ¿Está obligado a tolerar o respetar el lenguaje inclusivo? ¿Puede incurrir en una discriminación si no tolera, respeta o no usa el lenguaje inclusivo? Por lo que mira a los poderes públicos, ¿pueden prohibir o imponer el lenguaje inclusivo? ¿Pueden o deben promoverlo? En el campo laboral, ¿qué papel desempeña el empresario, como contraparte de una relación jurídica de índole privada? ¿Puede usar el lenguaje inclusivo? ¿Puede prohibirlo o imponerlo? ¿Puede o debe promoverlo? ¿Añade algún matiz al problema el hecho de que se trate de un empresario del sector público?

Si nos situamos, tan solo, en el terreno de la libertad individual de quien habla o escribe, el uso del lenguaje inclusivo no plantea grandes problemas. Cada cual puede hablar como quiera, aun cuando la RAE no avale el uso⁷⁷. La RAE no tiene una misión prescriptora, y el lenguaje inclusivo o no binario forma parte de la lengua en cuanto lo utiliza la comunidad lingüística. Si no me falla la memoria, Borges dejó escritos algunos comentarios irónicos sobre las academias, y prefería decir *viking*, y no vikingo. El argot ha existido siempre⁷⁸. En francés, un ejemplo conocido es el *verlan*, que consiste en pronunciar al revés, *à l'envers*⁷⁹. En la literatura del Siglo de Oro, la germanía es la lengua o jergonza que hablan los maleantes, rufianes, pícaros, hampones y delincuentes. De igual modo, en algunas regiones, provincias o localidades, y aun en algunas familias, hay modos particulares de expresarse, que se apartan del habla común. La novela *La gazzápira*, de Andrés Berlanga, recupera el habla de un pueblo imaginario, Monchel, trasunto de Labros, la localidad de Guadalajara en que nació el autor; ese léxico dialectal incluye palabras o usos lingüísticos propios de los aragoneses

⁷⁷ Marías (2019b) escribe que la RAE “indica simplemente lo que es correcto gramatical, sintáctica y ortográficamente, pero nadie se ve forzado a hablar ni a escribir según esa corrección, que ni siquiera dicta la propia RAE, sino el uso centenario de la lengua. Si no hay un mínimo acuerdo básico, no nos entenderíamos y el idioma se tornaría inservible. Aun así, cada cual es libre de decir y escribir lo que quiera y como quiera, de emplear el vocabulario que le plazca, desde el exquisito hasta el malsonante y soez. Eso no está penado todavía, por fortuna. Sin embargo, demasiada gente pretende lo contrario, que la RAE ejerza de policía, que censure el diccionario, que elimine palabras o acepciones, que añada otras a capricho de cada colectivo o individuo con ínfulas, que se dedique a una labor represiva. Como si tuviera capacidad o voluntad para ello; no las tiene en absoluto”.

⁷⁸ Uno de los capítulos de *Les misérables*, de Victor Hugo, lleva por título “L’argot”. Cfr. Hugo (1862), Quatrième partie, Livre septième. El texto puede consultarse en https://fr.wikisource.org/wiki/Les_Mis%C3%A9rables (15 de enero de 2024).

⁷⁹ El *verlan* proviene de la locución adverbial *à l'envers*: *verlan* = *lan ver* = *l'envers*. Así, *béton* equivale a *tomber*, y *géman*, a *manger*.

y conquenses⁸⁰. ¿Quién impide a alguien que hable en argot, o con el habla de los pueblos de la sierra de Guadalajara, o de la forma que considere más inclusiva? *Lingua est libertas*⁸¹. Debe prevalecer la libertad de expresión, y regir el principio *in dubio pro libertate*, y asumir la responsabilidad por los propios actos. La protección podría reforzarse alegando también los derechos lingüísticos, sobre todo si quien emplea el lenguaje inclusivo forma parte de una minoría. Al igual que hay una lengua del derecho o de los derechos⁸², puede hablarse de un derecho a la lengua. Aunque lo haga a título individual, quien habla o escribe toma como referencia las reglas de corrección gramatical, sintáctica y ortográfica, bien para seguirlas, bien para vulnerarlas. Por eso, el acto individual tiene una dimensión colectiva. Por respeto a la sensibilidad ajena, alguien puede regirse por el principio fundamental de que es humano y civilizado eliminar del lenguaje corriente las palabras que hieren a los demás⁸³. Por razones políticas o ideológicas, por incultura o incluso como juego, alguien puede apartarse de los criterios de la RAE⁸⁴. Puede contraponer *matria* a *patria*⁸⁵, o hablar de una familia “monomarental”. Puede repetir los desdoblamientos hasta la extenuación, y decir siempre hombres y mujeres, o trabajadores y trabajadoras. Puede escribir “elles”, o “todes”, o “chiquilles”, o “solos, solas y soles”. Puede considerarse “sujeta”⁸⁶ o “miembra”⁸⁷ o “portavoza”⁸⁸ o “jóvena”⁸⁹ o “alta carga”⁹⁰, aunque sean términos poco ortodoxos, y aun ridículos.

⁸⁰ Berlanga (1984).

⁸¹ Alvar (1983).

⁸² Cfr. García de Enterría (1994) acerca de la lengua de los derechos.

⁸³ Eco (2008: 117).

⁸⁴ En el capítulo “Monstruas y centauros”, Sanz (2018) reivindica “jugar a utilizar el lenguaje como un arma cargada de futuro”. El exceso de creatividad individual en el uso del femenino puede prestarse a la burla. Cfr. “Escucha Sancho” o “Quijote de la mancha se burla del lenguaje inclusivo”, en <https://www.youtube.com/watch?v=SM4IFHixjyI> (21 de mayo de 2023).

⁸⁵ Cfr. “La ministra Yolanda Días recupera el concepto ‘matria’ en lugar de patria”, donde se da cuenta de una intervención, el 17 de julio de 2021, de la entonces vicepresidenta segunda del gobierno y ministra de trabajo, en <https://www.mundodeportivo.com/videos/mas-videos/20210721/1665363282481930/la-ministra-yolanda-diaz-recupera-el-concepto-matria-en-lugar-de-patriamp4.html> (21 de agosto de 2023) y el comentario de Grijelmo (2021c), que señala, con acierto, que “no procede establecer el simétrico ‘patria / matria’ como tampoco diríamos ‘estoy enamorado en Murcia’, ‘esto lo matrocina una empresa española’, ‘la virgen del Carmen es matrona de los marineros’, ‘se celebraron las fiestas matronales’...; ni tampoco ‘es el *alma pater*’ o ‘vinieron ciento y el padre’. Cada una de esas expresiones tiene su historia, sin que medie ya razón discriminatoria alguna, pese a lo que alguien sin mucha documentación pueda pensar”. Parece que la palabra *matria* ya se había utilizado antes por varios escritores, como Unamuno, Borges o Sábato. Hay un largometraje, de Álvaro Gago, con ese título; el cineasta ya había rodado, en 2017, un cortometraje homónimo. Cfr., para una crítica de la película, Fernández-Santos (2023).

⁸⁶ Grijelmo (2021b).

⁸⁷ Cfr. Morán (2008) y “Aído propone incluir en el diccionario la palabra ‘miembra’ tras utilizarla por error”, *El Mundo*, 11 de junio de 2008, y “De la Vega rechaza ‘debates semánticos’ sobre la

Como el ejercicio de la libertad de expresión es indisociable de la responsabilidad por los propios actos, el hablante o el escritor que, por una u otra razón, se aparta de los usos establecidos, debe asumir como posible, en determinadas situaciones, la censura, el rechazo, la incomprensión, o ciertos prejuicios o consecuencias negativas. Habrá que analizar los conflictos caso por caso. A menudo, como sucede con ciertos femeninos o desdoblamientos, el uso del lenguaje inclusivo no planteará mayores problemas. Ahora bien: junto a la libertad o derecho de quien habla o escribe, hay también una libertad o derecho de quien escucha o lee, que no tiene por qué ser sexismo⁹¹. Si, declarando ante un juez, alguien usase una palabra cuyo significado no es fácilmente comprensible, como *rechinero* o *cotrofo*, no debería extrañarse de que le pidan explicaciones, o le conminen a hablar de un modo inteligible. Una revista científica o una editorial pueden publicar o rechazar un texto escrito en el estilo de Paul B. Preciado. Así, mientras que la revista *Lex Social* anima a los autores a que usen el lenguaje inclusivo y no sexista, la editorial Mare & Martin, de París, lo veda⁹². Un estudiante o un doctorando debe asumir como posible que un docente considere que, en la actualidad, no es admisible o aconsejable escribir un trabajo de fin de grado o de máster, o una tesis doctoral, como lo hace Paul B. Preciado. ¿Puede alegar la vulneración del principio de no discriminación quien, convencido de la corrección de su uso de la lengua, decide hablar o escribir de forma inclusiva? Quien habla o escribe de ese modo, ¿sufriría una persecución o una discriminación, por el solo hecho de que quien recibe el mensaje o lee el texto se limite a aceptar como correctos los criterios imperantes, y a extraer de esa constatación las consecuencias oportunas? Pero, ¿podría sufrir una discriminación por el hecho de que,

palabra ‘miembra’, *El País*, 13 de junio de 2008, y las reflexiones de Falcón (2008), Marías (2008b), Constenla (2008) y Grijelmo (2015). Si hay miembras, como propuso Bibiana Aído, entonces ministra socialista de igualdad, debería haber también brazos y brazas, costillas y costillos y dedos y dedas, y orejas y orejos, y ojos y ojas.

⁸⁸ Marcos (2018). Llamazares (2018) critica la para él salida de tono de Irene Montero, entonces portavoz de Podemos en el Parlamento, quien se refirió a sí misma como “portavoza”.

⁸⁹ Carmen Romero fue pionera en el uso de la palabra “jóvena”. Cfr. Marías (2006) y Marcos (2018).

⁹⁰ Así se hacía llamar, en los años ochenta, un grupo de mujeres de los gobiernos socialistas de Felipe González. Cfr. Marcos (2018).

⁹¹ Cfr. Martínez (2008: 120 ss.) acerca del sexismo del oyente.

⁹² En el apartado 9, que lleva por título “lenguaje inclusivo”, de la “Lista de comprobación para la preparación de envíos”, la redacción de la revista *Lex Social* señala: “Se recomienda a los/as autores/as que en la redacción de cualquier contribución a la revista se haga uso de un lenguaje inclusivo y no sexista”: cfr. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/about/submissions#authorGuidelines (13 de enero de 2024). Por el contrario, en el documento “Instructions typographiques sommaires à l’attention des auteurs”, la editorial francesa Mare & Martin indica que “le recours au langage épïcène ou à l’écriture dite ‘inclusive’ n’est pas permis dans le corps du texte, les notes de bas de page et les textes annexes”: cfr. <https://www.mareetmartin.com/rubrique/droit-et-sciences-politiques> (13 de enero de 2024).

mediante el lenguaje inclusivo, expresa su feminismo o su diversidad? La discriminación puede darse, no ya por usar el lenguaje inclusivo, salvo que se considere una vulneración de los derechos lingüísticos, sino por el hecho de ser mujer o una persona que no se identifica con los sexos masculino o femenino, y sufrir una diferencia de trato carente de fundamento y desproporcionada.

En el estadio actual de evolución del ordenamiento jurídico, no parece que nadie tenga derecho a que se dirijan a él de forma inclusiva, ni puede sufrir una discriminación si los otros no lo hacen. Pero recordemos que el lenguaje inclusivo se traduce en una pretensión de quienes lo defienden a decidir cómo quieren que se los llame, y, en su versión más radical, alejada de quienes confían que empape la lengua como la “lluvia fina”⁹³, sitúa el problema, no ya en el terreno lingüístico, sino en el del derecho. Aunque, quienes hablan o escriben así, lo hacen a veces por ignorancia, las más de las veces llevan a cabo la transgresión poseídos o devorados por un furor iconoclasta. Si los viejos creyentes o *raskolniki* eran partidarios de la antigua liturgia y cánones eclesiásticos⁹⁴, los nuevos visionarios del lenguaje inclusivo ejercen un despotismo ético⁹⁵. Tratan de convertirse en señores del criterio ajeno⁹⁶. Violentando el lenguaje con fines políticos e ideológicos, pretenden que la comunidad de hablantes asuma ese modo de expresarse a veces incorrecto, y casi siempre alambicado y enemigo de la economía y la belleza del lenguaje. No es de extrañar que, en ocasiones, se les acuse de crear una *neolengua* o *newspeak*, y fundar una *Oceania* que prive de libertad y espíritu crítico a quienes decidan seguir hablando o escribiendo como lo hace la mayoría de los hablantes, y como se considera correcto y elegante en cada momento histórico⁹⁷. Es, pues, evidente el riesgo de incurrir en la intolerancia y el fundamentalismo. Para los defensores a ultranza del lenguaje inclusivo, quienes siguen las reglas gramaticales establecidas y compartidas

⁹³ Ushakova (2023) señala: “El ensayo concluye con esta imagen que muestra ‘la lluvia fina’. La lluvia fina puede alimentar la tierra, y poco a poco, calar en lo más hondo, sin necesidad de ser violenta o destructiva. Así, el lenguaje inclusivo puede pasar a formar parte de la cultura de manera no violenta, sin alterar la belleza natural de la lengua, pero con la intención de transformar la realidad y, a la vez, de reflejar la realidad transformada de la sociedad moderna”.

⁹⁴ Como sucede con frecuencia en las obras de Dostoievski, el nombre de Rodion Romanovich Raskolnikov, el protagonista de *Crimen y castigo*, tiene una significación simbólica, y evoca el carácter cismático del *raskolnik*. En la misma novela, y por citar tan solo otro ejemplo, el apellido de Dmitri Prokofich Razumijin deriva de la palabra *razum*, y encarna la razón, el sentido común o la inteligencia. Cfr. Dostoievski (1866).

⁹⁵ Martínez (2008: 52 ss.), Bosque (2012: 6 y 8) y Escobar (2023: 1).

⁹⁶ León (1615: 919) observa: “Presunción intolerable es hacerse señores de los juicios de todos”. Y, en otro lugar, afirma: “Solamente me recelo de unos que quieren guiar por sí a todos, y que aprueban mal lo que no ordenan ellos, y que procuran no tenga autoridad lo que no es su juicio. A los cuales no quiero satisfacer, porque nace su error de su voluntad, y ansí no querrán ser satisfechos; mas quiero rogar a los demás que no les den crédito, porque no le merecen”. Cfr. León (1588: 913).

⁹⁷ Orwell (1949).

por la inmensa mayoría de los hablantes serían sexistas o poco respetuosos con quienes optan por usar el lenguaje inclusivo o no binario. Como veremos más abajo, hay un riesgo real de que los poderes públicos ejerzan, por ejemplo, la potestad para sancionar a quienes no siguen el modelo de la corrección política y el lenguaje inclusivo. Sin llegar a esos extremos, existe el peligro de que quienes sienten que se ha lesionado su sensibilidad apliquen la mal llamada “cultura de la cancelación”, supresión o eliminación (*cancel culture* en inglés o *culture de l'effacement* en francés)⁹⁸, y practiquen el linchamiento y el ostracismo de quienes se limitan a seguir las reglas gramaticales, y el uso frecuente, y lo que creen que exige la corrección gramatical y la economía y la belleza del lenguaje. Y es que, en muchos casos, la coerción social puede ser una amenaza aún mayor para la libertad de expresión y de pensamiento que la censura del Estado. No hay que confundir la sugerencia moral con la obligación legal: en principio, el lenguaje inclusivo no es más que una cuestión de responsabilidad personal, buen gusto y respeto a los deseos ajenos⁹⁹. Resultaría paradójico tachar de discriminatorio al lenguaje estándar. En suma, en la medida de lo posible, los partidarios del lenguaje inclusivo deberían ser respetuosos con quienes prefieren acomodar su lenguaje a las reglas establecidas y usadas por la inmensa mayoría de los hispanohablantes.

Pasemos a analizar ahora el problema desde el punto de vista del oyente o lector, que interviene también como hablante en el diálogo. Ya hemos respondido, en gran medida, a la pregunta de si debe tolerar o respetar el lenguaje inclusivo. Aunque, desde un punto de vista jurídico, no está obligado a hacerlo, el oyente o lector puede decidir libremente tolerar o respetar el uso que hacen otros del lenguaje inclusivo. Es humano no dañar a los demás. Por eso, en principio, quien opta por seguir los usos establecidos debería tolerar que otros hablen o escriban de la forma que consideran más incluyente.

⁹⁸ Como apunta Muñoz Molina (2024b), al imitar las trifulcas “culturales” de los anglosajones, olvidamos que *culture* no significa lo mismo que “cultura”. La denominada “cultura de la cancelación”, o la práctica, movimiento o tendencia a participar en un proceso colectivo de cancelación, constituye una forma de expresar desaprobación y ejercer presión social. En la expresión, el verbo *to cancel* se usa en el sentido de retirar el apoyo a alguien, como una celebridad, o a algo, como una empresa, de forma pública y, a menudo, en las redes sociales. Cfr. “Culture”, “cancel culture” y “cancel”, en <https://www.merriam-webster.com/dictionary/culture>, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cancel%20culture> y <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cancel#h1> (21 de agosto de 2023) y, asimismo, para una crítica, por todos, Barba (2020), Dershowitz (2020), Arias (2021), Domingo (2021 y 2023), Kovalik (2021), Rauch (2021: 189 ss), Daub (2022), Grijelmo (2022a), Ng (2022), Rizzacasa d’Orsogna (2022), Zizek (2022), Bonete (2023), Etxebarria (2023a y 2023b), Lukianoff y Schlott (2023), Nida-Rümelin (2023) y Özkirimli (2023) y, en fin, AA.VV. (2022), con distintos puntos de vista sobre lo políticamente correcto y la *cancel culture*. Cfr. también Koch (2023), acerca de la invitación, en el festival de Venecia, a Roman Polanski, Woody Allen y Luc Besson. Advierten del peligro, en el uso del lenguaje inclusivo, Gil (2023: 4) y Escobar (2023: 4). En sociedades cada vez más polarizadas, las confrontaciones bélicas dan pábulo a los boicots, censuras, cancelaciones y polémicas. Cfr., por ejemplo, entre otros, Gumpert (2022) y Martínez (2022) acerca de la guerra de Ucrania, y Sevillano (2023) y Español (2023) sobre el conflicto en Gaza.

⁹⁹ Eco (2008: 115).

Pero también puede rechazarlo. Así, algunos lectores prefieren no seguir leyendo un texto, si aparecen en él ciertas palabras, propias del vocabulario feminista, como *empoderar* o alguno de sus derivados, como *empoderamiento* o *empoderador*; *sororidad*, o *heteropatriarcalizar*, o expresiones como *esto no va de mujeres, va de libertades*¹⁰⁰. No parece que el oyente o lector pueda incurrir en una discriminación por el solo hecho de no admitir el lenguaje inclusivo. Hemos señalado ya antes que una revista científica o una editorial pueden rechazar los textos que recurran al lenguaje inclusivo. De igual modo, un estudiante o doctorando debe asumir la posibilidad de que un profesor rechace o desaconseje, en un trabajo académico, el uso heterodoxo de las reglas gramaticales, sintácticas u ortográficas, aun cuando pretenda buscar un lenguaje más inclusivo. Al igual que sucede con el hablante o escritor, el oyente o lector actúa de forma individual, pero justifica su decisión tomando como referencia las reglas de la corrección gramatical, sintáctica y ortográfica que ha impuesto la tradición. De ahí que el acto individual tenga una dimensión colectiva. En caso de darse, la discriminación derivará de una diferencia de trato fundada en el sexo o en el género, si la medida adoptada carece de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, o resulta desproporcionada.

Por lo que mira a los poderes públicos, ¿pueden prohibir o imponer el lenguaje inclusivo? ¿Pueden o deben promoverlo? A los efectos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), es un criterio general de actuación de los poderes públicos “la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas” (art. 14.11). La promoción del lenguaje inclusivo puede conectarse con el deber de los poderes públicos de promocionar la igualdad real (art. 9.2 CE)¹⁰¹, y fundamentarse también en la transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres¹⁰². Aun así, debe llevarse a cabo con respeto de las normas gramaticales básicas, porque constituye, asimismo, un deber de la administración y un objetivo de la educación obligatoria el fomento de “la correcta expresión oral y escrita” (art. 26.2, apartado primero, de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación,

¹⁰⁰ Cfr. Marías (2018). Al autor le molestan también otras palabras cursis, calcadas del inglés, como *empatizar*, *socializar* o *interactuar*, o expresiones como *ponerse en sus zapatos*.

¹⁰¹ En palabras de Escobar (2023: 4), la promoción del lenguaje inclusivo “podría tener apoyo en el artículo 9.2 CE, precepto que ha servido, por ejemplo, para justificar (no para imponer) las cuotas electorales femeninas (STC 12/2008). En todo caso, es discutible, dada la ambigüedad del precitado artículo 9.2. No es lo mismo, en todo caso, imponer que fomentar, y esto último lo podríamos admitir”.

¹⁰² Bajo la rúbrica “Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”, el artículo 15 LOI dispone: “El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

entre otros). Las medidas que sirven para disminuir la discriminación contra la mujer pueden fomentarse, e incluso imponerse, si superan el control de proporcionalidad, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las cuotas electorales y la violencia de género. Según las orientaciones políticas, y en virtud de lo establecido en el artículo 14.11 LOI, los poderes públicos pueden sugerir, pero no imponer, el uso del lenguaje inclusivo, si consideran que promueve y favorece la igualdad. Aun así, la cuestión clave, y que deben acreditar de forma convincente quienes defienden el lenguaje inclusivo, es si promocionarlo sirve realmente para combatir o disminuir la discriminación. Si aplicamos el juicio o control de proporcionalidad, cabe dudar que la medida sea adecuada o idónea para lograr el fin y, aunque lo fuese, no sería necesaria o imprescindible. No está claro que sea un medio adecuado o idóneo, porque puede considerarse que se basa en un juicio hipotético falso y que, en todo caso, la medida no supera el criterio de necesidad. La mera promoción no afecta a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) ni de expresión [art. 20.1 a) CE], pero sí a la neutralidad ideológica del Estado o de la administración pública. Cabe preguntarse entonces si no hay otro medio para lograr el fin de luchar contra la discriminación que resulte menos dañino para la objetividad y la neutralidad ideológica. Sea como fuere, es dudoso que ese lenguaje escrito, que promueven desde arriba los poderes públicos, mediante un intervencionismo legal y administrativo, cale en el modo en que habla la gente común. A lo sumo, aumentará la distancia, ya ostensible, entre el mundo oficial y el real, y la impresión de que los poderes públicos utilizan el lenguaje con fines políticos e ideológicos, con olvido de las normas gramaticales y de la economía y belleza del lenguaje.

Y, además, puede resultar problemático pasar de la promoción a la imposición y sanción. Por el momento, los poderes públicos no obligan a usar el lenguaje inclusivo¹⁰³. No parece que se halle justificado imponer consecuencias jurídicas negativas por no seguir el modelo de corrección e inclusión que promueven las instituciones públicas¹⁰⁴. Aun así, el problema se ha planteado ya en la práctica, en un supuesto en que el Departamento de Empresa y Trabajo de la Generalitat de Cataluña impuso una sanción de 7.501 euros a una empresa, por considerar que había incurrido en una discriminación por razón de sexo, al publicar una oferta de trabajo que utilizaba el sustantivo genérico, y aludía a un “delineante” y un “candidato”. No deja de ser curioso que la empresa seleccionó a una mujer, y no a los otros dos hombres que aspiraban al puesto de trabajo, lo cual no fue óbice para que, tres meses más tarde, la Inspección de Trabajo y

¹⁰³ Álvarez (2020: 135-140), Gil (2023: 4 ss) y Escobar (2023: 3).

¹⁰⁴ Marías (2019b) cuestiona la licitud de la privación de oportunidades y beneficios a quienes no siguen el lenguaje inclusivo que promueve el Ayuntamiento de Barcelona (2019).

Seguridad Social levantase el acta de infracción, que hubo de anular la sentencia nº 335/2023, de 15 de noviembre, del Juzgado de lo Social nº 2 de Lleida¹⁰⁵. Tampoco parece que puedan imponer, en el futuro, el uso del lenguaje inclusivo. En el ámbito público, imponer la obligación de usar el lenguaje inclusivo podría afectar a la neutralidad ideológica del Estado o de las administraciones públicas y, asimismo, al principio constitucional de imparcialidad de los funcionarios (art. 103.3 CE), e incluso a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE], aunque podría justificarse la restricción sobre ellas¹⁰⁶. Como la propuesta de imponer el lenguaje inclusivo no forma parte del orden objetivo de principios o valores de la CE, sino de una ideología concreta,

¹⁰⁵ Berbell (2024). La empresa Starmodul SLU, especializada en la construcción de estructuras metálicas con un sistema patentado, publicó en el portal Indeed, el 17 de febrero de 2022, una oferta de trabajo que rezaba así: “Empresa dedicada a la construcción industrializada necesita incorporar a su departamento técnico a un delineante para la realización de dibujos de estructuras metálicas. Se requiere delineante con conocimientos en CAD y programas de diseño. Nos adaptamos al programa utilizado por el candidato. Se necesita disponibilidad total para incorporación inmediata. Tipo de puesto: jornada completa. Contrato indefinido. Horario: turno de 8 horas. Educación: FP grado medio (deseable). Fecha de inicio prevista 01/03/22”. El acta de infracción de la Inspección de Trabajo considera que “la empresa no presenta justificación objetiva para requerir explícitamente en su oferta de empleo que los candidatos fueran hombres, careciendo de fundamento alguno la necesidad de este extremo, ya que el hecho de ser hombre o mujer, resulta del todo irrelevante para el desarrollo de dicha actividad profesional», refiere dicha Inspección”. Y entiende que el empresario había cometido una infracción muy grave en materia de empleo, al infringir el artículo 16.1 c) de la LISOS. La sentencia anula la sanción, y señala, entre otras cosas: “De acuerdo al análisis del contexto, no se desprende un contenido discriminatorio, sino el simple uso del singular masculino como genérico de la palabra que designa. Y lo hace en tres ocasiones: delineante, un delineante, el candidato; claramente genéricas. Y ello atendiendo al contexto, en el que aparte de ‘delineante’ y ‘candidato’ no se menciona dentro de las circunstancias ninguna otra referencia de la que se pueda inferir tal exclusión del género femenino; máxime cuando el genérico delineante aparece en el texto con y sin artículo indeterminado, lo que refuerza su uso como valor genérico del lenguaje y no como valor específicamente masculino”.

¹⁰⁶ Escobar (2023: 3 y 4). Sobre la neutralidad ideológica, cfr. la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 21 de noviembre de 2022 (RJ 165/2023), que confirma la nulidad del acuerdo de 21 de octubre de 2019 del Claustro de la Universitat de Barcelona (UB), celebrado en sesión extraordinaria, por el que se aprobó una resolución contra la conocida como “sentencia del *procés*”, con el título de *Manifiesto conjunto de las Universidades catalanas de rechazo de las condenas de los presos políticos catalanes y a la judicialización de la política*. Cfr. la nota de prensa del Consejo General del Poder Judicial (2022) y el comentario de Magaldi (2023). En la actualidad, el artículo 45.2 g) de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, atribuye al claustro la competencia para “analizar y debatir otras temáticas de especial trascendencia”. La modificación, que pretende sortear la jurisprudencia del TS, es el resultado de una enmienda transaccional del grupo socialista y del grupo confederal de Unidas Podemos-En comú Podem-Galicia en común, a petición de ERC, Junts y Bildu. Al preguntarse si un órgano como la unidad de igualdad, el consejo de gobierno o el consejo de departamento puede adoptar un acuerdo sobre el lenguaje inclusivo que se tenga como la voluntad de la Universidad, cabe aducir que la promoción de ese lenguaje no es una cuestión ajena al objeto y funciones de la Universidad y a los intereses de la comunidad que la integra, pero también que se refiere a un asunto de naturaleza política o ideológica, propio del debate social y político, y que divide a la ciudadanía. Cabría considerar que, si la Universidad toma partido en esa controversia, se extralimita en el ejercicio de la autonomía universitaria y vulnera el principio de objetividad o neutralidad ideológica, al asumir como propios postulados que se apartan del sentir común de los hablantes y de los criterios de la RAE, aun cuando se limite a aprobar una guía de carácter no vinculante. Un profesor o un estudiante podría preguntarse por qué la Universidad da unas recomendaciones de las que parece deducirse que, quienes no se acomodan a ellas, incurrir en un uso sexista del lenguaje.

el intento de imponerla vulneraría el principio de objetividad o neutralidad ideológica que cabe esperar del Estado y de toda administración y, asimismo, la libertad ideológica y de expresión, que incluye usar o no ese tipo de lenguaje. En el ámbito privado, obligar a usar el lenguaje inclusivo vulneraría la libertad ideológica y de expresión¹⁰⁷.

Así pues, una cosa es promocionar, y otra prohibir o imponer. En Francia, Alemania o Argentina, se ha prohibido el uso del lenguaje inclusivo en ciertos ámbitos, como la educación¹⁰⁸. Aunque la prohibición de las formas extremas de lenguaje inclusivo quizá pudiese hallarse justificada en los niveles de la educación primaria y aun secundaria, para asegurar la enseñanza de una expresión correcta, así oral como escrita, y evitar la anarquía y la inseguridad, no parece una idea feliz que los poderes públicos interfirieran artificialmente en el proceso de creación del lenguaje, prohibiendo u obligando a usar el lenguaje inclusivo. Tan autoritaria es la prohibición como la imposición. En cuanto a la RAE, cuyo lema es “limpia, fija y da esplendor”, no tiene una misión prescriptora. Vela por constatar el uso normal y correcto de la lengua. La RAE no ordena, ni impone, ni obliga, ni exige; no prohíbe, ni castiga, ni multa; tan solo orienta, sugiere, recomienda, aconseja; avisa de que tal o cual término es peyorativo, o vulgar, o despectivo; indica lo que es correcto gramatical, sintáctica y ortográficamente. El diccionario de la RAE no dicta normas, sino que las recoge y refleja¹⁰⁹.

Toda institución que se precie ha elaborado una guía de uso no sexista del lenguaje. Por ejemplo, la Universidad de Alcalá ha publicado, en 2020, una *Guía de términos y expresiones inclusivas y no sexistas* y una *Guía básica para facilitar la incorporación de*

¹⁰⁷ Cfr. Escobar (2023: 4), quien añade que eso “nos conduciría hacia un Estado totalitario”.

¹⁰⁸ En Francia, cfr. la *Circulaire du 21 novembre 2017 relative aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au Journal officiel de la République française*, en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000036068906> (10 de enero de 2024). El primer ministro señala: “En revanche, je vous invite, en particulier pour les textes destinés à être publiés au Journal officiel de la République française, à ne pas faire usage de l'écriture dite inclusive, qui désigne les pratiques rédactionnelles et typographiques visant à substituer à l'emploi du masculin, lorsqu'il est utilisé dans un sens générique, une graphie faisant ressortir l'existence d'une forme féminine. Outre le respect du formalisme propre aux actes de nature juridique, les administrations relevant de l'Etat doivent se conformer aux règles grammaticales et syntaxiques, notamment pour des raisons d'intelligibilité et de clarté de la norme”. La decisión del Consejo de Estado de 28 de febrero de 2019 consideró ajustada a derecho la circular. Cfr. *Conseil d'État, 2ème - 7ème chambres réunies, 28 février 2019, Groupement d'information et de soutien sur les questions sexuelles et sexuées*, Inédit au recueil Lebon, en <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000038186296/> (12 de enero de 2024) y, para un comentario crítico, Rolin (2021). Cfr., asimismo, la *Circulaire du 5 mai 2001 relative aux règles de féminisation dans les actes administratifs du ministère de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports et les pratiques d'enseignement*, Le Bulletin Officiel de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports, n° 18 du 6 mai 2021, en <https://www.education.gouv.fr/bo/21/Hebdo18/MENB2114203C.htm> (31 de diciembre de 2023) y, en la prensa, BBC (2022) y Libreros (2023).

¹⁰⁹ Nos lo recuerda Marías (2006 y 2019b).

*la perspectiva de género en la docencia de la Universidad de Alcalá*¹¹⁰. Resulta obvio que el profesor o profesora de la Universidad de Alcalá que, sin menospreciar a nadie, o proferir expresiones vejatorias o degradantes, ni discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, descarte el uso del lenguaje inclusivo y prefiera seguir diciendo o escribiendo que intervendrán “distintos ponentes”, en vez de “diferentes ponentes” -por ejemplo, para evitar una asonancia- no incurre, por ese solo hecho, en una infracción administrativa o en un delito sancionable. El derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción impide cualquier censura previa o iniciativa de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar o determinar la forma de expresión en el sistema educativo y en los libros de texto u otro material docente. Habría que aplicar aquí la regla *in dubio pro libertate*, para proteger la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y expresión, así como la libertad de cátedra y la autonomía pedagógica en la selección y adopción de libros de texto y otros materiales docentes. En suma, una cosa es eliminar estereotipos sexistas o discriminatorios que resulten ofensivos o intolerantes, de forma objetiva, en cada momento histórico, y otra muy diferente imponer supuestas soluciones que nada añaden al fomento de la igualdad entre mujeres y hombres, más allá de confundir y contravenir normas gramaticales básicas. Ahora bien, la libertad es inseparable de la responsabilidad. El ejercicio de la libertad lingüística, para acomodar el habla al uso común de la lengua, ya sea por convicción, ya por pereza, ya por inadvertencia, puede aparejar ciertos inconvenientes. Quizá conllevará que se tache al hablante de insensible, o de provocador, o que se lo tilde de sexista o de retrógrado o conservador, o que se lo acuse de fobia u odio. Tal es el precio de la libertad. Sin embargo, no deja de ser paradójico que alguien sufra un menoscabo de su reputación o de sus derechos, o que se le acuse de vejar o discriminar, por seguir las reglas de la tradición, acordadas mediante consenso por la comunidad lingüística, y que acepta la RAE, en vez de plegarse al deseo de quienes imponen como un dogma concepciones discutibles sobre el sexismo en el lenguaje.

Como cualesquiera hablantes, el empresario y sus representantes son libres para usar o no el lenguaje inclusivo. Que lo utilicen, ya en las comunicaciones informales, ya en las oficiales, no tiene por qué restringir, en principio, la libertad de los trabajadores para usarlo o no entre sí o en sus relaciones con la empresa. Desde luego, el empresario o sus representantes pueden preferir la lengua común. Emplear el lenguaje estándar no supone discriminación alguna. Por eso, resulta perturbadora la noticia, a que hemos

¹¹⁰ Universidad de Alcalá (2020a y 2020b).

aludido más arriba, de que la sentencia nº 335/2023, de 15 de noviembre, del Juzgado de lo Social nº 2 de Lleida haya debido anular la sanción que la administración laboral había impuesto a un empresario por usar, en una oferta de trabajo, el masculino como género no marcado, y hablar de un “delineante” o un “candidato”¹¹¹. Es perverso el razonamiento que lleva a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a considerar que hay una discriminación por razón de sexo: el intérprete da por sentado que el masculino se utiliza para designar tan solo a los hombres, en un supuesto en que cualquier receptor del mensaje que se halle libre de prejuicios entiende, sin dificultad, que actúa como género no marcado. De los dos sentidos posibles, la administración laboral elige el que conlleva una discriminación, por más que el empresario hubiese contratado ya a una mujer. Si hubiese sido la intención del empresario excluir a las mujeres, no hubiese contratado a una tras el proceso de selección, en el que participaron otros dos hombres. El problema, que puede darse quizá en otros lugares, y agravarse por la pasividad o el miedo de los hablantes, ilustra con claridad la urgencia e importancia de defender la lengua común de las interpretaciones sesgadas y arbitrarias de quienes ven discriminaciones donde no las hay.

Como regla general, y salvo que se trate del titular de una empresa ideológica, el empresario no está facultado para imponer el uso del lenguaje inclusivo. A lo sumo, podría imponerlo quizá en contextos muy limitados, como el modo en que los trabajadores deben dirigirse a los clientes o usuarios, en los saludos o despedidas, o en el encabezamiento de las comunicaciones oficiales. Si se trata de un empresario del sector público, cabría distinguir entre las administraciones en sentido estricto y las demás entidades u organismos. Aunque no se halla en una posición equivalente a la de los poderes públicos, el empresario del sector privado o público puede promocionarlo, si no coarta la libertad de los trabajadores. En este sentido, podría elaborar guías o recomendaciones para el uso de una determinada forma de expresarse, en las relaciones en la empresa y con los proveedores, clientes o usuarios. La negociación colectiva puede ser también un cauce idóneo para promocionarlo. El IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado ofrece un modelo de regulación, por el uso sistemático, y con buen criterio, de todas las estrategias de lenguaje inclusivo¹¹². De igual modo, los planes de igualdad son un cauce

¹¹¹ Berbell (2024).

¹¹² Cfr. la resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra el IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE de 17 de mayo de 2019).

idóneo para la difusión del lenguaje inclusivo¹¹³. También sería esencial una educación para la igualdad y una formación jurídica en género y diversidad de las personas que intervienen en la elaboración y aplicación de las normas laborales, incluidas las que representan a los trabajadores y sindicatos y a las organizaciones empresariales.

En principio, el empresario no debería prohibir el lenguaje inclusivo en la comunicación de los trabajadores entre sí o con la empresa. No parece que tenga sentido prohibirlo en las comunicaciones informales. Si lo prohibiese en las oficiales, el empresario tendría que justificar en qué le perjudica el uso y por qué no puede tolerarlo. Más dudas suscita el hecho de que lo prohíba en las relaciones entre los trabajadores y los clientes o usuarios. En el ejercicio de la libertad de empresa, el empresario puede considerar que los trabajadores deben evitar el uso del lenguaje inclusivo en las comunicaciones oficiales, para respetar los criterios que acepta, hoy en día, la comunidad de hablantes.

El caso de la empresa ideológica es particular. Una empresa puede tener como fin la promoción de los derechos de las mujeres o de las personas que no se identifican con uno u otro sexo. Por el contrario, también puede basarse en una crítica a los postulados que mantienen las visiones más radicales del movimiento LGTBIQA+. En tales casos, y aunque habría que analizar con detenimiento las circunstancias de cada conflicto que se produzca, podría estar justificada la imposición o, por el contrario, la prohibición del uso del lenguaje inclusivo, así en las relaciones entre los trabajadores, o de estos con el empresario, o con los proveedores, clientes o usuarios. No se vulnerarían la libertad ideológica o de expresión. Pero se antoja difícil imaginar que pueda considerarse justificada una sanción o un despido por el solo hecho de que la redactora de una revista de lesbianas escriba, en un texto, por inadvertencia, “el trabajador” o “los trabajadores”, en vez de “la persona trabajadora” o “los trabajadores y las trabajadoras”. En esos conflictos, habría que atender al carácter más o menos ideológico del puesto de trabajo, a la intencionalidad o no del trabajador y, asimismo, a si se trata de un hecho aislado o esporádico, o de un comportamiento contumaz.

En suma, en la medida de lo posible, debe regir en la empresa un ambiente de libertad, tolerancia y respeto, de modo que cada cual pueda expresar sus ideas y convicciones en el lenguaje que considere más adecuado, sin dañar ni discriminar a los

¹¹³ Así, el artículo 8.3 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, “el plan de igualdad contendrá las medidas que resulten necesarias en virtud de los resultados del diagnóstico, pudiendo incorporar medidas relativas a materias no enumeradas en el artículo 46.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, como violencia de género, lenguaje y comunicación no sexista u otras, identificando todos los objetivos y las medidas evaluables por cada objetivo fijado para eliminar posibles desigualdades y cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en el ámbito de la empresa”. Cfr. Barrado (2020: 236 ss.).

otros. El principio de la buena fe obliga a respetar los intereses de la contraparte, en la mayor medida posible, y sin sacrificar por completo los propios intereses¹¹⁴. Como escribió Gracián (1647: 154), no se ha de llegar al exceso de “hacer incurable el daño ajeno por el provecho propio”.

A la vista de cuanto antecede, cabe definir el lenguaje inclusivo como una propuesta de reforma lingüística con pretensión normativa que postula el recurso a distintas estrategias de expresión oral o escrita, para evitar una discriminación real o presunta por razón de sexo, género social o identidad de género¹¹⁵.

II. CRÍTICA

La crítica del uso del lenguaje inclusivo se articula en torno a dos argumentos: la creación e historicidad del lenguaje (2.1) y las reglas gramaticales y la belleza del lenguaje (2.2).

2.1. Creación e historicidad del lenguaje

En la discusión, es oportuno recordar la distinción entre el lenguaje, la lengua y el habla que lleva a cabo Ferdinand de Saussure, el creador de la lingüística contemporánea¹¹⁶. Simplificando, podemos decir que, desde un punto de vista técnico, el lenguaje engloba la lengua y el habla (*langue et parole*). La lengua es el sistema de expresiones convencionales que usa una comunidad, y el habla, el uso individual del sistema. La lengua es social e independiente del individuo, y el habla, individual. La lengua es un código compartido, y el habla, el uso de la lengua que hace un hablante. La lengua es necesaria para que el habla resulte inteligible y produzca todos sus efectos, y el habla sirve para establecer y fijar la lengua.

Así las cosas, parece claro que las propuestas de reforma lingüística que promueve el lenguaje inclusivo pretenden influir en el habla, para que se convierta en lengua y, por tanto, en algo normativo. Uno de los argumentos esenciales de los partidarios del

¹¹⁴ Gil (2003: 227 ss.).

¹¹⁵ Para elaborar el concepto, he partido de las consideraciones de ONU, “Lenguaje inclusivo en cuanto al género”, en <https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/> (2 de enero de 2024). He tratado de evitar el riesgo de subjetividad de la noción del Parlamento Europeo (2008). He eliminado las referencias a la pretensión de evitar estereotipos y de dar visibilidad a la mujer o a las personas de la comunidad LGTBQIA+, porque se hallan implícitas en el objetivo de evitar la discriminación. He añadido otros elementos, como la pretensión normativa, que subraya, por ejemplo, la Académie Française (2017), cuando señala que la *écriture inclusive* “prétend s’imposer comme norme”. En fin, he añadido que la discriminación puede ser real o presunta.

¹¹⁶ Saussure (2005: 14 ss.). En la gramática generativa, Chomsky (1965: 1 ss.) distingue entre la competencia (*competence*) y la actuación (*performance*), es decir, entre el conocimiento del lenguaje y el uso que hacen de él los hablantes en situaciones concretas.

lenguaje inclusivo es que el masculino genérico oculta a la mujer. De orden psicolingüístico, se apoya en dos premisas discutibles desde un punto de vista científico, y que se combinan con la fuerza argumentativa de un silogismo. La premisa mayor es que, en la conciencia social, no existe lo que no se nombra; la premisa menor, que el masculino genérico no nombra a la mujer, y la conclusión, que el masculino genérico contribuye a ocultar a la mujer en la conciencia social¹¹⁷.

El razonamiento parte de la frase “lo que no se nombra, no existe”, que es común atribuir al pensador George Steiner¹¹⁸. La escribiera o no el autor inglés, sirve a los partidarios del lenguaje inclusivo que la invocan como punto de partida para justificar la crítica a las reglas tradicionales de la gramática, a las que tachan de sexistas, y para postular diferentes recursos y procedimientos para hacer visible a la mujer, y evitar, sobre todo, el masculino genérico plural. Dan por hecho que, si no se menciona específicamente a la mujer, se la oculta tras el masculino genérico plural, y se la hace desaparecer. En resumen, de la frase probablemente apócrifa de Steiner se colige, por

¹¹⁷ RAE (2020: 48). Cfr. entre otros, Grijelmo (2022b y 2023f), cuya crítica del postulado se apoya tanto en argumentos lingüísticos, como en un sondeo basado en una muestra significativa.

¹¹⁸ Grijelmo (2022g) duda de la autenticidad de la cita, pese a que miembros del gobierno y otras personas se la adjudican con frecuencia a ese pensador, cuando hablan sobre el lenguaje sexista y defienden duplicaciones como “niños y niñas” o “ciudadanos y ciudadanas”. A su juicio, no parece que sean exactas las únicas referencias precisas al origen de la frase que ha encontrado, y que remiten a la página 199 de la monografía *Lenguaje y silencio*, publicada por Gedisa, en 1976. El hecho no debe escandalizarnos. Acaso no sea impertinente traer aquí a colación una anécdota que debió de contar Bertold Brecht. Al parecer, ya desde su época de estudiante, Brecht se divertía atribuyendo a Goethe frases más o menos originales, ingeniosas o peregrinas, y comprobando que ninguno de los profesores advertía, censuraba o criticaba la ocurrencia. Es curioso comprobar cómo Brecht ha sido víctima también de esas atribuciones apócrifas. Con frecuencia, se le asigna la autoría del poema que reza así:

*Als die Nazis die Kommunisten holten,
habe ich geschwiegen,
ich war ja kein Kommunist.
Als sie die Sozialdemokraten einsperrten,
habe ich geschwiegen,
ich war ja kein Sozialdemokrat.
Als sie die Gewerkschafter holten,
habe ich geschwiegen,
ich war ja kein Gewerkschafter.
Als sie mich holten,
gab es keinen mehr,
der protestieren konnte.*

En realidad, no lo escribió Brecht, sino Emil Gustav Friedrich Martin Niemöller. El poema, muy citado, a menudo modificado y a veces mal utilizado, puede leerse en <http://martin-niemoeller-stiftung.de/martin-niemoeller/als-die-nazis-die-kommunisten-holten> (11 de mayo de 2023). Para comprobar hasta qué punto se ha deformado a veces, pueden consultarse también otras páginas.

ejemplo, que, si se alude tan solo a un trabajador, no se da a la trabajadora la visibilidad que merece. Por eso, se evita hablar de trabajador, y se postula el desdoblamiento, o se prefieren expresiones como persona trabajadora, a todas luces incorrectas desde un punto de vista gramatical, como tendremos ocasión de comprobar más abajo.

Antes de proseguir, y sin elucidar ahora por qué la invisibilidad que se denuncia es siempre del sexo femenino, y nunca del masculino¹¹⁹, conviene detenerse un momento en la exégesis de la frase, que expresa una idea discutible. Empecemos por la parte relativa a “lo que no se nombra”. En primer lugar, hay seres o cosas inefables, que quizá existen, y que no pueden o deben explicarse con palabras. El vocablo inefable procede del latín *ineffabilis*, que significa indecible¹²⁰. Es bien sabido que, en el pasaje bíblico de la zarza, Dios se refiere a sí mismo con las fórmulas “Yo soy el Dios de tus padres, el Dios de Abraham, el Dios de Isaac, el Dios de Jacob” (Ex 3: 6) y “yo soy el que soy” (Ex 3: 14)¹²¹. La última expresión se halla relacionada con *Yahve*, el tetragrámaton o teónimo del Dios bíblico. Dios ordena a Moisés que hable así a los israelitas: “‘Yo soy’ me envía a vosotros” (Ex 3: 14). En este sentido, el significado bíblico de inefable se refiere a aquello que no puede expresar el ser humano¹²². También puede resultar imposible hablar sobre otras cuestiones profanas, como la música¹²³, o el dolor o los padecimientos¹²⁴.

En segundo lugar, hay asuntos o problemas filosóficos de los que quizá no puede hablarse con provecho, o en que resulta más conveniente callar. Nos enfrentamos aquí a

¹¹⁹ Si San Francisco de Asís hubiese convocado una asamblea de animales, y estos hubieran podido transmitirle sus inquietudes más íntimas, quizá algunos machos panteras, o águilas, o hienas, imbuidos del espíritu de los nuevos tiempos, se hubiesen quejado amargamente de quedar invisibilizados.

¹²⁰ Cfr. “Inefable”, en el diccionario de la RAE, en <https://dle.rae.es/inefable?m=form> (11 de mayo de 2023). Algunas obras recurren a la contraposición. Cfr. Vega y Cuesta (2018) acerca de lo decible y lo indecible en la obra de Rilke, y Bell (1987) en la mecánica cuántica.

¹²¹ Conferencia Episcopal Española (2011: 65). El texto de la traducción oficial de la Conferencia Episcopal Española puede consultarse en <https://www.conferenciaepiscopal.es/biblia/> (24 de enero de 2024).

¹²² Según el *Diccionario Bíblico*, son aquellos sentimientos indescriptibles, pero que se tiene la certeza de experimentar, como el amor hacia Dios o el gozo y el regocijo que siente el cristiano en su corazón, y que fluye de su espíritu (Gálatas 5: 22-23 y 1 Pedro 1: 8). Cfr. el significado bíblico de inefable en el *Diccionario Bíblico*, en <https://diccionariobiblico.org/inefable> (11 de mayo de 2023).

¹²³ Así, Barenboim (2023) ha confesado: “Creo firmemente que es imposible hablar sobre la música”.

¹²⁴ La sabiduría popular ha acuñado la expresión *sufrir lo indecible*: cfr. <https://diccionario.reverso.net/espanol-definiciones/sufrir-lo-indecible> (17 de enero de 2024). Por eso, en *El Crítico*, Critilo señala: “Mándasme renovar -dijo- un dolor, que es más para sentido que para dicho”: cfr. Gracián (1651-1657: 543). En Rom. 8: 26, San Pablo aduce que el “Espíritu mismo intercede por nosotros con gemidos inefables”. Cfr., asimismo, Muñoz Molina (2024a), quien observa que hay historias que, por su propia naturaleza demasiado íntima o atroz, parece que están en el límite mismo del silencio, y que no pueden contarse sin una profanación, o deslealtad, o riesgo de mentira. Y concluye que hay cosas supremas que no pueden, o que no deben, contarse.

la cuestión de los límites del lenguaje. Vienen a la mente, de inmediato, las palabras de Wittgenstein, en el *Tractatus Logico-Philosophicus: Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen*: “de lo que no puede hablarse, es mejor callar”¹²⁵. La base del llamado solipsismo de Wittgenstein es que “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”¹²⁶. Si el lenguaje retrata solo los hechos y, por otro lado, el mundo es el conjunto de los hechos¹²⁷, coinciden los límites del lenguaje y del mundo. A los efectos que aquí interesan, basta con señalar que, en ocasiones, sobre cuestiones difíciles, puede ser mejor no hablar. Sea cual sea el grado de existencia del ser, problema o cuestión, el ser racional prefiere no hablar, y opta por el silencio.

En tercer lugar, y desde el punto de vista lingüístico, la afirmación también es incorrecta, entre otras cosas porque, a menudo, el sentido de lo que se dice expresa mucho más que el grupo de palabras que se pronuncian o escriben, merced a los sobreentendidos, presuposiciones, insinuaciones, o connotaciones. En esos casos, de ocultación deducible, existe lo que no se nombra¹²⁸. El Capítulo IV de la Primera Parte del Quijote, que lleva por título *De lo que le sucedió a nuestro caballero cuando salió de la venta*, ofrece un ejemplo muy conocido de frase cuyo sentido se comprende por el contexto. Cervantes (1605: 56) escribe: “La del alba sería cuando don Quijote salió de la venta tan contento, tan gallardo, tan alborozado por verse ya armado caballero, que el gozo le reventaba por las cinchas del caballo”. Aunque el texto reza “la del alba”, el lector sabe que se trata de la hora del alba, porque el antecedente es la palabra hora, con que acaba el capítulo anterior: “El ventero, por verle ya fuera de la venta, con no menos retóricas, aunque con más breves palabras, respondió a las suyas y, sin pedirle la costa de la posada, le dejó ir a la buen hora” (Cervantes, 1605: 55). La omisión de la palabra es uno de los distintos procedimientos que ensaya Cervantes para crear la cohesión entre los capítulos. Cervantes busca un efecto artístico. No nombrando, despierta la atención del lector.

En cuarto y último lugar, por lo que se refiere a la parte de la frase “lo que no se nombra”, hay ocasiones en que no se nombra algo por economía del lenguaje, y para

¹²⁵ Wittgenstein (1922), proposición 7. Ya en prefacio de la obra, el filósofo resume el sentido general de la obra: *Man könnte den ganzen Sinn des Buches etwa in die Worte fassen: Was sich überhaupt sagen lässt, lässt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muss man schweigen*: “Podría resumirse todo el sentido del libro en las palabras: Lo que puede decirse, puede decirse con claridad; y de lo que no puede hablarse, hay que callar”. Cfr. Wittgenstein (1922), *Vorwort*, párrafo segundo.

¹²⁶ Wittgenstein (1922), proposición 5.6.: *Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt*.

¹²⁷ Wittgenstein (1922), proposición 1.1.: *Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge*.

¹²⁸ Grijelmo (2019: 72 ss. y 2022).

dar mayor agilidad a la expresión. En buena medida, esa razón justifica que los hablantes en castellano se hayan puesto de acuerdo para considerar que, en determinados contextos, el masculino actúa u obra como género no marcado. Para evitar las repeticiones engorrosas e innecesarias, han convenido que la expresión “estatuto de los trabajadores” incluya tanto a los trabajadores como a las trabajadoras. Al igual que el masculino como género no marcado, nombres genéricos o sustantivos colectivos como la gente, la ciudadanía, el proletariado, la plantilla, la judicatura o la comunidad política, cumplen una función simplificadora, sin que quepa negar la existencia y la inclusión de los elementos que no se nombran. Del mismo modo que el uso del nombre genérico no anula las singularidades que lo componen, el masculino genérico no anula la diversidad de los sujetos aludidos. Por el contrario, el empeño en nombrar que traslucen algunas estrategias del lenguaje inclusivo, como la reiteración de los desdoblamientos, cansa al oyente o lector, y menosprecia su inteligencia, al asumir como indiscutible el postulado de que no puede entenderse lo que no se designa de modo explícito. Así como han acordado que cumpla esa función el masculino, podrían ponerse de acuerdo, en el futuro, en que lo haga el femenino. Mientras tanto, es incorrecto usarlo a tal fin.

Si la frase que se atribuye a Steiner resulta criticable por lo que hace a la posibilidad, conveniencia o necesidad de nombrar algo, también lo es en lo que se refiere a los vínculos entre el lenguaje y la existencia de lo que se nombra. No parece que la existencia de un ser dependa de que tenga o no un nombre, y de que el sujeto lo nombre. El nombrar no puede ser el criterio de la existencia o la realidad. Es entendimiento de lo que sucede. El relato bíblico señala que Adán puso nombre a todos los ganados, a los pájaros del cielo y a las bestias del campo (Gn. 2: 20)¹²⁹. En cada comunidad y momento histórico, los hablantes acuerdan qué seres o cosas del mundo físico o espiritual necesitan nombrarse. Que algo no se nombre, no lo priva de la

¹²⁹ Conferencia Episcopal Española (2011: 9), En *De los nombres de Cristo*, Libro I, “De los nombres en general”, Fray Luis de León considera que “el *nombre*, si hemos de decirlo en pocas palabras, es una palabra breve, que se sustituye por aquello de quien se dice y se toma por ello mismo. O *nombre* es aquello mismo que se nombra, no en el ser real y verdadero que ello tiene, sino en el ser que le da nuestra boca y entendimiento”. Añade que “todas las cosas viven y tienen ser en nuestro entendimiento, cuando las entendemos y cuando las nombramos en nuestras bocas y lenguas. Y lo que ellas son en sí mismas, esa misma razón de ser tienen en nosotros, si nuestras bocas y entendimientos son verdaderos”. Y, más adelante: “Digo *esa misma* en razón de semejanza, aunque en cualidad de modo diferente, conforme a lo dicho. Porque el ser que tienen en sí es ser de tomo y de cuerpo, y ser estable y que así permanece; pero en el entendimiento que las entiende, hácense a la condición de él y son espirituales y delicadas; y para decirlo en una palabra, en sí son la verdad, mas en el entendimiento y en la boca son imágenes de la verdad, esto es, de sí mismas, e imágenes que substituyen y tienen la vez de sus mismas cosas para el efecto y fin que está dicho y, finalmente, en sí son ellas mismas, y en nuestra boca y entendimiento sus nombres. Y así queda claro lo que al principio dijimos, que el *nombre* es como imagen de la cosa de quien se dice, o la misma cosa disfrazada en otra manera, que substituye por ella y se toma por ella, para el fin y propósito de perfección y comunidad que dijimos”. Cfr. León (1583a: 414 ss.).

existencia. Volviendo de nuevo a la teoría de Sapir-Whorf, la comunidad de hablantes puede sentir la necesidad de nombrar algo. Así, por ejemplo, los esquimales pueden reservar varias palabras para los distintos matices del blanco de la nieve, o los rusos pueden usar términos diferentes para diferentes clases de nieve. En países más cálidos, como España, puede bastar con un solo nombre o, a lo sumo, dos¹³⁰. Que no haya, en castellano, varios nombres para referirse a las gradaciones del color blanco en la nieve, no significa que dejen de existir esos matices. El esquimal los percibe, y puede nombrarlos. El hispanohablante podrá o no percibirlos, pero no puede nombrarlos. De igual modo, que se nombre algo, no hace que exista necesariamente. La libertad, la igualdad o la democracia no existen por el mero hecho de que las invoquemos. Hay mitos, entelequias, embustes, desinformaciones, noticias falsas, medias verdades. Por mucho que alguien se empeñe en nombrar lo que no existe, no lo convierte en real. A lo sumo, en esos casos, la palabra, el verbo o el logos crea una ilusión, un fantasma o una apariencia de realidad, que subyuga o atemoriza o reafirma en un prejuicio. O la palabra se transforma en una suerte de pensamiento mágico, y se cree o hace creer que, por el solo hecho de nombrar algo, se le dota ya de realidad.

Sea como fuere, cabe dudar de la idoneidad del medio que emplean los defensores del lenguaje inclusivo para conseguir el fin que persiguen. En general, los recursos, estrategias y propuestas del lenguaje inclusivo se circunscriben al lenguaje escrito, por lo que también se les da el nombre de escritura inclusiva, en países como Francia¹³¹. Resulta difícil seguirlas en el lenguaje oral, porque alargan el discurso, o exigen del hablante que extreme la atención. Pues bien, resulta autoritario y artificioso tratar de influir en el lenguaje oral por medio de un lenguaje escrito, impuesto desde arriba, por las instituciones y un grupo de hablantes que buscan dar mayor visibilidad a la mujer, o borrar las diferencias de género para englobar e incluir a las personas de género no binario, partiendo de una concepción subjetiva y discutible de las relaciones entre el género gramatical y el sexo biológico o el género como construcción social. El lenguaje oral precede al escrito¹³². Podría considerarse que, en cada momento histórico, el ideal

¹³⁰ La palabra “aguanieve” o la expresión “nieve derretida” puede servir para traducir un término ruso que aparece, por ejemplo, en el título de la segunda parte de las *Memorias de un hombre del subsuelo*: cfr. Dostoievski (1864: 1475 ss.).

¹³¹ Académie française (2017) y Carrère d’Encausse y Lambron (2021).

¹³² En este sentido, la escritora francesa Katherine Millet, que no cree que sea necesario adoptar un lenguaje inclusivo, declaró a *Le Monde*: “He intentado pronunciar algunas palabras y es infernal. No es una lengua oral, y la oralidad viene antes que la escritura”. Cfr. Vicente (2017).

de estilo literario coincide con el modo en que se expresa un hablante culto, con claridad, corrección y elegancia, sin incurrir en pedantería¹³³.

¿Quién crea la lengua? ¿El pueblo o las instituciones o los poderes públicos? Parece claro que la lengua la crean los hablantes. La lengua nace y evoluciona por medio del consenso social¹³⁴. Los esfuerzos por mejorarla desde otras instancias, ya sean políticas o académicas, suelen resultar baldíos. Recuerdan a los proyectos descabellados de los profesores de la escuela de la lengua, en la gran academia de Lagado, la capital de Balnibarbi, que describe Jonathan Swift, en *Los viajes de Gulliver*, y que consistían en la supresión de toda palabra que no fuese un sustantivo, o incluso de todas ellas, para expresarse por medio de las cosas, con ganancia de la brevedad y a fin de poner los cimientos de una lengua universal¹³⁵. Aun así, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, los poderes públicos coadyuvan también al desarrollo del lenguaje. Ya hemos respondido antes a la pregunta de si los poderes públicos pueden promover, imponer o prohibir el uso del lenguaje inclusivo. Hemos mantenido que los poderes públicos no deberían prohibir ni imponer, sino, a lo sumo, promover el uso del lenguaje inclusivo. Pero cabe dudar de que ese lenguaje escrito, o propio de los discursos políticos, que promueven o imponen desde arriba los poderes públicos, cale en el modo en que habla la gente común. Es poco probable que el lenguaje inclusivo acabe por imponerse, ni en la lengua común, ni en la propia del derecho del trabajo¹³⁶. Cuando son

¹³³ Azorín (1921: 148 y 149) indica que, mientras que el estilo de sus contemporáneos era más o menos literario, el de Fray Luis de Granada era sencillo, natural, un estilo hablado, pero el hablado “en una conversación o plática de gente culta y decorosa”. Y añade que, “por eso, la prosa de este hombre es casi nueva, casi moderna, inactual”.

¹³⁴ Lo subraya Lola Pons, según recoge Sáliche (2023). También Grijelmo (2023b) destaca que las transformaciones en la lengua, lentas y limitadas, se producen desde abajo, mediante el acuerdo de los hablantes, y no desde arriba, impuestas por la minoría dirigente, por medio del intervencionismo político y administrativo.

¹³⁵ *Gulliver's Travels*, Part III, Chapter V: cfr. Swift (1726: 172 ss).

¹³⁶ Muchos creen que, pese a las prohibiciones, el lenguaje inclusivo llegará a imponerse: cfr. BBC (2022). Al parecer, y como cuenta Muñoz Machado, Carmen Calvo, entonces vicepresidenta del gobierno, se disgustó cuando la RAE le entregó el informe que había encargado sobre el lenguaje inclusivo en la Constitución: “Le pareció que no quedaba acorde con lo que pretendía. Luego hizo declaraciones sosteniendo que dijéramos lo que dijéramos, esa manera de hablar se iba a imponer, que resultaba irresistible porque concernía a la igualdad de la mujer. Nosotros le explicamos lo que estamos haciendo por evitar la excesiva masculinización del lenguaje”. Cfr. Ruiz Mantilla (2020). Más razonable es la opinión de quienes consideran que pasará, como otras modas culturales. Félix de Azúa, escritor y académico, dice del lenguaje inclusivo: “Esas son modas que pasan. Salen, florecen, se marchitan y mueren. Como el *hula hoop*”: cfr. Seisdedos (2019). Para Hélène Carrère d'Encausse, la escritura inclusiva “es algo secundario”, que “acabará por desaparecer”: “son efectos de moda impulsados por minorías”. Cfr. González (2023). Como cabía esperar, es nula la repercusión del lenguaje inclusivo en la lengua hablada o conversación coloquial del común de la gente; limitada en las alocuciones oficiales y administrativas, y poco significativa en los medios de comunicación: cfr. Martínez (2008: 153 ss.) y Rodríguez Fernández (2009), que lleva a cabo un recorrido por la prensa escrita de los últimos treinta años. La lengua escrita es más propicia a acoger las fórmulas inclusivas. Las disposiciones normativas y

importantes y duraderos, los cambios sociales o políticos suelen provocar cambios en la lengua¹³⁷. A veces, pueden hacerse modificaciones explícitas de las reglas ortográficas. Pero la evolución en la gramática suele producirse por una convención tácita entre los hablantes. Impulsado por una minoría con determinadas convicciones políticas e ideológicas, pasará como otras modas culturales, y dejará algunos vestigios o cicatrices en el lenguaje, en particular en la lengua escrita. Pasará como espuma flaca que arrastra el vendaval, como humo que se desvanece y esparce en el aire, como recuerdo fugaz del huésped de un día (Sab. 5: 15). Como edificio mal fundado, vendrá a tierra con ruido¹³⁸. Porque “nunca se asienta lo que no ha de durar; y lo que no dice con la hechura del alma y ingenio, aunque en ello nos ensayemos, se cae”¹³⁹. Una cosa es evitar la excesiva masculinización de la lengua, o introducir algún neologismo en el léxico, y otra postular un lenguaje inclusivo plúmbeo y rebuscado, con dobles interminables, falta de respeto a la gramática y contrario a la economía y a la belleza del lenguaje. La gramática no puede manipularse con facilidad. No puede generalizarse ese lenguaje casi siempre pesado, incorrecto y enemigo de la eficacia y la belleza. ¿Quién habla así en la calle? ¿Quién escribe así una novela que busque interesar al lector? El lenguaje inclusivo o no binario forma parte de la lengua en la medida en que lo utilicen los hablantes. De no generalizarse, se convertirá, a lo sumo, en la seña de identidad de unos pocos, en una especie de jerga de leguleyo, en un lenguaje oficial o de cancillería, en una convención de los brindis que se olvida tras el primer sorbo, en uno de los recursos más socorridos de los discursos políticos. El lenguaje inclusivo no puede imponerse, porque es enrevesado y contraría las normas de la gramática aceptadas de forma general.

Asimismo, el lenguaje inclusivo suscita el problema de la historicidad del lenguaje. Es importante que el discurso sobre el lenguaje inclusivo mire solo al presente y al futuro, y no al pasado. En cada momento histórico, el uso determina el modo de hablar y escribir que se considera correcto, natural y elegante. Asistimos hoy a una pugna entre los partidarios de usar el lenguaje inclusivo y quienes continúan hablando como hacen los demás, y como la RAE o la *Académie Française* consideran que es correcto y

reglamentarias y los actos administrativos se prestan a la manipulación de la lengua común. ¿Trasluce ese intento el deseo implícito de acrecentar la distancia, ya considerable hoy en día, entre el universo oficial y el real, en vez de trabajar para acortarla? Cr. RAE (2024: 4).

¹³⁷ Así, por ejemplo, García de Enterría (1994: 35 ss.) estudia los efectos inmediatos de la Revolución francesa sobre la lengua. También el Institut d'Estudis Catalans (2023: 1) destaca que “els canvis socials, quan són importants i creen situacions duradores, solen provocar modificacions en la llengua”, y que “les conquestes socials en el terreny de la igualtat dels sexes han fet evolucionar la llengua”; y termina: “El camí invers, en canvi, és més aviat incert”.

¹³⁸ León (1779: 178).

¹³⁹ León (1883: 924).

adecuado¹⁴⁰. Pero esa lucha no puede trasladarse al pasado. No puede reescribirse la historia. Las obras son hijas de su tiempo. Durante siglos, se ha hablado sin problemas del hombre para referirse al ser humano o a la humanidad¹⁴¹, o se han empleado expresiones como *homo sapiens*, *homo oeconomicus*, *homo faber*, *homo juridicus*, *homo viator* u *homo ludens*. Como se sabe, y por poner solo algún ejemplo, para la filosofía griega, el hombre es un ser racional. Recogiendo el *lupus est homo homini*, de Plauto (*Asinaria*, II, IV), Hobbes (1651a: 1) escribió que *man to man is an arrant wolf*¹⁴². Asimismo, en la primera parte de *El Crítico*, Crisi IV, Gracián (1651-1657) escribe que “cada uno es un lobo para el otro, si ya no es peor el ser hombre”; que “si los hombres no son fieras es porque son más fieros, que de su crueldad aprendieron muchas veces ellas”, y que “no hay lobo, no hay león, no hay tigre, no hay basilisco, que llegue al hombre; a todos excede en fiereza”¹⁴³. Buffon (1753) señaló que *le style est l’homme même*. Pascal (1669) pretendía dividir los *Pensées* en dos partes: *Misère de l’homme sans Dieu* y *Félicité de l’homme avec Dieu*¹⁴⁴. Y Marx y Engels concluyeron el *Manifest der Kommunistischen Partei*, de 1848, con las palabras: *Die Proletarier haben nichts in ihr zu verlieren als ihre Ketten. Sie haben eine Welt zu gewinnen. Proletarier aller Länder,*

¹⁴⁰ Cfr. en Bassets (2021) las reflexiones de Hélène Carrère d'Encausse, entonces secretaria perpetua de la Académie Française.

¹⁴¹ Como recuerda Marías (2008b), “la etimología de ‘hombre’ es ‘humus’, sustantivo *femenino* que significaba ‘tierra’ o ‘suelo’, lo cual más neutro no puede ser (de ahí ‘inhumar’ o ‘exhumar’); y por eso, al decir ‘el hombre’ en general, se está diciendo exactamente lo mismo que al decir ‘el ser humano’ o ‘la humanidad’, que a los feministas a ultranza les parecen contradictoriamente bien, pues tanto ‘humano’ como ‘humanidad’ derivan de ‘hombre’. Así, ‘homicidio’ engloba la muerte a manos de otro de *cualquier* miembro de nuestra especie, lo mismo que ‘elefanticidio’ o ‘canicidio’ englobaría la de cualquier elefante o perro, sin necesidad de precisar en cada ocasión si se trata de un elefante o un perro macho o hembra. Se habla de ‘el hombre’ -‘el terroso’, en origen- como se dice que ‘el león es carnívoro’ o ‘la rata frecuenta las alcantarillas’ o ‘el tigre es muy peligroso’ o ‘la jirafa tiene el cuello largo’ o ‘la cebra es rayada’. Según estos plastos, tendríamos que hablar siempre de ‘la jirafa y el jirafó’, ‘la rata y el rato’, ‘el tigre y la tigresa’ y ‘la cebra y el cebro’. Desean hacer de la lengua algo odioso, inservible y soporífero”. Cfr. también Grijelmo (2019: 232 ss.).

¹⁴² El texto suele traducirse como *el hombre es un lobo para el hombre*. En realidad, procede de *De Cive or the Citizen*, que se publicó originariamente en latín, en 1642, en París. En 1651, y tras las dos ediciones en latín que vieron la luz, en 1647, en Ámsterdam, apareció la traducción inglesa de la obra, que es la que he utilizado. El texto completo dice así: “To speak impartially, both sayings are very true: that man to man is a kind of God; and that man to man is an arrant wolf. The first is true, if we compare citizens among themselves; and the second, if we compare cities”. A menudo, se cita *El Leviathan*, de 1651. También aparece allí la imagen, pero el lobo se asocia a los herejes, en el comentario al texto de Mat 10: 16: “Mirad que yo os envío como ovejas entre lobos”: Cfr. Hobbes (1651b) y Conferencia Episcopal Española (2011: 1228).

¹⁴³ Cfr. Gracián (1651-1657: 543, 544 y 545). La Crisi IV lleva por título “El despeñadero de la vida”. Critilo concluye el razonamiento refiriendo un apólogo muy conocido, que prueba la fiereza e ingratitud del hombre, mayor que la de las fieras: cfr. Gracián (1651-1657: 545 ss.).

¹⁴⁴ Es decir, “Miseria del hombre sin Dios” y “Felicidad del hombre con Dios”. Cfr. Pascal (1669a).

*vereinigt euch!*¹⁴⁵. Que, para algunas sensibilidades, hoy fuese mejor decir persona, o ser humano, o proletariado o proletarios y proletarias, no justifica que pueda abominarse del pasado. Tiene que servir para cambiar el futuro. En su caso, las propuestas sobre el lenguaje inclusivo deben servir para guiar y orientar el uso del lenguaje en el presente y en el futuro, no para censurar el que se hizo de él en el pasado. Poco ganaríamos reescribiendo las obras del pasado, escritas con otra mentalidad. El traductor tiene quizá un margen mayor de maniobra, aunque no debería deformar el texto original¹⁴⁶, y podría quizá sustituir “hombre” por “ser humano”, “humano” o “persona humana”. En textos relevantes, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, puede resultar

¹⁴⁵ Cfr. Marx y Engels (1848). El texto suele traducirse como „*¡Proletarios del mundo, uníos!*”, aunque sería más exacto decir quizá “de todos los países” o “de todas las naciones”. Con la indicación “Verwendung der Personenbezeichnung” o uso de la designación personal, el diccionario Duden aclara: “In bestimmten Situationen wird die maskuline Form (z. B. *Arzt, Mieter, Bäcker*) gebraucht, um damit Personen aller Geschlechter zu bezeichnen. Bei dieser Verwendung ist aber sprachlich nicht immer eindeutig, ob nur männliche Personen gemeint sind oder auch andere. Deswegen wird seit einiger Zeit über sprachliche Alternativen diskutiert”. Cfr. la voz “Proletarier”, en <https://www.duden.de/rechtschreibung/Proletarier> (2 de enero de 2024) y, asimismo, “Die geschlechtsübergreifende Verwendung maskuliner Formen”, en <https://www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/generische-verwendungsweise-maskuliner-formen> (2 de enero de 2024), y “Geschlechtergerechter Sprachgebrauch”, en <https://www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/Geschlechtergerechter-Sprachgebrauch> (2 de enero de 2024). Acepta así, como válido, el postulado de que parten los defensores del lenguaje inclusivo, según el cual no siempre está claro, desde el punto de vista lingüístico, si el masculino genérico plural se refiere solo a personas de sexo masculino, o también a otras. Y añade que, por eso, desde hace tiempo, se debaten alternativas lingüísticas para evitar ese problema.

¹⁴⁶ La creatividad o las licencias del traductor tienen límites, como demuestra la polémica que suscitó la traducción al ucraniano de las obras de Gogol. Nacido en el imperio ruso, en el territorio de la actual Ucrania, Nikolai Vasilievich Gogol es uno de los autores más importantes de la literatura rusa. En la versión de *Taras Bulba* que se publicó en 2009, la traducción al ucraniano de la novela eliminó de forma sistemática las alusiones a “Rusia” y a la “patria rusa”, y las sustituyó por términos como “nuestra tierra”, “la tierra de los cosacos” o “Ucrania”. La traducción irritó a los comentaristas y políticos rusos, que vieron en el texto ucraniano un intento consciente de deformar la obra de Gogol, para adaptarla a las realidades geopolíticas actuales. El malestar por esas licencias hizo que, en la Duma Estatal de Rusia, el diputado Konstantin Zatulin, vicepresidente del comité dedicado a los Estados postsoviéticos, hablase incluso de “actividades subversivas” contra Gogol y su obra. Por unanimidad, la Duma adoptó una declaración en la que subrayaba el carácter ruso de Gogol y, recurriendo a la cita de un contemporáneo del escritor, afirmaba que, para los autores rusos, checos, ucranios y serbios, el ruso o la “lengua de Pushkin” debe ser “como el Evangelio para todos los cristianos”. Cfr. Bonet (2009). De ser cierto el dicho italiano *traduttore, traditore*, y como indica Micó (2018: 40), los traductores hallarían acomodo en el noveno y más terrible de los círculos del Infierno, que Dante Alighieri reserva a quienes traicionan a sus benefactores, pues estropean las obras de quienes han mejorado nuestra vida. Ahora bien, cabe también pensar que los traductores son como las “almas perdidas en el limbo” (*Inf.* IV, 40-42), melancólicamente suspendidas entre el deseo de alcanzar la perfección de la obra original y la conciencia de que nunca la lograrán (Micó, 2018: 40): Cfr. Alighieri (1472). El texto original de la *Commedia* puede leerse en <https://www.danteonline.it/italiano/opere.asp?idope=1&idlang=OR> (12 de enero de 2024). Acerca del oficio de traductor, siguen siendo de interés las observaciones de Fray Luis de León, en el prólogo a la *Exposición del Cantar de los Cantares de Salomón*. Entre otras cosas, indica que “el que traslada ha de ser fiel y cabal y, si fuere posible, contar las palabras para dar otras tantas, y no más ni menos, de la misma cualidad y condición y variedad de significaciones que las originales tienen, sin limitarlas a su propio sentido y parecer, para que los que leyeren la traducción puedan entender toda la variedad de sentidos a que da ocasión el original, si se leyese, y queden libres para escoger de ellos el que mejor les pareciere”. Cfr. León (1582: 74).

también oportuno actualizar el título, para evitar que se refiera al hombre, como masculino genérico, aunque también es respetable la decisión de seguir llamándola *Déclaration universelle des droits de l'homme*, como hacen los hablantes en francés. ¿Qué tiene de extraño que prefiera seguir hablando de *droits de l'homme* quien respeta y aun venera la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789? Así pues, en general, no parece que sea oportuno reescribir textos jurídicos ya antiguos, que tienen tras sí una historia, como la Constitución de los Estados Unidos, de 17 de septiembre de 1787. Tampoco resulta conveniente modificar disposiciones normativas más modernas, como la Constitución española, de 1978, que vieron la luz en un espíritu de concordia y esperanza que ha desaparecido. Es muy conocido el texto *Frauds on the Fairies*, de 1853, publicado en el periódico *Household Words*, en que Charles Dickens se mofa del intento del ilustrador George Cruikshank de adulterar los cuentos clásicos, para introducir en ellos propósitos moralizantes, e incluso propone, con humor, una nueva versión de la *Cenicienta*, en el estilo de uno de esos supuestos benefactores de la humanidad¹⁴⁷. Hace años, de forma satírica, James Finn Garner relató de nuevo los cuentos tradicionales, para acomodarlos a las exigencias de la corrección política¹⁴⁸. Polémicas como las de la reescritura de las obras de Roald Dahl¹⁴⁹ o Ian Fleming¹⁵⁰, para adaptarlas a un lenguaje políticamente correcto o inclusivo, ponen de relieve el riesgo de incurrir en una nueva censura, auspiciada por el pensamiento *woke*, que se une a la que promueve también la visión del mundo más tradicional y reaccionaria¹⁵¹. En el mundo anglosajón, se han puesto de moda los *sensitivity readers*, o lectores que conocen o son expertos en las sensibilidades de un grupo determinado, cuya misión consiste en señalar los pasajes de un libro que podrían herirlas¹⁵². Si ya es discutible la idea de purgar un texto literario que se escribe ahora, para que no ofenda, moleste o hiera a ciertos individuos o grupos, resulta aún más perturbadora si se traduce en la modificación de una obra del pasado, escrita en otra época¹⁵³. Como sucede al enjuiciar la obra de

¹⁴⁷ Dickens (1853) y Gándara (2024).

¹⁴⁸ Garner (1994, 1995a y 1995b).

¹⁴⁹ Koch y Fanjul (2023), Del Molino (2023), Lindo (2023), Lijtmaer (2023), El Hachmi (2023) y Vásquez (2023a).

¹⁵⁰ Vásquez (2023b).

¹⁵¹ Desde 2021, y como subraya Rubio Hancock (2024), esa libertad de censurar libros se ha traducido en la prohibición de más de 5.800 obras en las escuelas y bibliotecas de Estados Unidos.

¹⁵² Vásquez (2023b) y Bassets (2023b).

¹⁵³ Sobre la revisión de las obras literarias del pasado, para adaptarlas al lenguaje actual, Carrère d'Encausse opinaba: "Es estúpido. No hay que tocar a las obras maestras. Es como si decidiésemos rehacer *El entierro del conde de Orgaz* porque en vez de enterrar queremos una cremación. No soy retrógrada, no estoy en contra de los cambios, pero no hay que cambiar por cambiar. Hay algo que existe: el patrimonio, lo que los siglos nos han aportado. ¿Vamos a

Picasso a la luz del movimiento *#MeToo*, la reescritura de textos literarios escritos en otras épocas y con otra mentalidad entra en el terreno de la reinterpretación anacrónica o de la ucronía¹⁵⁴. Más sensato que reescribir los clásicos, es dialogar con ellos. Ni hay que prohibirlos o quemarlos, ni reverenciarlos como si fuesen textos sagrados. Los clásicos nunca terminan de decir lo que tienen que decir y, cuanto más creemos conocerlos de oídas, tanto más nuevos, inesperados e inéditos resultan al leerlos de verdad¹⁵⁵.

2.2. Reglas gramaticales y belleza del lenguaje

Paso ya al segundo grupo de críticas, que juzgan el lenguaje inclusivo desde el prisma del respeto a las reglas gramaticales y a la belleza del lenguaje.

A diferencia del lenguaje políticamente correcto común, en que basta con sustituir una palabra por otra, y decir afroamericano o afrodescendiente en vez de negro, o discapacitado o persona con discapacidad en vez de disminuido o minusválido, el lenguaje inclusivo plantea problemas lingüísticos complejos, cuya solución se antoja difícil, y que no se circunscriben tan solo al ámbito del léxico, sino que afectan también a la gramática. En castellano, en los sustantivos que designan seres animados, y como sucede en otras lenguas romances, el masculino gramatical es el género no marcado y no solo se emplea para referirse a los individuos de sexo masculino, sino también para designar la clase, esto es, a todos los individuos de la especie, sin distinción de sexos¹⁵⁶. Tal sucede, por ejemplo, cuando se dice que el hombre es un ser racional, o un bípedo implume, o un lobo para el hombre. Consecuentemente, cuando se emplean en plural, los nombres apelativos masculinos pueden incluir en su designación a seres de uno y otro sexo. En la posibilidad de referirse a colectivos mixtos a través del género gramatical masculino, no debe verse discriminación alguna, sino la aplicación de la ley lingüística de la economía expresiva¹⁵⁷. Desde el punto de vista gramatical, “el trabajador” incluye a “la trabajadora”, y “los trabajadores”, a “las trabajadoras”. Con la expresión “los trabajadores”, podemos referirnos a un colectivo formado tan solo por trabajadores varones, pero también a un colectivo mixto, formado por hombres y mujeres. Por eso, parafraseando el título del artículo de un lingüista, cabe decir que todas las trabajadoras

reescribir la *Odisea* porque Ulises era un macho y nos molesta que su mujer lo haya estado esperando?”. Cfr. González (2023).

¹⁵⁴ Cfr. Sánchez-Vallejo (2023), acerca de una polémica exposición feminista, que celebra a Picasso en el museo de Brooklyn, en el 50º aniversario de su muerte.

¹⁵⁵ Calvino (1991: 13 y 15).

¹⁵⁶ RAE (2005), apartado 2.1.

¹⁵⁷ RAE (2005), apartado 2.1; Bosque (2012: 4 ss), y Fábregas, Horno, Gumiel, Martí y otros (2012), apartado 3.3.

son trabajadores, y muchos trabajadores también trabajadoras¹⁵⁸. Entonces, ¿por qué se afirma que es sexista hablar de “el trabajador” o “los trabajadores”? ¿Obedece a razones de corrección lingüística, o de corrección política, la costumbre de hacer explícita la alusión a ambos sexos, que se extiende en los últimos tiempos? Muchas de las propuestas de los partidarios del lenguaje inclusivo pueden dar lugar a confusión y, a menudo, resultan innecesarias o artificiosas.

Es obvio que la lengua evoluciona, y que, en pocos años, se han hecho avances considerables en algunos ámbitos. Hay cuestiones pacíficas, como la conveniencia de evitar expresiones machistas¹⁵⁹, o el uso, donde sea posible, del femenino de algunas titulaciones académicas, profesiones o cargos¹⁶⁰. La Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 22 de marzo de 1995 adecúa la denominación de los títulos académicos oficiales a la condición masculina o femenina de quienes los obtengan (BOE de 28 de marzo de 1995). Así, recoge palabras como “ingeniera”, “maestra” o “médica”. Hace años, se consideraba que la palabra juez englobaba a cuantos hombres y mujeres ejerciesen las tareas propias de la judicatura. Con la evolución de la sociedad, se ha abierto paso el uso de la palabra “jueza”, que hoy se utiliza con naturalidad, guste más o menos al hablante¹⁶¹. De igual modo, con el transcurso del tiempo, se ha impuesto la

¹⁵⁸ Roca (2009) titula su trabajo: “Todas las vascas son vascos, y muchos vascos también vascas. Género y sexo en el castellano”. La RAE (2020: 10, 14 y 27) menciona también, como uno de los sustantivos de género masculino que se usan en el texto constitucional en grupos nominales en plural con interpretación inequívocamente inclusiva, los *trabajadores*, a veces asociado con los *empresarios* (arts. 7, 37.1, 37.2 o 129.2, entre otros). Y añade que, asimismo, son inclusivas las expresiones construidas con grupos nominales de persona en masculino que aparecen sin artículo, como los sindicatos de *trabajadores* (art. 7). Ya antes, el 17 de mayo de 2019, había precisado que, en “Los trabajadores españoles tienen reconocido el derecho a la huelga” se incluye en la referencia tanto a los hombres como a las mujeres que trabajan, y el 12 de junio de 2019, que, salvo que la mención de ambos géneros sea un factor relevante en el mensaje, como cuando se dice que “los trabajadores y las trabajadoras no compartirán vestuarios», son innecesarios los desdoblamientos, porque el masculino gramatical engloba en la referencia a hombres y mujeres: cfr. <https://twitter.com/RAEinforma/status/1129379399688708096> y <https://twitter.com/RAEinforma/status/113877726393958401> (24 de enero de 2024) y RAE (2020: 68 y 71).

¹⁵⁹ Uno de los retos del lenguaje inclusivo es eliminar las asociaciones peyorativas que han heredado del sexismo social algunas palabras femeninas. Que sean o no machistas ciertas palabras o expresiones, relacionadas con los órganos sexuales femenino y masculino, es cuestión que se debate: cfr. Grijelmo (2020a y 2021f) y Marías (2008a). Ciertas palabras o expresiones de resonancia sexual se censuran y condenan en un juicio sumarisimo, desprovisto del trámite de audiencia, y sin conocer su historia y evolución, y el modo en que se relacionan con otras, de sentido opuesto.

¹⁶⁰ RAE (2005), apartado 3; Bosque (2012: 8), y Fábregas, Horno, Gumiel, Martí y otros (2012), apartado 3.3. Cfr., asimismo, Cerquiglini (dir.) (1999), Accademia della Crusca (2017) y Académie Française (2019).

¹⁶¹ Cfr. <https://dle.rae.es/juez?m=form> (13 de mayo de 2023) y, asimismo, Grijelmo (2019: 127 ss). Aun así, Bosque (2012: 8) condena que las guías o recomendaciones de uso del lenguaje inclusivo no parezcan admitir que una profesional de la judicatura pueda elegir entre ser jueza o juez, ni una licenciada en medicina pueda escoger entre llamarse médica o médico, aunque se ha constatado, en múltiples casos, que existen preferencias geográficas, además de personales, por una u otra

utilización de “presidenta”, aunque pudiera resultar extraño desde un punto de vista gramatical¹⁶². En ocasiones, el uso del femenino o del desdoblamiento sigue generando controversias, o resulta más difícil¹⁶³. Mientras que, en Alemania, se habla con frecuencia de *die Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr*¹⁶⁴, muchos prefieren seguir diciendo, en España, “la soldado”, en vez de “la soldada”¹⁶⁵. Por eso, convendría respetar la libertad de los hablantes para seguir la tradición o las nuevas tendencias.

Ahora bien, la corriente de nombrar en femenino, que propugna una parte del movimiento feminista, puede abocar al ridículo. Ya hemos aludido antes a palabras como “sujeta”, “jóvena”, “alta carga del gobierno”, “miembra” o “cuerpa”. ¿Quién puede

denominación. De igual modo, y como advierte Grijelmo (2023a), llama la atención que los dirigentes de Podemos eviten las duplicaciones, y se refieran tan solo a los jueces, cuando transmiten un mensaje crítico hacia los magistrados.

¹⁶² El sufijo -nte forma adjetivos deverbales, llamados tradicionalmente participios activos. Cuando el verbo es de la primera conjugación, toma la forma -ante, y cuando es de la segunda o tercera, -ente o -iente. Significa “que ejecuta la acción expresada por la base”. Como ejemplos, pueden citarse: atacante, cantante, agobiante, veraneante, absorbente, dirigente, dependiente, existente o saliente. Muchos de esos adjetivos suelen sustantivarse, y algunos se han lexicalizado como sustantivos y han generado, a veces, una forma femenina en -nta, como clienta, dependienta o presidenta. Cfr. “-nte”, en <https://dle.rae.es/-nte> (9 de enero de 2024) y el apartado 3 c) de la voz “género”, en RAE (2005). En el caso del verbo ser, el sufijo -ente significa el que tiene identidad o el que es. Por eso, para nombrar a la persona con capacidad para ejercer la acción que expresa el verbo, se añade a este la terminación -ente. Así, quien preside, sea hombre o mujer, es presidente. En principio, usar la palabra presidenta es lo mismo que hablar de estudianta, o de residenta. Por eso, en italiano, y al igual que sucedía en castellano hasta hace no mucho, sigue diciéndose *la presidente*: cfr. Accademia della Crusca (2023: 4). Pero, en cada lengua, los hablantes deciden cuándo se apartan de las reglas gramaticales que crea la tradición. Así, en italiano, desde hace años, se admite la palabra *studentessa* (Accademia della Crusca, 2023: 5), mientras que, en castellano, todavía se rechaza el uso de estudianta. No deja de ser curioso que, en Italia, la evolución se haya producido primero en el ámbito educativo y, en España, en el político.

¹⁶³ Marías (2008a) termina así una de sus columnas: “En cuanto a ‘cancillera’, ‘bedela’, ‘ujjera’ y otras *aes* innecesarias, ya que la terminación en ‘-er’ o en ‘-el’ rara vez indica género masculino ni femenino, a este paso se acabará exigiendo que no se diga ‘mujer’, sino ‘mujera’. Ustedes verán, señoras. Y señores”.

¹⁶⁴ Cfr. la normativa sobre indumentaria del Bundesministerium der Verteidigung (2019). El desdoblamiento lo llevan a cabo, de forma sistemática, en las declaraciones a los medios de comunicación, el canciller Olaf Scholz, el ministro de defensa Boris Pistorius o la ministra de asuntos exteriores Annalena Baerbock, de la *Ampelkoalition*.

¹⁶⁵ Como resaltan Grijelmo (2021a) y Yáñez (2021), a partir de la vigesimotercera edición, vigente desde el 21 de febrero de 2021, el *Libro de estilo* de El País incluye nuevas normas contra la violencia machista y el sexismo, así como la feminización de nombres de oficios, entre las que se encuentra el uso de “soldada”, como “femenino correcto de soldado”. Tras indicar que el diccionario de la RAE no recoge el femenino de esa palabra, Grijelmo (2021d) añade que “soldada” responde a una formación perfectamente regular en nuestra lengua, en analogía con “delegado” y “delegada” o “abogado” y “abogada”, entre otras, y que, por tanto, no puede considerarse ajena al sistema del idioma. Conviene recordar que las acepciones de soldada son “sueldo, salario o estipendio” y “haber del soldado”. Cfr. <https://dle.rae.es/soldada?m=form> (21 de septiembre de 2023) y, asimismo, “La soldado, femenino apropiado”, Fundéu, 26 de agosto de 2012, en <https://www.fundeu.es/recomendacion/la-soldado-femenino-apropiado/> (20 de septiembre de 2023). Por eso, la primera novela de William Faulkner, *Soldiers’ Pay*, de 1926, podría haberse traducido como *La soldada*, y no como *La paga de los soldados*: cfr. Faulkner (1926). *La soldada* es el título de una novela que acaba de ver la luz. En ese manifiesto antibelicista, y como observa Fernández (2024), Tuchschnider (2024) describe la vida caótica, falta de épica y ridícula que llevó durante el servicio militar obligatorio en Israel.

considerar adecuado hablar de ese modo? Por eso, no deja de ser preocupante que el propio legislador, cegado por consideraciones ideológicas, parezca haber olvidado que el sustantivo epiceno *sujeto* tiene un solo género gramatical, que abarca a los dos sexos. Al igual que no decimos “una persona y un persono”, no distinguimos entre “un sujeto y una sujeta”. Con torpeza evidente, el preámbulo de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (BOE de 10 de julio de 2021), señala que da “un tratamiento homogéneo a los sujetos infractores y las sujetas infractoras” (XI). Ya antes, indica: “En segundo lugar, se matizan el alcance y naturaleza de los incumplimientos de las obligaciones específicas del régimen del grupo de entidades en las que necesariamente debe ser sujeta infractora la entidad dominante, por tratarse de la sujeta que ostenta la representación del grupo de entidades y queda obligado al cumplimiento de las obligaciones materiales y formales específicas derivadas del régimen especial” (VIII). No sorprende, pues, que se haya considerado ese preámbulo como “un auténtico catálogo de horrores lingüísticos y de estilo”, aunque, por fortuna, el manual de lenguaje inclusivo no se haya seguido luego en el articulado de la ley¹⁶⁶.

En ocasiones, las propuestas de reforma lingüística parten o proceden quizás de una interpretación errónea. Cuando se propuso hablar de las lesbianas, no debió de tratarse de distinguirlas de los homosexuales, sino de los gays. Como se sabe, el prefijo “homo” no tiene nada que ver con “hombre”: procede del griego ὁμο *-homo-*, y significa “igual”, en palabras como homófono u homosexual¹⁶⁷. Ha pasado hoy a un segundo plano que hubiese o no un error. La comunidad lingüística habla de gays u homosexuales y lesbianas, aunque, dicho de una mujer, lesbiana significa homosexual¹⁶⁸. Con un error evidente, pero ánimo provocador, se habló en su momento de *herstory*, como contrapuesta a *history*, y se adoptó como eslogan que *sisterhood is powerful* y, luego, que *is global o is forever*¹⁶⁹. Todos recuerdan que, en la canción *Imagine*, John Lennon habla de *a brotherhood of man*. Parece obvio que, en castellano, hermandad no es paternidad, y que no sería una buena idea tratar de evitar el uso de hermandad o de fraternidad, postulando una maternidad entre los seres humanos. Quizá por eso, se acuñó el término sororidad, que procede del inglés *sorority* y este del latín medieval

¹⁶⁶ Grijelmo (2021b).

¹⁶⁷ Cfr. <https://dle.rae.es/homo> (13 de mayo de 2023).

¹⁶⁸ Cfr. <https://dle.rae.es/lesbiano?m=form> (13 de mayo de 2023).

¹⁶⁹ Morgan (ed.) (1970, 1996 y 2003).

sororitas.¹⁷⁰ Los ejemplos mencionados demuestran que pueden figurar mañana en los diccionarios palabras que hoy causan extrañeza, o incluso un cierto rechazo. Con más razón aún que en el derecho, es cierta la visión de Pascal sobre las relaciones entre la fuerza o el poder y la justicia o el derecho¹⁷¹. Lo que hoy es un rasgo no normativo o un uso no refrendado por la norma académica, puede convertirse mañana en una regla aceptada por la comunidad lingüística. Mientras tanto, quienes digan o escriban esas palabras, a sabiendas de que siguen un uso no sancionado por los hablantes, deben asumir la posibilidad de que alguno de los oyentes o lectores manifieste su rechazo y aun su hilaridad.

También pueden emplearse expresiones o paráfrasis neutras con pronombres relativos sin género morfológico, como “quienes prestan servicios de forma subordinada”. De este modo, el artículo 1 ET podría quedar redactado así: “Esta ley será de aplicación a quienes voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Dejando a un lado ahora el problema de si, por coherencia, en vez de empleador o empresario, habría que hablar también de “persona empleadora o empresaria”, ese modo de hablar es irreprochable desde un punto de vista gramatical, aunque evita mencionar la palabra trabajador en las primeras líneas de una ley que lleva por título “Estatuto de los trabajadores”, para dar cumplimiento al artículo 35.2 CE. Serviría también para evitar una duda que suscita la redacción actual del texto. Al aludir a los trabajadores que presten sus servicios de forma voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y subordinada o dependiente, el legislador parece dar por descontado que hay otros trabajadores que prestan servicios sin reunir esas notas o requisitos, por cuenta propia o de forma autónoma. Dicho de otro modo, con la redacción vigente, cabe la duda de si el legislador define el concepto de trabajador, o solo de trabajador dependiente. Si la ley dijese “quienes prestan servicios”, no se pronunciaría sobre ese aspecto, y se circunscribiría a acotar el campo de aplicación de la norma. Curiosamente, con esa expresión, no se da visibilidad a la mujer, sino que se oculta y priva de ella al hombre,

¹⁷⁰ Cfr. “sororidad”, en <https://dle.rae.es/sororidad?m=form> (20 de enero de 2024).

¹⁷¹ En la rúbrica «Justice force», de los Pensamientos, Pascal (1669b) apunta que «il est juste que ce qui est juste soit suivi», e «il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi». Añade que «la justice sans force est impuissante», y que «la force sans la justice est tyrannique». Y concluye, tras una explicación de la idea: «Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste». La argumentación de Pascal reposa sobre un modelo combinatorio. El libro *Traité du triangle arithmétique* muestra que Pascal se interesa siempre por las combinaciones. Considera tres posibilidades: la justicia y la fuerza se hallan separadas e intentan subsistir la una sin la otra; lo justo se hace fuerte; lo fuerte se hace justo. Y, tras un razonamiento, llega a la conclusión de que, para preservar la paz que, es el bien supremo, la justicia se somete a la fuerza, y lo que es fuerte se hace justo. Cfr. Lazzeri (1993) y Ferreyrolles (ed.) (1996) y un comentario al pasaje y referencias bibliográficas en <http://www.penseesdepascal.fr/Raisons/Raisons20-approfondir.php> (13 de mayo de 2023).

que al parecer la tenía, de aceptarse el postulado en que se basa el lenguaje inclusivo. Cabría pensar entonces que, para algunos partidarios radicales del lenguaje inclusivo, tan importante como dotar de visibilidad a la mujer, es privar de ella al hombre; o, al menos, ocultar o hacer igualmente invisibles a hombres y mujeres, tras expresiones neutras. En el altar de la inclusión, se sacrifica el individuo por la especie. Sea como fuere, la negociación colectiva emplea a veces la estrategia, como cuando regula los “derechos y garantías de quienes conforman la Comisión Paritaria y Subcomisiones Paritarias”, o dispone que del fin de las relaciones laborales “se informará a quienes representan a los trabajadores y trabajadoras”¹⁷².

Asimismo, respeta las reglas establecidas el uso de nombres genéricos o sustantivos colectivos, como “personal”, “plantilla”, o “representación”. Así, el IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado incluye en su ámbito de aplicación al “personal laboral” (art. 1), y habla también, por ejemplo, del “personal de nuevo ingreso” (art. 32). El artículo 20 de ese convenio se refiere a la “representación de la parte social de la Comisión Paritaria y de sus Subcomisiones Paritarias”, y a “las personas que forman parte de las Subcomisiones Paritarias”. Al igual que sucede en las paráfrasis neutras con pronombres relativos sin género morfológico, el empleo de sustantivos colectivos va en sentido contrario al desdoblamiento, porque uniforma en vez de diferenciar, y oculta a la mujer y al hombre, y los nombra sin diferenciarlos¹⁷³.

Ahora bien, la mayor parte de las estrategias de uso del lenguaje inclusivo violentan o vulneran las reglas gramaticales. Han surgido algunas tendencias de manipulación consciente de la gramática, para hacerla evolucionar en un determinado sentido. Antes de contravenir la gramática, conviene conocerla bien. Y un rasgo de su carácter consiste en no dejarse manipular fácilmente¹⁷⁴. Por eso, en la medida de lo posible, la elección de alternativas al masculino plural genérico debería guiarse por el criterio de respetar las reglas gramaticales. Así, por ejemplo, la RAE considera que no es admisible usar la letra “x” ni la “e” como marca de género, y que es, además, innecesario, porque el masculino gramatical funciona, en nuestra lengua, como en otras, como término inclusivo. El uso no

¹⁷² Artículos 20 y 32.2 del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

¹⁷³ En palabras de Martínez (2008: 85), “el desdoblamiento *-las alumnas y los alumnos-* va en un sentido contrario al empleo de colectivos *-el alumnado-*, pues el primero, diferencia y este otro uniforma; uno visibiliza a la mujer (y al hombre, claro), mientras que el segundo oculta a ambos y los nombra sin diferenciarlos. Como, por otra parte, hace el masculino genérico. En realidad, se ha dado un inútil giro de trescientos sesenta grados: ¡tanto moverse, para terminar en el mismo sitio!”.

¹⁷⁴ Grijelmo (2020c).

está generalizado ni asentado. Además de innecesario, no parece aconsejable utilizar signos como la arroba a las barras, que no pueden pronunciarse o leerse¹⁷⁵.

De igual modo, el uso del femenino genérico, que a menudo se lleva a cabo en contextos políticos y sociales como una forma de contrarrestar el uso del masculino genérico, no se ajusta a la gramática castellana, y puede dar lugar a expresiones equívocas o confusas¹⁷⁶. El uso genérico del masculino se basa en su condición de término no marcado, en la oposición entre el masculino y el femenino. Desde un punto de vista lingüístico, el femenino es un género marcado y, por lo tanto, tiene un uso específico. De ahí que sea incorrecto emplear el femenino para aludir conjuntamente a ambos sexos, con independencia del número de individuos de cada sexo que formen parte del conjunto. Cuando se utiliza el femenino genérico, la interpretación que se hace por defecto es que el grupo está formado exclusivamente por mujeres y, en consecuencia, si se usa en un contexto en el cual también hay hombres, supone una exclusión de los individuos masculinos. Tal es la convención a que ha llegado la comunidad lingüística. Los hablantes podrían alterarla, y considerar que el femenino, y no el masculino, es el término no marcado. De prosperar esa nueva visión, que hoy contraviene el uso, el oyente o lector de la expresión “las trabajadoras” entendería que se refiere a todos los individuos de la especie humana, con independencia de su sexo. Hasta que llegue ese momento, los hablantes seguirán comprendiendo, de forma natural, que el masculino es el género no marcado, y que, al decir o escribir

¹⁷⁵ En una publicación en Twitter, de 30 de mayo de 2018, la RAE responde así a una consulta: “No es admisible usar la letra ‘x’ ni la ‘e’ como marca de género. Es, además, innecesario, pues el masc. gramatical funciona en nuestra lengua, como en otras, como término inclusivo para aludir a colectivos mixtos, o en contextos genéricos o inespecíficos”, en <https://twitter.com/RAEinforma/status/1001739746169769986> (15 de enero de 2024). Asimismo, el 17 de junio de 2020, añadió que “El uso de la ‘x’ como supuesta marca de gén. inclusivo es ajeno a la morfología del español, además de innecesario e impronunciable; el masculino gramatical ya cumple esa función como término no marcado de la oposición de gén.: ‘Los chicos están felices’”. Cfr. <https://twitter.com/RAEinforma/status/1273354002323910669> (15 de enero de 2024). En la respuesta a otra consulta, de 27 de agosto de 2021, la RAE también ha indicado: “La forma ‘elle’ y las terminaciones en ‘-e’ en voces con flexión ‘-o/-a’ son recursos facticios promovidos en ciertos ámbitos para referirse a quienes no se identifican con ninguno de los géneros del par binario, pero su uso no está generalizado ni asentado”. Cfr. <https://twitter.com/RAEinforma/status/1431138699820081152?lang=es> (15 de enero de 2024). Asimismo, en el apartado 2.2 de la voz “género”, la RAE (2005) aclara que, para evitar las repeticiones engorrosas a que a lugar la costumbre reciente e innecesaria de hacer siempre explícita la alusión a los dos sexos, ha comenzado a usarse en carteles y circulares el símbolo de la arroba (@) como recurso gráfico para integrar en una sola palabra las formas masculina y femenina del sustantivo, ya que ese signo parece incluir en su trazo las vocales a y o. La RAE añade que debe tenerse en cuenta que la arroba no es un signo lingüístico y, por eso, es inadmisiblesu uso en tales casos es inadmisibles desde el punto de vista normativo. Y concluye que a eso se añade la imposibilidad de aplicar esa fórmula integradora en muchos casos sin dar lugar a graves inconsistencias, como ocurre en *día del niño@*, donde la contracción *del* solo es válida para el masculino *niño*. Cfr., asimismo, RAE (2024: 1) y Cortes Generales (2023: 13 y 14).

¹⁷⁶ Cfr., de igual modo, para el catalán, el apartado 2, que lleva por título “El femení genèric”, del Institut d’Estudis Catalans (2023: 2).

“trabajadores”, aludimos a cuantos hombres y mujeres prestan servicios para otros de forma subordinada.

También plantea problemas la utilización de sustantivos epicenos¹⁷⁷. Algunas propuestas, como la generalización de “persona” y la sustitución sistemática de “trabajador” por el sintagma “persona trabajadora”, suponen una importación innecesaria del ámbito lingüístico anglosajón, y son formas artificiosas o forzadas para los hispanohablantes, o sintagmas que pueden aportar un significado diferente al que se pretende¹⁷⁸. Recordemos que, desde el punto de vista etimológico, persona procede del latín *persona*, que significa “máscara de actor”, “personaje teatral”, “personalidad”, o “persona”, este del etrusco *persu*, y este del gr. πρόσωπον *prósōpon*¹⁷⁹. Ya desde su origen etimológico, la palabra tiene la connotación de algo artificioso. Por eso, no deja de resultar sorprendente el entusiasmo que ha despertado, y el furor con que el legislador ha abrazado esa moda en las últimas disposiciones normativas. Han secundado la tendencia algunas instituciones, como el Consejo Económico y Social, que estima que, con carácter general, debe evitarse el recurso al masculino genérico, y que es más correcto recurrir al término “personas trabajadoras”, en vez de “trabajadores”¹⁸⁰. Aun así,

¹⁷⁷ Según aclara la RAE (2005), en el apartado 1 b), los sustantivos epicenos son los que, designando seres animados, tienen una forma única, a la que corresponde un solo género gramatical, para referirse, indistintamente, a individuos de uno u otro sexo. En ese caso, el género gramatical es independiente del sexo del referente. Hay epicenos masculinos, como *personaje* o *vástago*, y femeninos, como *persona* o *víctima*. La concordancia debe establecerse siempre en función del género gramatical del sustantivo epiceno, y no en función del sexo del referente.

¹⁷⁸ Gil (2023: 6). De igual modo, el Institut d'Estudis Catalans (2023: 3) subraya: “També es pot recórrer a substantius epicens, com *infant* (en comptes de *nens i nenes, nins i nines, xiquets i xiquetes*) o *persona*. En aquest cas, convé no recórrer a formes artificioses o a sintagmes que poden aportar un significat diferent del pretès com en el cas de *persona treballadora* (en comptes de *treballadors* o de *treballadors i treballadores*), atès que, com a adjectiu, “treballador - treballadora” vol dir ‘que és afectat a treballar’”. La RAE (2024: 2) aclara que expresiones sustitutivas como *personas usuarias* o *personas espectadoras* resultan extremadamente forzadas para cualquier hispanohablante, y que ese recurso sustitutivo puede modificar considerablemente el significado de lo que se desea expresar, porque el significado de *los viajeros* no es el mismo que el de *las personas viajeras*.

¹⁷⁹ Cfr. “Persona”, en <https://dle.rae.es/persona?m=form> (4 de enero de 2024). En la introducción de *La perfecta casada*, Fray Luis de León recurre a la palabra “persona” con su forma y sentido latinos, por personaje escénico,: “Porque, como en la guerra el soldado que desampara su puesto no cumple con su capitán, aunque en otras cosas le sirva; y como en la comedia silban los miradores al que es malo en la persona que representa, aunque en la suya sea muy bueno; así los hombres que se descuidan de sus oficios, aunque en otras virtudes sean cuidadosos, no contentan a Dios”. Cfr. León (1583b: 247).

¹⁸⁰ Cfr., por ejemplo, el Dictamen 5/2023, aprobado en sesión extraordinaria del Pleno de 10 de marzo de 2023, sobre el Anteproyecto de Ley de Modificaciones estructurales de sociedad mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2018/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. En el apartado “Sobre el lenguaje inclusivo y no sexista”, el CES (2023: 7) señala: “Aun cuando el Anteproyecto objeto de dictamen viene a transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/2021, la cual contiene una concreta terminología en relación con el lenguaje de género, el CES considera

hay razones de peso para no compartir ese criterio. Como se sabe, en inglés, donde el artículo definido *the* designa tanto al hombre como a la mujer, una de las estrategias de lenguaje inclusivo es sustituir *man* por *person*, en palabras como *postman* o *chairman*. En castellano, puede decirse el cartero o la cartera, y se ha impuesto la distinción entre el presidente y la presidenta. De igual modo, para evitar decir *workman*, o *workingman* o *working man*¹⁸¹, se ha optado por decir o escribir *working person*, o para eludir *fireman*, se usa *firefighter*. Pues bien: en castellano, el uso de la locución “persona trabajadora” desconoce las reglas gramaticales. En puridad, desde un punto de vista gramatical, una “persona trabajadora” no equivale a un trabajador, ni a la persona que trabaja, ni a quien trabaja. En ese sintagma, trabajadora es adjetivo, equivale a un elogio por la dedicación a las tareas, y significa que se muestra aplicada en sus tareas, y sirve, por tanto, para excluir a quienes no son buenos trabajadores, o particularmente trabajadores. Así, una novelista puede ser o no trabajadora. Por paradójico que parezca, el adjetivo “trabajador” puede aplicarse también al empresario. Hay empresarios trabajadores y empresarios zánganos. Ese sentido propio del adjetivo “trabajadora” aparece, por ejemplo, en *La perfecta casada*, de Fray Luis de León, cuando elogia a la mujer hacendosa y trabajadora¹⁸². Desconocer el análisis puramente gramatical, para evitar el singular o

necesario revisar el texto del mismo a fin de adaptar su redacción a las pautas de lenguaje inclusivo y no sexista. Así, con carácter general, el Consejo estima que debe evitarse el recurso al ‘masculino genérico’, que refleja gran parte del articulado, con, por ejemplo, el término “trabajadores” cuando es más correcto, en este ámbito, recurrir al de ‘personas trabajadoras’”. En el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (BOE de 29 de junio de 2023), el Libro I, que transpone la Directiva de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, el legislador hace oídos sordos a las observaciones del Consejo Económico y Social, y se refiere a los trabajadores y a los representantes de los trabajadores. Por el contrario, el Libro II, que transpone la Directiva (UE) 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, habla de personas trabajadoras. No hace falta mucha perspicacia para constatar que, incluso dentro de un mismo Gobierno, caben distintas sensibilidades, y que, por desgracia, el Ministerio de Trabajo es mucho más beligerante en el uso del lenguaje inclusivo en el campo del derecho del trabajo. Eso hace que el texto del ET resulte cada vez menos hermoso desde un punto de vista literario, y que, en un mismo artículo, convivan la terminología tradicional, que recoge el artículo 35.2 CE, y la nueva y criticable, que afea el estilo. El artículo 34 ET ofrece un ejemplo paradigmático. Cabe entonces preguntarse si la promoción del lenguaje inclusivo debe trasladarse también a la legislación, que tiene una vocación de permanencia, hasta el punto de dejar huellas indelebles en el ordenamiento jurídico.

¹⁸¹ Así, por ejemplo, el disco *Working Man Blues*, de Sonny Terry y Brownie McGhee, que se editó en 2021.

¹⁸² Antes de rasgarse las vestiduras, y condenar el pensamiento de Fray Luis de León, conviene recordar que, en el capítulo VIII de *La perfecta casada*, obra que se publicó en 1583, el monje agustino -quizá el mejor prosista de la literatura española, junto a Fray Luis de Granada, según Azorín (1921: 159)- comenta los versículos de Prov. 31: 17-19, que traduce así: “Ciñóse de fortaleza, y fortificó su brazo. Tomó gusto en el granjear; su candela no se apagó de noche. Puso sus manos en la tortera, y sus dedos tomaron el uso”. En el capítulo, que, en otras ediciones, lleva por título “Cuánto debe evitar la mujer buena el ocio, y de los vicios y malas resultas que de él nacen”, el catedrático de la Universidad de Salamanca escribe: “Tenga valor la mujer, y plantará viña; ame el trabajo, y acrecentará su casa; ponga las manos en lo que es propio de su oficio, y

plural genérico “el trabajador” o “los trabajadores”, produce algunos enredos¹⁸³ y sorpresas¹⁸⁴. El error que supone confundir el sustantivo con el adjetivo salta más a la vista si precisamos la expresión, y decimos, por ejemplo, que una mujer es poco o muy o particularmente trabajadora. También resulta evidente si, en vez de emplear una palabra que puede actuar como sustantivo o como adjetivo, usamos otra que solo es sustantivo. No hablamos de una mujer madre, sino de una madre. Por eso, resulta chocante, en

no se desprecie de él, y crecerán sus riquezas; no se desciña, esto es, no se enmolezca ni haga de la delicada, ni tenga por honra el ocio, ni por estado el descuido y el sueño, sino ponga fuerza en sus brazos, y acostumbre a la vela sus ojos, y saboréese en el trabajar, y no se desdeñe de poner las manos en lo que toca al oficio de las mujeres, por bajo y por menudo que sea, y entonces verá cuánto valen y adónde llegan sus obras”. Añade: “Tres cosas le pide aquí Salomón, y cada una en su verso: que sea trabajadora, lo primero; y lo segundo, que vele; y lo tercero, que hile”. Prosigue: “No quiere que se regale, sino que trabaje. Muchas cosas están escritas por muchos en loor del trabajo, y todo es poco para el bien que hay en él; porque es la sal que preserva de corrupción a nuestra vida y a nuestra alma. Mas yo no quiero decir aquí nada de lo general”. Aclara: “Lo que propiamente toca a la mujer casada, eso diré solamente”. Y, luego de describir los vicios de la mujer perezosa, concluye: “Por manera que, en suma y como en una palabra, el trabajo da a la mujer o el ser, o el ser buena, porque sin él, o no es mujer sino asco, o es tal mujer, que sería menos mal que no fuese”. En suma, en la obra de Fray Luis de León, la mujer trabajadora es la antítesis de la mujer muelle y regalada, o “ventanera, visitadora, callejera, amiga de fiestas, enemiga de su rincón, de su casa olvidada y de las casas ajenas curiosa; pesquisidora de cuanto pasa, y aun de lo que no pasa inventora, parlera y chismosa; de pleitos revolvedora, jugadora también, y dada del todo a la risa y a la conversación y al palacio, con lo demás que por ordinaria consecuencia se sigue, y se calla aquí agora por ser cosa manifiesta y notoria”. Cfr. León (1583: 288 y 289). García (1967: 230) considera que, en *La perfecta casada*, hallamos un elogio de Isabel la Católica, “propuesta como modelo de mujer hacendosa y trabajadora, que con sus propias manos, como la mujer de los Proverbios, hilaba su lana y manejaba su rueca”. En algunas traducciones, como la Biblia del Peregrino, Prov. 31: 10 comienza con la pregunta: “Una mujer hacendosa, ¿quién la hallará?”. Cfr. Alonso Schökel (1995: 1465). La traducción de la Conferencia Episcopal Española (2011: 814) reza: “Una mujer fuerte, ¿quién la hallará?”. Huelga decir que traigo aquí a colación el texto de Fray Luis de León, no porque comparta su modo de pensar sobre la mujer, sino porque ilustra el uso correcto del adjetivo “trabajadora”. Cfr. Acereda (1993) y Lorenzo Arribas (2001 y 2004) acerca del prototipo femenino y la sensibilidad y misoginia en la obra de Fray Luis de León. Puestos ya a hacer aclaraciones, diré que no me parece oportuno abominar de los clásicos, ya por sus opiniones políticas, ya porque defiendan ideas superadas o erróneas, ya porque tuviesen un comportamiento poco edificante o condenable. ¿Dejaremos de leer a Céline, por antisemita, o a Neruda, por la probable violación que cuenta en sus memorias? Para leer *Guerra y paz*, ¿hay que aceptar las ideas de Tolstoi (1969) sobre la historia, o sobre la importancia de los generales en las batallas? ¿Nos privaremos de la lectura de Borges, porque aceptó una medalla de Augusto Pinochet, o de García Márquez, porque se enorgullecía de ser amigo de Fidel Castro? No hace falta ser asceta o místico para deleitarse con la música callada y la soledad sonora de San Juan de la Cruz. Puede disfrutarse de la lectura o de una representación de las obras de Calderón de la Barca sin compartir su pensamiento sobre el honor, el mundo o la existencia humana. Puede admirarse el genio de Lope de Vega y, aun así, desaprobamos su comportamiento licencioso o su “ocupación continua y virtuosa”, impropia de un familiar del Santo Oficio, a la que alude Cervantes (1615: 435), casi con certeza, de forma irónica, en el prólogo a la segunda parte del Quijote. ¿Nos preguntaremos, con Marías (2019a), antes de probar un bocado, si es una buena persona el cocinero? En fin, y según observa De la Villa (2023: 35 y 36), “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 y como un pésimo trabajador por cuenta propia. Cierta moda de fundir y confundir ambos campos, desde planteamientos interesados, no exentos de 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”.

¹⁸³ Grijelmo (2020c).

¹⁸⁴ Durán (2011).

castellano, hablar de una persona artista, como hace el legislador en algunas disposiciones recientes, acogiendo la expresión *artist person*¹⁸⁵. Una persona artista es un o una artista, o una persona que se dedica a las actividades artísticas, como una persona socia es un socio o una socia¹⁸⁶. ¿Hasta cuándo asumiremos, de forma acrítica, como algo bueno, positivo y moderno, las modas que impone el mundo anglosajón?¹⁸⁷ Que, en inglés, pueda ser útil o conveniente decir o escribir *person*, para evitar las terminaciones en *-man*, no significa que tengamos también que seguir, en el uso del castellano, esa estrategia que afea la lengua y distorsiona las reglas gramaticales. En italiano, se ha considerado también ridículo decir, por ejemplo, “la persona estudiante” o “la persona candidata”¹⁸⁸.

En suma: desde un punto de vista gramatical, el *Estatuto de las personas trabajadoras*, que algunos sueñan con redactar y promulgar, tendría como ámbito de aplicación, no a quienes trabajan, sino a quienes lo hacen con especial dedicación a sus tareas, y dejaría fuera de su protección a los perezosos y haraganes. Y la experiencia demuestra que muchas personas no muy trabajadoras, o poco trabajadoras, no tienen

¹⁸⁵ El Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector y que se ha publicado en el BOE de 23 de marzo de 2022, modifica el párrafo e) del artículo 2.1 del texto refundido del ET, que reza ahora: “La de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad”. Cfr. también el Real Decreto-ley 1/20023, 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 (BOE de 11 de enero de 2023). Según el diccionario de la RAE, artista es un sustantivo masculino y femenino, en las cinco primeras acepciones del término. La sexta acepción es la de un adjetivo, ya en desuso: “Dicho de un colegial: Que estudiaba el curso de artes”. Cfr. <https://dle.rae.es/artista?m=form> (19 de agosto de 2023). Cfr. Alzaga (2022 y 2023), para un análisis del nuevo régimen jurídico.

¹⁸⁶ Socio es un sustantivo. El socio o socia es una “persona asociada con otra u otras para algún fin”: cfr. “Socio”, en <https://dle.rae.es/socio?m=form> (15 de enero de 2024).

¹⁸⁷ Marías (2021) apunta: “Han abrazado de manera tan acrítica y con tal fervor los anglicismos de los Estados Unidos, que hoy hablan y escriben una especie de traslación literal del inglés”. De igual modo, a la pregunta de si “cree que en España tendría éxito el #MeToo”, Muñoz Molina empieza señalando: “A mí lo que me molesta es que todo tenga que convertirse en una traducción de algo que ya ha pasado allí” [en Estados Unidos]. Cfr. Cedillo (2023). En otro lugar, Muñoz Molina (2024b) opina que “hablamos y hasta vivimos cada vez más como personajes en una película doblada”; que “el complejo de inferioridad se alía en nosotros con el esnobismo”, y que “somos una cultura doblada, espectros de una traducción mediocre, admiradores de una fiesta a la que nunca estaremos invitados, a no ser como comparsas o personal de servicio”. En fin, Grijelmo (2023c) critica también el anglocentrismo del lenguaje público hispano, y el que se copie y traduzca del inglés de forma inapropiada. La lista de traducciones literales es interminable: trabajo decente (*decent work*), diligencia debida (*due diligence*), administración de Biden-Harris (*Biden-Harris Administration*), cierre del gobierno o de la administración (*government shutdown*), cultura de la cancelación (*cancel culture*), apropiación cultural (*cultural appropriation*), conducta sexual inapropiada (*sexual misconduct*), o gran renuncia o dimisión (*the great resignation*). Gil (2012a: 2 ss y 2020: 31 ss) critica las traducciones de trabajo decente y diligencia debida.

¹⁸⁸ Eco (2001: 10).

más remedio que trabajar, y tienen derecho a la protección que otorga el estatuto de los trabajadores (art. 35.2 CE). Por otro lado, cambiar la expresión *estatuto de los trabajadores* que emplea el constituyente, supondría eliminar una referencia de gran significación simbólica, que remite al *statuto dei lavoratori* italiano, de 1970, una ley emblemática que supuso un punto de inflexión político y jurídico, al proteger la libertad y la dignidad de los trabajadores y la libertad y actividad sindical en la empresa¹⁸⁹. De igual modo, resulta curioso usar la locución “persona trabajadora” en ciertos contextos, como el del acceso al empleo. Cuando busca un empleo, la “persona trabajadora” no parece que equivalga a una persona que trabaja, en la medida en que acude a una agencia de colocación o al servicio público de empleo, y tampoco, en el sentido habitual de la expresión, a una persona con espíritu de trabajo, dedicación al mismo, interés y voluntad en su empeño, porque los vagos o poco trabajadores también tienen derecho a buscarlo y acceder a un empleo¹⁹⁰.

En otros casos, los problemas derivan de la dificultad o imposibilidad para asimilar por completo los individuos al grupo genérico. Como se sabe, una de las estrategias del lenguaje inclusivo consiste en usar nombres colectivos, como el profesorado, el alumnado o el proletariado. Ahora bien, no siempre existe un colectivo que equivalga al doblote o desdoblamiento¹⁹¹. Así, no hay un nombre colectivo, como *trabajadorado*, que englobe y equivalga a la suma indiferenciada de “los trabajadores y las trabajadoras”. Por eso, se ha recurrido a la locución “persona trabajadora”. El problema es frecuente. Tampoco hay un *dependientado*, que aglutine a “las dependientas y los dependientes”. Sucede lo mismo en los casos de “primas y primos”, “hijas e hijos”, “hermanas y hermanos”, “las doctoras y los doctores”, o “las directoras y los directores”. Además, no siempre son intercambiables los nombres en plural y los nombres colectivos¹⁹². En su significación, el sustantivo colectivo lleva siempre la idea de totalidad o, al menos, de una cierta cantidad, lo que conlleva muchas restricciones sintácticas. Al igual que no puede hablarse del vecindario para aludir a tres o cuatro vecinos, tampoco puede decir un trabajador que tenga problemas con la plantilla o el personal de la empresa, si se queja del comportamiento de dos o tres colegas o compañeros de trabajo. La plantilla o el personal es el conjunto o una parte relevante de los trabajadores, y el término no puede

¹⁸⁹ Cfr. Rodríguez-Piñero (1990), para una comparación del *statuto dei lavoratori* y el *estatuto de los trabajadores* y, asimismo, acerca del ET, por todos, Sagardoy (1981 y 1990) y Sagardoy y Gil (2018).

¹⁹⁰ Así lo apunta Durán (2011), en su análisis crítico e irónico del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, y que evita cuidadosamente el uso del término trabajadores, y habla de personas trabajadoras.

¹⁹¹ Martínez (2008: 84).

¹⁹² Martínez (2008: 84 y 85), Bosque (2012: 13 y 14), Institut d'Estudis Catalans (2023: 3) y Ramajo (2023).

usarse para referirse tan solo a dos o tres. Para un grupo determinado de personas, puede existir un nombre colectivo que, en ciertos contextos, cree problemas de inadecuación semántica o gramatical¹⁹³. Ciertas características que se predicán de los ciudadanos, o de los ciudadanos y las ciudadanas, no pueden predicarse de la ciudadanía. ¿Puede encabezarse una carta o un correo electrónico con las palabras “querido profesorado” o “queridas coordinaciones”? ¿Puede el proletariado sufrir un accidente de trabajo o una enfermedad profesional? ¿Cabe decir que la infancia está deprimida, o es muy traviesa, o se pone pesada?¹⁹⁴. Así pues, si se usa con propiedad, el nombre colectivo no supone ningún rasgo propio del lenguaje inclusivo, y, si se hace impropia, para llamar la atención, se consigue a costa de incurrir en una incorrección lingüística que puede poner en peligro la comunicación misma.

En fin, otros problemas son poco menos que insolubles. Sería largo y tedioso explicar ahora por qué muchas de las alternativas que proponen los defensores del lenguaje inclusivo son imperfectas, o empobrecen y afean el lenguaje. Las sustituciones que sugieren pueden suprimir matices relevantes, a los que los hablantes no tienen por qué renunciar. ¿Cómo redactar, por ejemplo, titulares comunes en la prensa, como “Concebidos y nacidos en pandemia? Llegan los primeros hijos de la cuarentena” (*El País*, 12 de enero de 2021). ¿Qué alternativa cabe? ¿Y qué decir de expresiones como “llegados a este punto”, o “convencidos como estamos de la necesidad de usar el lenguaje inclusivo”? Pueden evitarse; pero, en muchos casos, a costa de empobrecer el lenguaje, o, al menos, de reducir el número de alternativas posibles para expresar algo con claridad y precisión¹⁹⁵. Si se nos permite la comparación, es algo así como partir de un postulado falso, como el de que trae mala suerte pisar las líneas de las baldosas o el pavimento, y, considerándolo verdadero, aguzar el ingenio y multiplicar las estrategias y recursos al caminar por la calle, para evitar atraer sobre sí el maleficio. Quien no sea supersticioso, se sorprenderá de ese extrañamiento ritual, y no entenderá qué tiene de malo, al dar un paso, poner el pie donde corresponda. Del mismo modo, el hablante o escritor que juzga la lengua sin prejuicios se sentirá libre para decir o escribir lo que más

¹⁹³ El Institut d'Estudis Catalans (2023: 3) aclara que, “per exemple, no són adequades les frases *Sortiran de l'escola acompanyats pel professorat* o *El teu fill i la teva neboda han estat bon alumnat meu*”.

¹⁹⁴ Marías (2006) escribe: “En cuanto a la sustitución de ‘los niños’ por ‘la infancia’ y simplezas semejantes, iba a quedar muy natural en frases como ‘la infancia es que es muy traviesa’ o ‘qué pesada se pone la infancia’. Tienen sentido de la lengua estas damas, sobre todo literario”.

¹⁹⁵ La RAE (2024: 2) precisa que “el texto de la Mesa del Congreso ejemplifica todas sus propuestas, y añade cautelosamente que deben adaptarse ‘siempre que no cambien el significado’. Omite, en cambio, que las sustituciones sugeridas pueden suprimir matices relevantes, a los que los hablantes no tendrían por qué renunciar. Frente a lo que afirma el texto, no equivalen *forzados por las circunstancias* y *debido a las circunstancias*, ni tampoco *Están capacitados para* y *Son capaces de*, o *No podrá ser declarado apto* y *No podrá aprobarse*. Todos estos ejemplos proceden del texto mencionado y todos están dirigidos a evitar el uso del masculino inclusivo”.

convenga, según el caso, respetando a los demás y sin imponerse reglas cuestionables, como evitar el uso del masculino plural como género no marcado.

Ahora bien, como reconoce la RAE, hay argumentos jurídicos y políticos, que desplazan a veces a los gramaticales¹⁹⁶. Si situamos el debate en el plano político o ideológico, caben múltiples postulados o creencias, y el diálogo resulta difícil. Por eso, conviene continuar el razonamiento, y preguntarse qué efecto produce el uso del lenguaje inclusivo en las cualidades del estilo literario. Enrevesado y artificioso, el estilo de quienes lo usan vulnera, a menudo, la economía y la belleza del lenguaje.

Ante todo, en contra del lenguaje inclusivo, que lesiona la economía del lenguaje, cabe alegar argumentos filosóficos y estéticos. Quizá no sea inoportuno traer a colación la navaja de Ockham, o principio de economía o de parsimonia (*lex parsimoniae*), como principio metodológico y filosófico, según el cual siempre debe optarse por la explicación más simple, con el menor número posible de causas, factores o variables: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*¹⁹⁷. Cuando dos teorías, en igualdad de condiciones, tienen las mismas consecuencias, la más simple tiene más probabilidades de ser correcta que la compleja. En el caso que nos ocupa, si los hablantes, de forma espontánea, se han puesto de acuerdo en que “los trabajadores” alude tanto a los hombres como a las mujeres, ¿para qué multiplicar los entes sin necesidad, y repetir, de forma machacona, “los trabajadores y las trabajadoras”?

De igual modo, hay un argumento estético. La *leggerezza* es la primera de las rúbricas del libro *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, que reúne las lecciones americanas o el ciclo de conferencias que pretendía impartir Italo Calvino en la Universidad de Harvard, en el curso 1985-1986¹⁹⁸. Podemos aplicar esa dicotomía entre la levedad y el peso al debatir acerca del lenguaje inclusivo. En muchos casos, el lenguaje inclusivo da lugar a una pesadez insoportable. Es más pesado que la arena del mar, como hecho de tierra o piedra o plomo. Por el contrario, el uso común y natural de los hablantes se traduce en una levedad y un respeto a la economía del lenguaje. Que no conviene cansar, es algo que destacó Gracián, en el *Oráculo manual y arte de prudencia*, con una frase ya célebre: “Lo bueno, si breve, dos veces bueno; y aun lo malo, si poco, no tan malo”. El jesuita aragonés añade: “Más obran quintas esencias que

¹⁹⁶ RAE (2020: 8 y 16).

¹⁹⁷ Cfr. Russell (1984: 462 y 463) y, asimismo, el resumen de Marín y Coll (2021).

¹⁹⁸ Calvino (1988: 3 ss.). El autor sufrió un ictus cerebral el 6 de septiembre de 1985, y murió dos semanas más tarde, sin poder terminar la última de las rúbricas del libro: *consistency*.

f árragos”. Evocando el *homo lungus raro sapiens*, recuerda que “es verdad común que hombre largo raras veces entendido”. Y concluye que “lo bien dicho se dice presto”¹⁹⁹.

En castellano, la duplicación de género no es ninguna novedad. Los desdoblamientos siempre se han usado por razones de respeto o énfasis, o para evitar una ambigüedad. Hay ejemplos en el poema o *Cantar de Mio Cid*²⁰⁰, en las obras de Santa Teresa de Jesús²⁰¹, Fray Luis de León²⁰² o Cervantes²⁰³, o en *La Regenta* de Clarín²⁰⁴. También se

¹⁹⁹ Cfr. el aforismo número 181, que lleva por título *No cansar*, en Gracián (1647: 181). En la máxima 36, madame de Sablé (1678) adaptó el pasaje de Gracián: *Le trop parler est un si grand défaut, qu'en matiere d'affaires et de conversation, si ce qui est bon est court, il est doublement bon; et l'on gagne par la briéveté ce que l'on perd souvent par l'excés des paroles*.

²⁰⁰ Cfr. Canto Primero, 3, Destierro del Cid, *Entrada desoladora en Burgos*, donde se alude a “mujeres y varones” y a “burgueses y burguesas”. El cantar de gesta anónimo se compuso alrededor de 1200. El facsímil de la edición paleográfica de Menéndez Pidal (1961) puede leerse en <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/poema-de-mio-cid--0/html/> (14 de enero de 2024). El pasaje se halla en la p. 9. En la versión de la RAE (2011: 6 y 7), el texto reza:

“Mio Cid Ruy Díaz por Burgos entró,
 en su conpañía sessaenta pendones.
 Exiénlo ver mugieres e varones,
 burgeses e burgesas por las finestras son,
 plorando de los ojos, tanto avién el dolor,
 de las sus bocas todos dizían una razón:
 - ¡Dios, qué buen vasallo, si oviese buen señor!-”.

²⁰¹ En el capítulo XXIII del *Libro de las Fundaciones*, Santa Teresa de Jesús (1582: 615) escribe: “Remediólo Nuestro Señor por el padre maestro Fr. Jerónimo de la Madre de Dios, porque le hicieron comisario apostólico, y le dieron autoridad y gobierno sobre los Descalzos y Descalzas. Hizo Constituciones para los frailes, que nosotros ya las teníamos de nuestro reverendísimo padre general, y así no las hizo para nosotras, sino para ellos, con el poder apostólico que tenía, y con las buenas partes que le ha dado el Señor, como tengo dicho. La primera vez que los visitó, lo puso todo en tanta razón y concierto, que se parecía bien ser ayudado de la divina Majestad, y que Nuestra Señora le había escogido para remedio de su Orden, a quien suplico yo mucho acabe con su Hijo siempre la favorezca y dé gracia para ir muy adelante en su servicio. Amén”. El desdoblamiento sirve para resaltar que, como comisario apostólico, Fr. Jerónimo de la Madre de Dios tenía autoridad y gobierno no solo sobre las carmelitas, sino también sobre los carmelitas descalzos. Los desdoblamientos continúan en el capítulo XXIV, donde se habla de “Descalzos y Descalzas”: “Entonces aún no tenía comisión más de para el Andalucía, que estando en Beas, le envió a mandar el nuncio que le viese, y entonces se la dió para Descalzos y Descalzas de la provincia de Castilla” (Santa Teresa de Jesús, 1582: 616); en el Capítulo XXVII: “Así lo he hecho, sujetándome en todo a que quiten los que entienden; lo que es mal dicho, que lo quiten; que por ventura lo que a mí me parece mejor irá mal. Hase acabado hoy, víspera de San Eugenio, a catorce días del mes de noviembre, año de MDLXXVI, en el monasterio de San José, de Toledo, adonde ahora estoy por mandato del padre comisario apostólico, el maestro Fr. Jerónimo Gracián de la Madre de Dios, a quien ahora tenemos por prelado Descalzos y Descalzas de la primitiva Regla, siendo también visitador de los de la mitigada del Andalucía, a gloria y honra de Nuestro Señor Jesucristo, que reina y reinará para siempre. Amén” (Santa Teresa de Jesús, 1582: 635); en el capítulo XXVIII: “Acabada la fundación de Sevilla, cesaron las fundaciones por más de cuatro años. La causa fué que comenzaron grandes persecuciones, muy de golpe, a los Descalzos y Descalzas, que aunque ya había habido hartas, no en tanto extremo, que estuvo a punto de acabarse todo. Mostróse bien lo que sentía el demonio este santo principio que Nuestro Señor había comenzado, y ser obra suya, pues fué adelante. Padecieron mucho los Descalzos, en especial las cabezas, de graves testimonios y contradicción de casi todos los padres Calzados”

han empleado para reforzar el carácter taxativo y universal de una orden. Así, el Decreto de la Alhambra, de 1492, por el que los Reyes Católicos ordenaron la expulsión de los judíos, alude, en diversos pasajes, a los judíos y judías, y a los hijos e hijas, como si se tratase de una maldición de la que nadie podía escapar²⁰⁵. Usados con moderación, sin sobrepasar los límites del vocativo, al comienzo de un discurso o escrito, los desdoblamientos encajan en la tradición y en el sistema de la lengua, y dan pruebas de buen gusto y de respeto a la audiencia²⁰⁶. Así, y al igual que siempre se dijo “señoras y señores” o “damas y caballeros”, puede comenzarse un discurso o un texto con “las trabajadoras y los trabajadores”, y continuar luego con el masculino plural, como hace el artículo 35.2 CE. No se plantean entonces problemas de concordancia. En la tradición,

(Santa Teresa de Jesús, 1582: 635). Para no cansar al lector, no es menester transcribir otros desdoblamientos que aparecen en la correspondencia de Santa Teresa de Jesús.

²⁰² Así, por ejemplo, en la *Apología*, León (1615: 919) observa: “Véanse los religiosos y religiosas, Carmelitas descalzos, que se han criado con su doctrina y la saben de coro; y miren si están locas o ilusos, o si hay quien en la pureza de la verdadera religión y santidad y amor de Dios les haga ventaja”. Aunque Fray Luis de León emplea el masculino genérico plural al calificar como descalzos a los Carmelitas, distingue entre los religiosos y las religiosas, y emplea los adjetivos locas e ilusos.

²⁰³ Con una corrección política ejemplar, Cervantes (1613: 27 y 28) empieza *La gitanilla* con las siguientes palabras: “Parece que los gitanos y gitanas solamente nacieron en el mundo para ser ladrones; nacen de padres ladrones, críanse con ladrones, estudian para ladrones y, finalmente, salen con ser ladrones corrientes y molientes a todo ruedo, y la gana del hurtar y el hurtar son en ellos como accidentes inseparables, que no se quitan sino con la muerte”. La crítica ha señalado el carácter irónico y equívoco del texto, cuyo sentido completo gira sobre la palabra “parece”, con que comienza. El personaje es femenino, y Cervantes usa el diminutivo en el título, por tratarse de una adolescente.

²⁰⁴ Rubio (1999: 19 y 20) contabiliza y estudia trece casos de duplicaciones en *La Regenta*.

²⁰⁵ Así lo advierte Pérez Troya (2022), que transcribe el siguiente pasaje: “Por ende Nos, con consejo y parecer de algunos prelados y grandes y cavalleros de nuestros reynos y de otras personas de sciencia y consciencia de nuestro Consejo, haviendo havido sobrello mucha deliberacion, acordamos de mandar salir todos los dichos judios y judias de nuestros reynos, y que jamas tornen ni vuelvan a ellos nin a alguno dellos; e sobrello mandamos dar esta nuestra carta, por la qual mandamos a todos los judios y judias de qualquier edat que sean (...) que fasta en fin del mes de julio primero que viene (...) salgan todos de los dichos nuestros reynos y señorios”. En la versión en castellano actual, que puede consultarse en https://es.wikisource.org/wiki/Decreto_de_Granada (15 de enero de 2024), el decreto reza así: “...de modo que el Consejo de hombres eminentes y caballeros de nuestro reinado y de otras personas de conciencia y conocimiento de nuestro supremo concejo y después de muchísima deliberación se acordó en dictar que todos los Judíos y Judías deben abandonar nuestros reinados y que no sea permitido nunca regresar”. Y añade: “Nosotros ordenamos además en este edicto que los Judíos y Judías [de] cualquiera edad que residan en nuestros dominios o territorios que partan con sus hijos e hijas, sirvientes y familiares pequeños o grandes de todas las edades al fin de Julio de este año y que no se atrevan a regresar a nuestras tierras y que no tomen un paso adelante a traspasar de la manera que si algún Judío que no acepte este edicto si acaso es encontrado en estos dominios o regresa será culpado a muerte y confiscación de sus bienes”. Dice también: “Damos y otorgamos permiso a los anteriormente referidos Judíos y Judías a llevar consigo fuera de nuestras regiones sus bienes y pertenencias por mar o por tierra exceptuando oro y plata, o moneda acuñada u otro artículo prohibido por las leyes del reinado.

²⁰⁶ Como observa Grijelmo (2020a), los desdoblamientos encajan en la tradición y en el sistema de la lengua, como cuando se dice “señoras y señores” o “damas y caballeros”, y se encuentran lo mismo en el *Mío Cid* que en *La Regenta*.

los hablantes no se proponían llevar el desdoblamiento hasta los límites de lo inteligible, empedrando con él los discursos y enredándose en concordancias inextricables²⁰⁷. Ahora bien, la confusión entre el género gramatical y el sexo ha llevado a algunos a adoptar, en su discurso, la práctica del doblote o desdoblamiento de género, que, de consolidarse y extenderse, dañaría de forma notable e inexorable, no solo el estilo, sino la lengua en sí, en perjuicio de sus hablantes, que son sus únicos portadores y beneficiarios posibles²⁰⁸. Cuando se lleva al campo de la sintaxis, el desdoblamiento como recurso del lenguaje inclusivo conduce con facilidad al disparate, porque el hablante se adentra en un terreno pantanoso y se topa con el problema espinoso de la concordancia. Hablar o escribir mediante dobles y repeticiones continuas resulta agotador, entorpece y alarga el discurso y exacerba el peligro de errar en las concordancias. Un Cervantes inclusivo quizá hubiese comenzado así *La gitanilla: Parece que los gitanos y gitanas solamente nacieron en el mundo para ser ladrones y ladronas: nacen de padres y madres ladrones y ladronas, críanse con ladrones y ladronas, estudian para ladrones y para ladronas y, finalmente, salen con ser ladrones y ladronas corrientes y molientes a todo ruedo; y la gana del hurtar y el hurtar son en ellos y en ellas como accidentes inseparables, que no se quitan sino con la muerte*²⁰⁹. ¿No es más hermoso el original? En el lenguaje jurídico, el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ofrece un ejemplo extremo, y ya famoso, por lo redundante, de duplicaciones o desdoblamientos²¹⁰. Desde luego, si resulta exagerado, e

²⁰⁷ Martínez (2008: 134). Marías (2006) escribe también: “Pero es que además ese empeño que tantos tienen de imponernos el plural repetido es demagógico y falso, porque nunca nadie lleva la fórmula -como debería, para resultar sincero- hasta sus últimas consecuencias, ni continúa toda su parrafada, por tanto, con el insoportable y lerdo uso doble: ‘Los empleados y las empleadas madrileños y madrileñas están descontentos y descontentas por haber sido instados e instadas, y aun obligados y obligadas, a declararse católicos y católicas, o fieles y fieles a otros credos, o bien agnósticos y agnósticas o incluso ateos y ateas’. Nunca he oído a Ibarretxe, por mencionar a un duplicante conspicuo, ser coherente con sus ‘vascos y vascas’ iniciales. Y no es de extrañar, porque si lo hiciera, como pretenden estas señoras, a buenas horas iba nadie a escucharle”.

²⁰⁸ Roca (2009).

²⁰⁹ Tomo el texto de Martínez (2008: 134), nota 58.

²¹⁰ El párrafo primero del artículo dice así: “Sólo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Presidente o Presidenta y Vicepresidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional, magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, Procurador o Procuradora General de la República, Contralor o Contralora General de la República, Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Ministros o Ministras de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la ley orgánica de la Fuerza Armada Nacional”. El párrafo segundo añade: “Para ejercer los cargos de diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, Ministros o Ministras, Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de Estados y Municipios no fronterizos, los venezolanos y venezolanas por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley”. El

incurre en un mal uso o en un abuso manifiesto, el modo de hablar mediante dobles se presta a la mofa o a la parodia²¹¹. Por otra parte, el afán por evitar la supuesta discriminación lingüística, unido al deseo de mitigar la pesadez en la expresión provocada por las repeticiones, ha suscitado la creación de soluciones artificiosas, que contravienen las normas de la gramática, como “las y los trabajadores”²¹². El lenguaje inclusivo debe hacer posible una comunicación oral eficaz. Se antoja difícil mantener una conversación fluida si está plagada de desdoblamiento, o en la que haya que romperse la cabeza para encontrar, a cada momento, una alternativa para el sustantivo plural genérico²¹³. Pero, aun usado con moderación, el empeño en llevar a cabo un desdoblamiento, ya sea por respeto o por reverencia a lo políticamente correcto, puede acarrear otros inconvenientes, como lo chocante de las siglas AMPA²¹⁴.

Además de dañar la economía y la concisión del lenguaje, el abuso de los desdoblamientos en el lenguaje jurídico puede dar lugar a nuevas ambigüedades y problemas de interpretación, y aun desembocar en un uso discriminatorio del lenguaje. Si, en un texto, se repite hasta la saciedad “españoles y españolas” o “trabajadores y trabajadoras” y, por cualquier razón, se deja de utilizar en un caso, y se habla solo de españoles o trabajadores, puede suscitarse la controversia de si se trata del uso común del plural masculino genérico, o de una utilización voluntaria del legislador, para excluir, en ese caso concreto, a las mujeres. Aun sin llegar a ese extremo de duplicación discriminatoria, que obvia hablar de “criminala”, algunos ejercicios de sustitución dejan rastros, y producen una sobreescritura que perjudica y daña la coherencia y la belleza²¹⁵.

texto de la Constitución puede consultarse en https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf (11 de mayo de 2023).

²¹¹ En la página <https://lenguaparalacuarentena.weebly.com/morfologiacutea-3.html> (11 de mayo de 2023), hay un enlace al vídeo de Youtube, de 4 de enero de 2017, que recoge un momento del especial de la Nochevieja de 2016, en Televisión Española, en que el gran humorista manchego José Mota parodia el modo de hablar, mediante desdoblamiento, a veces ridículos, del entonces portavoz socialista Antonio Hernando. El cómico dice, entre otras cosas: “Lo importante e importante es que dejemos constancia y constancio ante los españoles y españolas de que nuestros valores y valores son los de los pueblos y las pueblas de España y Español”. Cfr. también “José Mota se mete en un jardín con el lenguaje inclusivo”, del especial de Nochevieja de 2021, en <https://www.rtve.es/play/videos/especiales-nochevieja-con-jose-mota/jose-mota-chiste-guerra-civil-lenguaje-inclusivo-jardin-nochevieja/6267060/> (4 de enero de 2024) y, asimismo, Jiménez (2022), donde hay un enlace a “Mota se mete en un jardín riéndose del lenguaje inclusivo”, en <https://eltelevisero.huffingtonpost.es/2022/01/aplausos-en-masa-a-jose-mota-por-lo-que-se-vio-al-final-de-su-especial-de-nochevieja-historia-de-la-televison/> (4 de enero de 2024).

²¹² RAE (2005).

²¹³ Muñoz Machado señala: “La posición de la RAE es clara. El desdoblamiento altera la economía del idioma”. Cfr. Ruiz Mantilla (2020).

²¹⁴ En las asociaciones de madres y padres de alumnos, las siglas AMPA, Ampa o ampa parecen evocar una asociación de maleantes, las películas de James Cagney o Edward G. Robinson, la ley seca y el Chicago de los años veinte. ¿No sería más eufónico APA o APMA? Recordemos que CEAPA es la Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos.

²¹⁵ Grijelmo (2020b).

Desde otro punto de vista, un desdoblamiento como “trabajadores y trabajadoras” también puede considerarse excluyente, si se piensa que excluye a quienes no se identifican como hombre o mujer²¹⁶. De ahí que algunos hayan optado por propuestas más radicales. Como ejemplos de utilización *sui generis* de los géneros gramaticales, pueden citarse dos textos de Paul B. Preciado. El primero se halla en la rúbrica “*the narrator is out of joint*”, del apartado “5. Dysphoria mundi” del libro *Dysphoria mundi*, y reza así: “El confinamiento está sirviendo como un proceso de pedagogía colectiva a través del que se está construyendo un pliegue digital dentro del espacio físico. Cuando el injerto de la realidad virtual haya hecho carne en *nosotres*, se abrirán las puertas y podremos salir. Pero ya no seremos *les mismas*. Habremos perdido la piel analógica: tendremos una nueva piel digital”²¹⁷. El segundo dice: “Sería posible afirmar que Butler es no sólo *le feminista* más influyente del siglo XX, sino y, frente aquellos que consideran el feminismo como un pensamiento menor, *le filósofo* de izquierda más relevante de finales del siglo XX y de principios del siglo XXI, *aquella* que opera, junto con Angela Davis, como *pensadore* bisagra, prefigurando las formas de activismo y de subjetividad política por venir”. El diario *El País* añade la siguiente nota: “*En este artículo se han mantenido los géneros gramaticales empleados por quien lo escribe*”²¹⁸. ¿Acabará por consolidarse esa tendencia, o, como humo, se desvanecerá y esparcirá en el aire?

En fin, el lenguaje inclusivo daña la belleza del lenguaje. Siempre dentro de lo posible, el lenguaje inclusivo debería aspirar a la belleza. Como señala el título del intercambio epistolar entre Peter Handke y Alfred Kolleritsch, *Schönheit ist die erste Bürgerpflicht*: la belleza es el principal deber cívico. En este sentido, Santiago Muñoz Machado, ilustre jurista y presidente de la RAE, considera que tenemos una lengua hermosa y precisa, y se pregunta por qué hay que estropearla con el lenguaje inclusivo, que no solo altera la economía, sino también la belleza del idioma²¹⁹.

El razonamiento termina con unas palabras famosas. En la novela *El idiota*, una de las obras maestras de Fiodor Mijailovich Dostoievski, dos personajes atribuyen al protagonista, el príncipe Liev Nicolaievich Mishkin, la idea de que la belleza salvará el

²¹⁶ Marías (2019b) cita el argumento, que figura en la guía del Ayuntamiento de Barcelona (2019).

²¹⁷ Cfr. Preciado (2022) y Guerriero (2023).

²¹⁸ Cfr. Fanjul (2023). Savater (2023) alude a “los deslumbrados por las zapatetas verbales de Paul B. Preciado”.

²¹⁹ Luego de recordar que la RAE desaconseja los desdoblamientos, porque alteran la economía del idioma, Muñoz Machado dice: “Y yo añado: y la belleza. Este tipo de variantes la estropean. Es una lengua hermosa y precisa. ¿Por qué tiene que venir usted a estropearla?”. Cfr. Ruiz Mantilla (2020).

mundo²²⁰. Esa frase enigmática, ¿son meras palabras o una profecía? Como apunta Soloviev, Dostoievski no solo fue un gran escritor, sino también un hombre religioso y un pensador libre y profundo. En sus convicciones y en su creatividad artística, nunca separó la verdad del bien y de la belleza. Y tenía razón, porque las tres sólo viven en la unidad²²¹. En este sentido, cabe poner en relación la profecía de Dostoievski con otra frase, también conocida. En la *Ode on a Grecian Urn*, John Keats también afirma: “*Beauty is truth, truth beauty*” - *that is all / Ye know on earth, and all ye need to know*²²².

Vivimos en un mundo turbulento. En tiempos temerosos y tristes, haría un flaco servicio a la humanidad un lenguaje inclusivo que desconociese cualidades básicas del estilo, como la naturalidad, la claridad, la precisión, la concisión, la eficacia y la belleza, y que solo sirviese para estropear y menoscabar la lengua. En vez de asumir postulados discutibles, basados en la confusión del género gramatical con el sexo o el género como construcción sociocultural, ¿por qué no nos esforzamos por preservar la belleza del lenguaje en nuestras actividades cotidianas, más o menos humildes? ¿Por qué no optar por la precisión, la claridad, la naturalidad, la eficacia y la belleza? Puestos a creer a

²²⁰ El texto reza así: “Ah, sí -de repente, cambió de tema-, ¿dónde está el orador? ¿Dónde está Lébedev? Me imagino que habrá terminado. ¿De qué ha hablado? ¿Es verdad, príncipe, que usted dijo una vez que será la ‘belleza’ la que salve el mundo? Señores — dijo bien alto, dirigiéndose a todos los presentes—, ¡el príncipe asegura que el mundo será salvado por la belleza! Pues yo les aseguro que, si tiene ahora ideas tan festivas, es porque está enamorado. Señores, el príncipe está enamorado; antes, cuando ha llegado, me he dado cuenta enseguida. No se ruborice, príncipe, voy a sentir lástima de usted. ¿Qué clase de belleza va a salvar el mundo? Kolia me lo ha contado... ¿Es usted un cristiano fervoroso? Kolia dice que usted se considera cristiano”. Cfr. Dostoievski (1869: 349). Más adelante, otro personaje exclama: “Escuche, de una vez por todas - Aglaia ya no pudo aguantarse-, si le da por disertar de cosas como la pena de muerte, o la situación económica de Rusia, o que ‘la belleza salvará el mundo’, entonces... desde luego, me pondré muy contenta y no pararé de reírme, pero... se lo advierto: en ese caso, ¡no quiero ni verle! Escúcheme bien, ¡estoy hablando en serio! ¡Esta vez estoy hablando en serio!”: cfr. Dostoievski (1869: 463). En otro pasaje, el príncipe afirma: “Es difícil juzgar la belleza; aún no estoy preparado. La belleza es un enigma”: cfr. Dostoievski (1869: 79).

²²¹ Soloviev (2013).

²²² El poema puede leerse en <https://www.poetryfoundation.org/poems/44477/ode-on-a-grecian-urn>

(12 de mayo de 2023). Guthrie (2017:) aclara el sentido del pasaje: “In a series of letters in 1817 to his brothers and friends, Keats connected beauty with truth: “I am certain of nothing but of the holiness of the Heart’s affections and the truth of Imagination—What the imagination seizes as Beauty must be truth—whether it existed before or not—for I have the same Idea of all our Passions as of Love: they are all, in their sublime, creative of essential Beauty.” Entering a debate dating back to Plato, Keats stakes a Romantic claim: the human imagination and its passions intertwine beauty and ethics. And in this ode, the urn now sits in for poetry itself, which Keats had earlier described in “Sleep and Poetry” as “a friend / To sooth the cares, and lift the thoughts of man.” In a telling conflation of the visual and verbal, the urn and poetry, Keats believes, allow us to think beyond ourselves and our earthly limits. What we find beautiful in the actual world leads us to a transcendent truth, and whatever we experience as truth has sensual beauty. The dramatic caesuras here force us to slow down and have these thoughts teased out. This dramatic instance of *prosopopeia*, a common ekphrastic technique of envoicing a silent object, concludes the poem with a tangled intimacy. Who is really speaking? The urn, of course, speaks to the poet through time, and Keats speaks to us through his poem”.

ciegas, ¿por qué no creemos que la verdad, el bien y la belleza son inseparables, y que la belleza salvará el mundo, como anunció Dostoievski?

2.3. Conclusiones

El tema del uso del lenguaje inclusivo es de una gran actualidad, también en el ámbito del derecho del trabajo. Es una propuesta de reforma lingüística con pretensión normativa que postula el recurso a distintas estrategias de expresión oral o escrita, para evitar una discriminación real o presunta por razón de sexo, género social o identidad de género. Puede considerarse como una modalidad de lenguaje políticamente correcto y, en su formulación más radical, aspira a que el problema que suscita su uso se enfoque, no ya como una cuestión lingüística o gramatical, de responsabilidad personal, buen gusto y respeto a los deseos ajenos, sino desde una perspectiva basada en los derechos de las mujeres o de las personas no binarias, que incluya las dimensiones política y jurídica, y que autorice medidas de promoción o imposición, o se traduzca en una posible discriminación de las mujeres o de quienes se adscriben al género no binario. Partiendo de axiomas o postulados discutibles, como la idea de que el género gramatical discrimina por razón de sexo o género, una minoría o una élite con determinadas convicciones políticas e ideológicas pretende influir en el habla, para que se convierta en lengua y, por tanto, en algo normativo, a fin de transformar el lenguaje, para hacerlo más incluyente. Ha servido para despertar las conciencias, obligado a reflexionar sobre las relaciones entre el lenguaje, el pensamiento y la realidad, y contribuido a veces a que el lenguaje se modernice y evolucione en un sentido más inclusivo, al evitar la masculinización excesiva. De forma natural, el habla y la lengua han incorporado algunos femeninos en las profesiones y funciones, o han acogido otras estrategias para evitar el masculino como género no marcado.

Ahora bien, llevado a sus últimas consecuencias, el lenguaje inclusivo supone una amenaza para la lengua. El mal uso o el abuso del lenguaje inclusivo resulta criticable, tanto por lo que se refiere a la creación e historicidad del lenguaje, como a las reglas gramaticales y a la economía y belleza del lenguaje. Como la lengua la crean los hablantes, debe prevalecer la libertad lingüística. Debe reconocerse la libertad de expresión, tanto de quienes deciden usarlo, como de los que lo rechazan. El lenguaje inclusivo no debería imponerse ni prohibirse, sino, a lo sumo, promocionarse. No debería emplearse para ocultar, sino para transformar la sociedad, y debería mirar al presente y al futuro, sin pretender reescribir el pasado. En la medida de lo posible, el uso debería respetar las reglas gramaticales, permitir una comunicación oral y escrita eficaz, optar por alternativas que puedan leerse, no atender contra la economía y la belleza del lenguaje y no dañar las cualidades del estilo literario, como la claridad, la precisión, la

levedad o la belleza. Impulsado por una minoría para la que los argumentos políticos e ideológicos desplazan a los estrictamente gramaticales, pasará como otras modas culturales, y dejará algunos vestigios y cicatrices en el léxico, sobre todo en la lengua escrita, sin alterar los elementos o signos morfológicos o gramaticales. En la pugna entre los partidarios de usarlo y quienes continúan hablando como hacen los demás, y como la RAE considera que es correcto y adecuado, prevalecerá el sentido común y el consenso silencioso pero firme de la comunidad lingüística. Es poco probable que el lenguaje inclusivo acabe por imponerse, ni en la lengua común, ni en la propia del derecho del trabajo.

III. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2022), *Non si può più dire niente? 14 punti di vista su politicamente corretto e cancel culture*, UTET, Torino, 265 pp.

ACADEMIA CHILENA DE LA LENGUA (2020), *Sexo, género y gramática. Ideas sobre el lenguaje inclusivo*, Catalonia, Santiago de Chile, 137 pp.

ACADÉMIE FRANÇAISE (2017), *Déclaration de l'Académie française sur l'écriture dite "inclusive"*, adoptée à l'unanimité de ses membres dans la séance du jeudi 26 octobre 2017, 1 p., en <https://www.academie-francaise.fr/actualites/declaration-de-l-academie-francaise-sur-lecriture-dite-inclusive> (13 de mayo de 2023).

ACADÉMIE FRANÇAISE (2019), *La féminisation des noms et de fonctions*, rapport adopté dans sa séance du jeudi 28 février 2019, 20 pp., en <https://www.academie-francaise.fr/actualites/la-feminisation-des-noms-de-metiers-et-de-fonctions> (13 de mayo de 2023).

ACCADEMIA DELLA CRUSCA (2017), *"Quasi una rivoluzione". I femminili di professioni e cariche in Italia e all'estero*, con un saggio di Giuseppe Zarra e interventi di Claudio Marazzini. A cura di Yorick Gomez Gane, Pubblicazioni della Accademia della Crusca, Firenze, 136 pp.

ACCADEMIA DELLA CRUSCA (2023), *Risposta al quesito sulla scrittura rispettosa della parità di genere negli atti giudiziari posto all'Accademia della Crusca dal Comitato Pari opportunità del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione*, 9 Marzo 2023, 6 pp., en <https://accademiadellacrusca.it/it/contenuti/l-accademia-risponde-a-un-quesito-sulla-parita-di-genere-negli-atti-giudiziari-posto-dal-comitato-par/31174> (4 de noviembre de 2023).

ACEREDA. ALBERTO (1993), "El prototipo femenino en la poesía de Fray Luis de León", *Cuadernos de ALDEEU (Asociación de Licenciados y Doctores Españoles en Estados Unidos)*, 9, núm. 2 (noviembre 1993), pp. 171-182, en *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 2010, en <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-prototipo-femenino-en-la-poesia-de-fray-luis-de-leon/> (8 de enero de 2024).

ACNUR (s.f.), “Recomendaciones para el uso de un lenguaje inclusivo de género”, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2018/11627.pdf> (15 de mayo de 2023).

ALEMANY, PAU (2024), “Las personas con discapacidad dejarán por fin de ser disminuidas. ‘La terminología importa’”, *El País*, 15 de enero de 2024.

ALIGHIERI, DANTE (1472), *Commedia*, en <https://www.danteonline.it/italiano/opere.asp?idope=1&idlang=OR> (12 de enero de 2024).

ALONSO SCHÖKEL, LUIS (1995), *Biblia del peregrino*, EGA-Mensajero, Bilbao, 2121 pp.

ALVAR, MANUEL (1983), *La lengua como libertad*, Ediciones Cultura Hispánica, 374 pp.

ÁLVAREZ, IGNACIO (2020), *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 246 pp.

ÁLVAREZ DE MIRANDA, PEDRO (2021), *El género y la lengua*, Turner, 94 pp.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO (2023), *Nueva crítica del constitucionalismo feminista. La ideología de género como caballo de Troya*, Colex, 308 pp.

ALZAGA, ICÍAR (2022), “La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos”, *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 95, 2022.

ALZAGA, ICÍAR (2023), “La relación laboral especial de los artistas y personal técnico y auxiliar del espectáculo [art. 2.1 e) ET]”, en ABAD, PALOMA y SÁEZ, RAFAEL C. (coords.), *En torno al Estatuto de los Trabajadores. Un homenaje a Don Juan Antonio Sagardoy*, Sepin, Madrid, pp. 85-107.

ANGUERA, IVA (2023), “La Universidad de Barcelona vuelve al masculino genérico en sus publicaciones”, *El independiente*, 20 de octubre de 2023, en <https://www.elindependiente.com/espana/2023/10/20/universidad-barcelona-masculino-generico-lenguaje-inclusivo/> (20 de octubre de 2023).

ANÓNIMO, *Cantar de Mio Cid*, RAE, Biblioteca clásica de la Real Academia Española, Barcelona, 2011, 1179 pp.

ARIAS, MANUEL (2021), “Cancelando que es gerundio”, *Revista de libros*, miércoles, 17 de noviembre de 2021, en <https://www.revistadelibros.com/cancelando-que-es-gerundio/> (21 de agosto de 2023).

AYUNTAMIENTO DE BARCELONA (2019), *Guía de comunicación inclusiva para construir un mundo más igualitario*, 15 pp., en <https://ajuntament.barcelona.cat/guia-comunicacio-inclusiva/pdf/guiaInclusiva-es.pdf> (22 de agosto de 2023).

AZORÍN (1921), *Los dos Luises y otros ensayos*, en *Obras completas*, Tomo IV, Introducción, notas preliminares, bibliografía y ordenación por CRUZ, ÁNGEL, M. Aguilar editor, Madrid, 1948, pp. 141-213.

BALZAC, HONORÉ DE (1837-1843), *Illusions perdues*, Vve A. Houssiaux, 1874, en https://fr.wikisource.org/wiki/Illusions_perdues (12 de enero de 2024).

BARBA, ANDRÉS (2020), “Diez apuntes sobre la ‘cultura de la cancelación’”, *El País*, 13 de julio de 2020.

BARBELL, CARLOS (2024), “No hubo discriminación por razón de sexo en un anuncio de trabajo: revocada una sanción de 7.501 € a la empresa Starmodul”, *Confilegal*, 16 de febrero de 2024, en <https://confilegal.com/20240216-no-hubo-discriminacion-por-razon-de-sexo-en-un-anuncio-de-trabajo-revocada-una-sancion-de-7-501-e-a-la-empresa-starmodul/>? (16 de febrero de 2024).

BAREMBOIM, DANIEL (2023), “Esa fuerza inexplicable y transformadora”, *El País*, 15 de mayo de 2023.

BARRADO, BEATRIZ INMACULADA (2020), *El lenguaje de género en la normativa de la OIT, europea y española. Propuestas de regulación en el ámbito laboral*, tesis doctoral dirigida por los profesores ALZAGA, ICÍAR y LANTARÓN, DAVID, UNED, 807 pp.

BASSETS, MARC (2021), “Hélène Carrère d’Encausse: ‘Aquí no practicamos lo políticamente correcto’”, *El País*, 29 de junio de 2021.

BASSETS, MARC (2023a), “Hélène Carrère d’Encausse, premio Princesa de Asturias de Ciencias Sociales 2023”, *El País*, 10 de mayo de 2023.

BASSETS, MARC (2023b), “El premio Goncourt choca con los ‘lectores sensibles’, desminadores de discursos incorrectos en la industria editorial”, *El País*, 16 de septiembre de 2023.

BBC (2022), “Ni “chiques”, ni “chicxs”, ni “chic@s”: los países en los que se rechaza el lenguaje inclusivo (y por qué muchos creen que se impondrá de todos modos)”, *BBC News Mundo*, 30 junio 2022, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-61916860> (26 de octubre de 2023).

BELL, J.S. (1987), *Speakable and Unspeakable in Quantum Mechanics: Collected Papers in Quantum Mechanics*, Cambridge University Press, Cambridge, 212 pp. Hay traducción al castellano, con el título *Lo decible y lo indecible en mecánica cuántica. Recopilación de artículos sobre filosofía cuántica*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, 289 pp.

BENDITO, VICKY (2024), “Mucho más que eliminar una palabra”, *El País*, 25 de enero de 2024.

BENGOECHEA, MERCEDES (1999), “Una propuesta de manual de crítica textual desde la lingüística feminista”, en *En femenino y en masculino*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pp. 60-67.

BENGOECHEA, MERCEDES (2003), *Guía para la revisión del lenguaje desde la perspectiva de género*, Proyecto Parekatuz, Comisión de utilización no sexista del

lenguaje y de la imagen, 83 pp., en <https://www.bizkaia.eus/home2/Archivos/DPTO1/Noticias/Pdf/Lenguaje%20Gu%C3%ADa%20lenguaje%20no%20sexista%20castellano.pdf?hash=b9af9204dc5dfa81af0d32e52edbebf6> (19 de agosto de 2023).

BENGOECHEA, MERCEDES (2005), "Sexismo y androcentrismo en los textos administrativo-normativos", en <https://www.upm.es/sfs/Rectorado/Gerencia/Igualdad/Lenguaje/sexismo%20y%20androcentrismo%20en%20texto%20administrativos.pdf> (9 de mayo de 2023).

BENGOECHEA, MERCEDES (2009), "El español no sexista en la redacción legislativa", en *Legislar mejor*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 159-184.

BENGOECHEA, MERCEDES (coord.) (2009), *Efectos de las políticas lingüísticas antisexistas y feminización del lenguaje*, Proyecto financiado por el Instituto de la Mujer (Nº proyecto: 37/06), 2006-2009, 132 pp., en <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/estudios/estudioslinea2010/docs/efectosPoliticLinguistas.pdf> (9 de mayo de 2023).

BENGOECHEA, MERCEDES (2011), "El lenguaje jurídico no sexista, principio fundamental del lenguaje jurídico modernizado del siglo XXI", *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, nº 4, 20, pp. 15-26.

BENGOECHEA, MERCEDES (2014), "Las propuestas de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico: apuesta de democratización en la senda del Plain English Movement", *Lingüística forense: La Lingüística en el ámbito legal y policial*, Editorial Euphonia, Madrid, pp. 317-339.

BENGOECHEA, MERCEDES (2019a), "Razones de la lingüística feminista para abogar por un lenguaje inclusivo", en el Seminario *El lenguaje inclusivo: un debate en torno a su obligación, necesidad y posibilidades*, Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Laboratorio de Igualdad, Equality-LAB, 13 pp., en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/resumen-de-las-intervenciones.pdf> (9 de mayo de 2023).

BENGOECHEA, MERCEDES (2019b), *Sugerencias para evitar el sexismo en el ámbito laboral*, Gobierno de Cantabria, Vicepresidencia, Dirección General de Igualdad y Mujer, 52 pp., en <https://mujerdecantabria.com/wp-content/uploads/2019/05/sugerencias-para-evitar-el-sexismo-en-el-%C3%A1mbito-laboral.pdf>.

BENGOECHEA, MERCEDES (2021), *Guía de aplicación de un lenguaje inclusivo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 50 pp., en <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/monografias/guia-de-aplicacion-de-un-lenguaje-inclusivo> (26 de diciembre de 2023).

BENGOECHEA, MERCEDES (2023), “¿Qué es el lenguaje queer?”, *Portal de comunicación, Diario digital*, Universidad de Alcalá, miércoles, 28 de junio de 2023, en <https://portalcomunicacion.uah.es/diario-digital/entrevista/Que-es-el-lenguaje-queer#:~:text=El%20lenguaje%20no%20binario%20o,caracter%C3%ADsticas%20biosexuales%20femeninas%20y%20masculinas>. (28 de junio de 2023).

BERLANGA, ANDRÉS (1984), *La gaznápira*, Noguer, Barcelona, 202 pp.

BLAKE, BARRY J. (2019), *English Vocabulary Today: Into the 21st Century*, Routledge, Taylor & Francis Group, New York and London, 181 pp.

BOLINGER, DWIGHT (1980), *Language - The Loaded Weapon. The use and abuse of language today*, Routledge, London and New York, 214 pp.

BONET, PILAR (2009), “Rusia y Ucrania se enzarzan por el legado de Nikolái Gógol”, *El País*, 31 de marzo de 2009.

BONETE, FERNANDO (2023), *Cultura de la cancelación: No hables, no preguntes, no pienses*, Ciudadela Libros, Madrid, 200 pp.

BOSQUE, IGNACIO (2012), “Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer”, 18 pp., en https://www.rae.es/sites/default/files/Sexismo_linguistico_y_visibilidad_de_la_mujer_0.pdf (11 de mayo de 2023).

BOX, ZIRA (2022), “Tomarse en serio las subjetividades ajenas”, *El País*, 25 de mayo de 2022.

BUFFON, GEORGES-LOUIS LECLERC DE (1753), *Discours prononcé à l'Académie Française par M. de Buffon le jour de sa réception le 25 août 1753*, texte de l'édition Pillot, Oeuvres complètes de Buffon augmentées para Cuvier, 1, Libraire Salmon, Paris, 1829, pp. 3-14, en https://fr.wikisource.org/wiki/Discours_sur_le_style (15 de enero de 2024).

BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG (2019), *Anzugordnung für die Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr*, Zentralvorschrift, A1-2630/0-9804, Stand: Oktober 2019, 257 pp.

BURGOS, LOLA; GARRALETA, ALBA y PASCUA, MARÍA (2020), “Morfología 3. Género y sexo”, en *Lengua para la cuarentena*, en <https://lenguaparalacuarentena.weebly.com/morfologiacutea-3.html> (12 de mayo de 2023).

CALDERÓN DE LA BARCA, PEDRO (1635), *La vida es sueño*, Cátedra, Madrid, 24ª edición, 1997, 207 pp.

CALVINO, ITALO (1988), *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Garzanti, Milano, 125 pp.

CALVINO, ITALO (1991), “Perché leggere i classici”, en *Perché leggere i classici*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, pp. 11-19.

CARBALLEDA, MIGUEL (2024), “El lenguaje que queremos”, *El País*, 18 de enero de 2024.

CAREAGA, PILAR (2002), *El libro del buen hablar. Una apuesta por un lenguaje no sexista*, Fundación Mujeres, Madrid, 257 pp.

CARRÈRE D'ENCAUSSE, HÉLÈNE; LAMBRON, MARC (2021), “Lettre ouverte sur l'écriture inclusive”, en <https://www.academie-francaise.fr/actualites/lettre-ouverte-sur-lecriture-inclusive> (8 de enero de 2024).

CARROL, LEWIS (1871), *Through the Looking-Glass and What Alice Found There*, en *The annotated Alice. Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking Glass*, edited by GARDNER, MARTIN, revised edition, Penguin Books, London, 1970, pp. 167-345.

CAVAGNOLI, STEFANIA and MORI, LAURA (eds.) (2022), *Gender and legal language: inclusive drafting or divisive issue? An old debate, new developments and a review of “Gender in legislative languages: From EU to national law in English, French, German, Italian and Spanish”*, Berlin, Frank & Timme 2019, Ellen Heinemann, *Zeitschrift für Europäische Rechtslinguistik (ZERL), Das eJournal der Europäischen Rechtslinguistik (ERL)*, Universität zu Köln, 79 pp., en <https://kups.ub.uni-koeln.de/61084/1/heinemann-2022-review-gender-legal-language.pdf> (27 de julio de 2023).

CEDILLO, JAIME (2023), “Antonio Muñoz Molina: ‘¿El #MeToo del fútbol? No sé por qué tenemos que copiar palabras de Estados Unidos’”, *El Español*, El cultural, 30 de agosto de 2023, en https://www.elespanol.com/el-cultural/letras/20230830/antonio-munoz-molina-metoo-futbol-no-copiar-unidos/790671291_0.html (2 de septiembre de 2023).

CELI, ALEJANDRA (2023), “El lenguaje inclusivo en la Universidad de Alcalá”, *Noticias Cielo*, Año 2023, nº 7, 3 pp., en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/638079> (8 de enero de 2024).

CENTENERA, FERNANDO (2010), *NOMBRADAS también en el ámbito jurídico*, Dykinson, Madrid, 145 pp.

CENTENERA, FERNANDO (2013), “El lenguaje no sexista en la redacción normativa: de la investigación a la docencia”, en Unidade de Igualdade (ed.), *III Xornada de Innovación en Xénero. Docencia e investigación*, Vigo, pp. 231-250, en <https://docplayer.es/29209795-iii-xornada-de-innovacion-en-xenero-docencia-e-investigacion.html#> (14 de noviembre de 2023).

CERCAS, JAVIER (2023), “Cervantes era mujer”, *El País*, 31 de marzo de 2023.

CERQUIGLINI, BERNARD (dir.) (1999), *Femme, j'écris ton nom... Guide d'aide à la féminisation des noms de métiers, titres, grades et fonctions*, CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE et INSTITUT NATIONAL DE LA LANGUE

FRANÇAISES, 124 pp., en https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/994001174.pdf (8 de febrero de 2024).

CERVANTES, MIGUEL DE (1605), *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, Primera parte, con ilustraciones de KRAAZ, GERHART, Círculo de Lectores, Barcelona, 1976, pp. 24-430.

CERVANTES, MIGUEL DE (1613), *La gitanilla*, en *Novelas ejemplares*, edición de GARCÍA LÓPEZ, JORGE, estudio preliminar de BLASCO, JAVIER y presentación de RICO, FRANCISCO, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores y Centro para la edición de los clásicos españoles, Madrid, 2005, pp. 27-108. El texto puede leerse también en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-gitanilla--0/html/ff312792-82b1-11df-acc7-002185ce6064_15.html#l_0 (19 de enero de 2024).

CERVANTES, MIGUEL DE (1615), *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, Primera segunda, con ilustraciones de KRAAZ, GERHART, Círculo de Lectores, Barcelona, 1976, pp. 431-869.

CC.OO. (2007), *Guía de buenas prácticas para el uso de un lenguaje no sexista en la negociación colectiva*, Secretaría confederal de la Mujer de CC.OO. e Instituto de la Mujer del Ministerio de Igualdad, 35 pp., en <https://www.ccoo.es/ba74e6a97f84c6bbab7e4cb0ff40c134000001.pdf> (16 de mayo de 2023).

CC.OO. (2019), *Guía para un uso del lenguaje no sexista en las relaciones laborales y en el ámbito sindical. Guía para delegadas y delegados*, Secretaría confederal de la Mujer de CC.OO. e Instituto de la Mujer del Ministerio de Igualdad, 90 pp., en https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Guia_para_un_uso_del_lenguaje_no_sexista_en_las_relaciones_laborales_y_en_el_ambito_sindical.pdf (16 de mayo de 2023).

CHEN, PALOMA (2021), “‘They’ no es ‘ellos’, es ‘elle’: los retos del lenguaje no binario para los traductores”, *El País*, de 13 de enero de 2021.

CHOMSKY, NOAM (1965), *Aspects of Syntax. 50th Anniversary Edition*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2015, 270 pp.

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA (2011), *Sagrada Biblia*, versión oficial de la Conferencia Episcopal Española, edición popular, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1601 pp. El texto de la traducción oficial de la Conferencia Episcopal Española puede consultarse en <https://www.conferenciaepiscopal.es/biblia/> (24 de enero de 2024).

CONRAD, JOSEPH (1897), “The Nigger of the ‘Narcissus’. A Tale of the Forecastle”, en *The Nigger of the ‘Narcissus’ and Other Stories*, edited by J.H. Stape and Allan H. Simmons, Penguin, 2007, 528 pp.

CONSEJO DE EUROPA (2019), *Recomendación CM/Rec(2019)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo*, adoptada por el Comité de Ministros el 27 de marzo de 2019, en la reunión nº 1342 de los delegados de los ministros, 17 pp., en <https://rm.coe.int/def-26-09-19-recomendacion-consejo-de-europa-sexismo/1680981feb> (11 de mayo de 2023).

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2023), *Dictamen 5/2003, sobre el Anteproyecto de Ley de Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas*, Sesión extraordinaria del pleno de 10 de marzo de 2023, 16 pp., en <https://www.ces.es/documents/10180/5301494/Dic052023.pdf/c760395a-1a1d-ea51-bc66-4ecb42708dbc> (31 de agosto de 2023).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2009), "Normas mínimas lenguaje inclusivo", Comisión de Igualdad, Madrid, 16 de junio de 2009, 3 pp., en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Normas-minimas-lenguaje-inclusivo/>.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2022), "El Tribunal Supremo confirma la nulidad del manifiesto del claustro de la Universidad de Barcelona sobre las condenas por el 1-O", 25 de noviembre de 2022, en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-la-nulidad-del-manifiesto-del-claustro-de-la-Universidad-de-Barcelona-sobre-las-condenas-por-el-1-O> (14 de febrero de 2024).

CONSTENLA, TEREIXA (2008), "El lenguaje es sexista. ¿Hay que forzar el cambio?", *El País*, 13 de junio de 2008.

CORTES GENERALES (2023), *Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje en la Administración parlamentaria*, acordadas en la reunión de la Mesa de las Cortes Generales de 5 de diciembre de 2023, 15 pp., en https://www.congreso.es/docu/igualdad/Recomendaciones_uso_no_sexista_lenguajeCC.GG..pdf (14 de febrero de 2024).

CSIC (2019), *Guía para el uso no sexista de la lengua*, Madrid, 26 pp., en https://www.csic.es/sites/default/files/guia_para_un_uso_no_sexista_de_la_lengua_adop_tada_por_csic2.pdf (11 de mayo de 2023).

CRISAFULLI, EDOARDO (2004), *Igiene verbale. Il politicamente correcto e la libertà linguistica*, Vallecchi, 176 pp.

DAUB, ADRIAN (2022), *Cancel Culture Transfer: Wie eine moralische Panik die Welt erfasst*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 371 pp.

DE LA VILLA, LUIS ENRIQUE (2023), “Prólogo”, en FISCHER, ULRICH, *Amianto. Franz Kafka como empresario*, traducción de GIL, ROMÁN; prólogo de DE LA VILLA, LUIS ENRIQUE; presentación de RIBÓN, EUGENIO, e introducción de RAMÍREZ, EMILIO, Tirant lo Blanch, Biblioteca del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, Día del Libro 2023, Valencia, pp. 19-36.

DEL MOLINO, SERGIO (2023), “Roald Dahl: la buena literatura no es inclusiva, pedagógica ni democrática”, *El País*, 21 de febrero de 2023.

DERDEVET, MANON (2023), “Interdiction de l’écriture inclusive: cinq questions sur la proposition de loi adoptée au Sénat”, *Radio France*, 30 octobre 2023, en <https://www.radiofrance.fr/franceinter/cinq-questions-sur-la-proposition-du-senat-d-interdire-l-ecriture-inclusive-2093990> (10 de enero de 2024).

DERSHOWITZ, ALAN (2020), *Cancel Culture. The Latest Attack on Free Speech and Due Process*, Hot Books, New York.

DICKENS, CHARLES (1853), “Frauds on the Fairies”, Reprinted from *Miscellaneous Papers from “The Morning Chronicle”, “The Daily News”, “The Examiner”, “Household Words”, “All the Year Round”, and other sources*, by Charles Dickens (Chapman and Hall, 1908). The essay was first published in *Household Words*, 1 October 1853, pp. 111-118, en https://open.conted.ox.ac.uk/sites/open.conted.ox.ac.uk/files/resources/Create%20Document/14_The%20promotion%20of%20moral%20values_Eleri%20Ryley.pdf (10 de enero de 2024).

DOMINGO, CARMEN (2021), “No cancela quien quiere, sino quien puede”, *El País*, 31 de diciembre de 2023.

DOMINGO, CARMEN (2023), *#Cancelado. El nuevo Macartismo*, Círculo de Tiza, Madrid, 160 pp.

DOSTOIEVSKI, FIODOR MIJAILOVICH (1864), *Memorias del subsuelo*, en *Obras completas*, Tomo I (1844-1865), traducción directa del ruso, introducción, prólogos, notas y censo de personajes por CANSINOS ASSENS, RAFAEL, décima edición, quinta reimpresión, Aguilar, Madrid, 1982, pp. 1451-1523.

DOSTOIEVSKI, FIODOR MIJAILOVICH (1866), *Crimen y castigo*, en *Obras completas*, Tomo II (1866-1876), traducción directa del ruso, introducción, prólogos, notas y censo de personajes por CANSINOS ASSENS, RAFAEL, novena edición, séptima reimpresión, Aguilar, Madrid, 1986, pp. 7-399.

DOSTOIEVSKI, FIODOR MIJAILOVICH (1869), *El idiota*, traducción de OTERO, FERNANDO, Alba Clásica Maior, 2020, 776 pp.

DURÁN, FEDERICO (2011), “Sorpresas del lenguaje no sexista”, *Cinco Días*, 12 de enero de 2011.

ECO, UMBERTO (2001), *Como si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*, XII edizione Tascabili Bompiani, Milano, 249 pp.

ECO, UMBERTO (2008), "Sobre lo políticamente correcto", en *A paso de cangrejo*, traducción de IRAZAZABAL, MARÍA, Debolsillo, Barcelona, pp. 110-117.

EISENBERG, PETER (2020), "Geschlechtergerechte Sprache : Warum korrekte Grammatik keine Gendersternchen braucht", *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 23. Oktober 2020.

ESCAJA, TINA; PRUNES, MARÍA NATALIA (eds.) (2021), *Por un lenguaje inclusivo. Estudios y reflexiones sobre estrategias no sexistas en la lengua española*, Academia Norteamericana de la Lengua Española (ANLE), Colección El árbol de las palabras, New York, 396 pp.

ESCOBAR, GUILLERMO (2023), "Introducción al seminario APOSTAR POR EL EMPLEO JUVENIL reforzando las competencias generales y básicas. Especial referencia al uso del lenguaje inclusivo en el ámbito jurídico-laboral", *Noticias Cielo*, Año 2023, nº 7, 4 pp., en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/638079> (8 de enero de 2024).

ESPAÑOL, MARC (2023), "La censura en redes de la solidaridad con Palestina se dispara con la guerra de Gaza", *El País*, 26 de diciembre de 2023.

ESSER, JOSEF (1972), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, en *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 217 pp.

ETXEBARRIA, LUCÍA (2023a), "La cancelación y otros chicos del montón", *The Objective*, 1 de septiembre de 2023, en <https://theobjective.com/opinion/2023-09-01/peio-cancelacion-chicos-monton/> (12 de septiembre de 2023).

ETXEBARRIA, LUCÍA (2023b), "Woody Allen y el nuevo macartismo", *The Objective*, 11 de septiembre de 2023, en <https://theobjective.com/opinion/2023-09-01/peio-cancelacion-chicos-monton/> (12 de septiembre de 2023).

FÁBREGAS, ANTONIO; HORNO, MARÍA DEL CARMEN; GUMIEL, SILVIA; MARTÍ, LUISA Y OTROS (2012), *Acerca de la discriminación de la mujer y de los lingüistas en la sociedad: manifiesto de apoyo a D. Ignacio Bosque*, Tromsø, 6 de marzo de 2012, en <https://manifiestolinguistica.weebly.com/> (3 de febrero de 2024).

FALCÓN, LIDIA (2008), "Yo también soy 'miembra'", *El Periódico*, 25 de junio de 2008.

FANJUL, SERGIO C. (2023), "Los diez pensadores que más influyen en la izquierda", *El País*, 24 de julio de 2023.

FAULKNER, WILLIAM (1926), *Soldiers' Pay*, Penguin, New York, 1976, 266 pp.

FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS (2023a), “‘El lenguaje inclusivo es un artificio’: familias apoyan al profesor de instituto que borró los términos femeninos en plural”, *ABC*, 15 de octubre de 2023.

FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS (2023a), “‘No podemos marcarnos por ideologías políticas con el lenguaje inclusivo’: las AMPA abogan por el ‘respeto’ a cada alumno”, *ABC*, 16 de octubre de 2023.

FERNÁNDEZ, LAURA (2024), “‘La soldada’, imprescindible disparo autobiográfico de una israelí al absurdo de la guerra”, *El País*, 19 de enero de 2024.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, SILVIA (2023), “El lenguaje inclusivo y las redes profesionales”, *Noticias Cielo*, Año 2023, nº 7, 3 pp., en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/638079> (8 de enero de 2024).

FERNÁNDEZ-RIVERA, PAZ (2022), “Sexo y género: de la tradicional intercambiabilidad a la necesaria precisión conceptual de la STC 67/2022 de 2 de junio”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, Año 2022, nº 15, pp. 173-195.

FERNÁNDEZ-SANTOS, ELSA (2023), “‘Matria’: la actriz María Vázquez eleva una película social correcta”, *El País*, 24 de marzo de 2023.

FERREYROLLES, GÉRARD (ed.) (1996), *Justice et force. Politiques au temps de Pascal*, Actes du colloque de Clermont-Ferrand, 20-23 septembre 1990, Klincksieck, Collection Port Royal, Paris, 383 pp.

FERRO, LORENA (2023), “La UB adopta el masculino como genérico y argumenta que no es excluyente”, *La vanguardia*, 20 de octubre de 2023, en <https://www.lavanguardia.com/vida/20231020/9312447/ub-masculino-generico-no-excluye.html> (21 de octubre de 2023).

FONDÉU (2019), *Lenguaje inclusivo: una breve guía sobre todo lo que está pasando*, 12 de marzo de 2019, en <http://www.fundeu.es/lenguaje-inclusivo/> (9 de mayo de 2023).

GÁNDARA, DIEGO (2024), “Cuando Dickens predijo la dictadura ‘woke’”, *La Razón*, 30 de enero de 2024.

GADAMER, HANS-GEORG (1975), *Wahrheit und Methode*, cuarta edición, en *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, traducción al castellano de AGUD, ANA; AGAPITO, RAFAEL DE, Ediciones Sígueme, Salamanca, 690 pp.

GARCÍA, CONCHA (2021), “El nuevo y tajante mensaje de la RAE sobre el lenguaje inclusivo”, *La Razón*, 11 de octubre de 2021, en <https://www.larazon.es/cultura/20211011/flcl3i4owvcwrpvigqivljy7wq.html> (15 de marzo de 2023).

GARCÍA, FÉLIX (1967), “Introducción” a *La perfecta casada*, en LEÓN, FRAY LUIS DE, *Obras completas castellanas*, I, cuarta edición corregida y aumentada, prólogos y

notas del padre Félix García, O.S.A., Biblioteca de Autores Castellanos, Madrid, 1967, pp. 223-240.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1994), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, discurso leído el día 24 de octubre de 1994, en el acto de su recepción como académico de número, por el Excmo. Sr. D. Eduardo García de Enterría y Martínez Carande, y contestación del Excmo. Sr. D. Ángel Martín Municio, Real Academia Española, 276 pp., en https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf (15 de enero de 2024).

GARCÍA DE LA CALLE, JOSÉ RAFAEL (2023), "El lenguaje inclusivo en el Orden Social de la Jurisdicción", *Noticias Cielo*, Año 2023, Nº 7, 3 pp., en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/638079> (8 de enero de 2024).

GARCÍA MESEGUER, ÁLVARO (1994), *¿Es sexista la lengua española? Una investigación sobre el género gramatical*, Ediciones Paidós, Barcelona, 254 pp.

GARCÍA MONTERO, LUIS (2023), "La comunidad de lo diverso", en "2. Lenguajes para la inclusión", *El español en el mundo 2023*, Anuario del Instituto Cervantes, Instituto Cervantes, Madrid, pp. 145-149.

GARNER, JAMES FINN (1994), *Politically Correct Bedtime Stories. Modern Tales for our Life & Times*, Macmillan, New York, 79 pp.

GARNER, JAMES FINN (1995b), *Once Upon a More Enlightened Time. More Politically Correct Bedtime Stories*, Macmillan, New York, 84 pp.

GARNER, JAMES FINN (1995b), *Politically Correct Holiday Stories. For an Enlightened Yuletide Season*, Macmillan, New York, 99 pp.

GASCÓN, DANIEL (2023), "Teoría de la libertad asimétrica", *El País*, 27 de diciembre de 2023.

GIL, JOSÉ LUIS (2003), *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 402 pp.

GIL, JOSÉ LUIS (2012a), "Concepto de trabajo decente", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 15-18, Sección Monografías, Agosto 2012, Año 28, pp. 77-120, Tomo II, La Ley 16445/2012, en <https://laleydigital.laleynext.es/>, 38 pp.

GIL, JOSÉ LUIS (2012b), "Protección jurídico-laboral de las personas con discapacidad mental", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, nº 5, 2012, pp. 17-52.

GIL, JOSÉ LUIS (2020), "La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 10, Nº 2, 2020, pp. 6-70.

GIL, JOSÉ LUIS (2023), “¿Hacia un lenguaje inclusivo en el derecho del trabajo?”, *Noticias Cielo*, Año 2023, Nº 7, 8 pp., en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/638079> (8 de enero de 2024).

GIL, JOSÉ LUIS (2023); USHAKOVA, TATSIANA (2023), “Introducción al seminario APOSTAR POR EL EMPLEO JUVENIL reforzando las competencias generales y básicas. Especial referencia al uso del lenguaje inclusivo en el ámbito jurídico-laboral”, *Noticias Cielo*, Año 2023, Nº 7, 2 pp., en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/638079> (8 de enero de 2024).

GODDARD, ANGELA y PATTERSON, LINDSEY M. (2005), *Lenguaje y género*, traducción de MOLINA, SILVIA, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 151 pp.

GONZÁLEZ, SARA (2023), “Muere a los 94 años Hélène Carrère d’Encausse, ‘secretario perpetuo’ de la Academia Francesa”, *El País*, 5 de agosto de 2023.

GRACIÁN, BALTASAR (1647), *Oráculo manual y arte de prudencia*, en *Obras completas*, estudio preliminar, edición, bibliografía y notas e índices de HOYO, ARTURO DEL, tercera edición, Aguilar, Madrid, 1967, pp. 149-230.

GRACIÁN, BALTASAR (1651-1657), *El criticón*, en *Obras completas*, estudio preliminar, edición, bibliografía y notas e índices de HOYO, ARTURO DEL, tercera edición, Aguilar, Madrid, 1967, pp. 519-1013.

GRIJELMO, ÁLEX (2015), “Miembros y miembras”, *El País*, 22 de mayo de 2015.

GRIJELMO, ÁLEX (2018), “No es sexista la lengua, sino su uso”, *El País*, 24 de febrero de 2018.

GRIJELMO, ÁLEX (2019), *Propuesta de acuerdo sobre el lenguaje inclusivo*, Taurus, Madrid, 293 pp.

GRIJELMO, ÁLEX (2020a), “La polla y el coñazo”, *El País*, 26 de enero de 2020.

GRIJELMO, ÁLEX (2020b), “Duplicaciones discriminatorias”, *El País*, 27 de marzo de 2020.

GRIJELMO, ÁLEX (2020c), “Personas trabajadoras”, *El País*, 24 de abril de 2020.

GRIJELMO, ÁLEX (2021a), “Esencias y novedades de la nueva edición del ‘Libro de estilo’ de EL PAÍS”, *El País*, 21 de febrero de 2021.

GRIJELMO, ÁLEX (2021b), “Sujetos infractores y sujetas infractoras”, *El País*, 18 de julio de 2021.

GRIJELMO, ÁLEX (2021c), “Patria y patria”, *El País*, 25 de julio de 2021.

GRIJELMO, ÁLEX (2021d), “La soldado o la soldada”, *El País*, 11 de septiembre de 2021.

GRIJELMO, ÁLEX (2021e), “Conguitos y negritas”, *El País*, 26 de septiembre de 2021.

- GRIJELMO, ÁLEX (2021f), “Coños y chorradas”, *El País*, 19 de diciembre de 2021.
- GRIJELMO, ÁLEX (2022a), “Ni cultura ni cancelación”, *El País*, 8 de abril de 2022.
- GRIJELMO, ÁLEX (2022b), “Sondeo inclusivo”, *El País*, 6 de junio de 2022.
- GRIJELMO, ÁLEX (2022c), “Colleja injusta para ‘España’”, *El País*, 4 de julio de 2022.
- GRIJELMO, ÁLEX (2022d), “Contra la expresión ‘masculino genérico’”, *El País*, 25 de julio de 2022.
- GRIJELMO, ÁLEX (2022e), “‘Som dones i diem prou’”, *El País*, 18 de septiembre de 2022.
- GRIJELMO, ÁLEX (2022f), “‘Ambigüedades resolubles’”, *El País*, 27 de octubre de 2022.
- GRIJELMO, ÁLEX (2022g), “Una cita de veracidad dudosa”, *El País*, 24 de noviembre de 2022.
- GRIJELMO, ÁLEX (2023a), “Jueces sin juezas”, *El País*, 19 de febrero de 2023.
- GRIJELMO, ÁLEX (2023b), “La evolución, limitada, de las lenguas”, *El País*, 3 de junio de 2023.
- GRIJELMO, ÁLEX (2023c), “Conducta sexual ‘inapropiada’”, *El País*, 9 de septiembre de 2023.
- GRIJELMO, ÁLEX (2023d), “Disminuidos o discapacitados: el efecto dominó de lo políticamente correcto”, *El País*, 29 de diciembre de 2023.
- GUERRERO, SUSANA (2021), “El lenguaje inclusivo en la universidad española: La reproducción del enfrentamiento mediático”, *Círculo de lingüística aplicada a la comunicación (CLAC)*, nº 88, Octubre de 2021, pp., 15-29, en https://www.researchgate.net/publication/356484228_El_lenguaje_inclusivo_en_la_universidad_espanola_la_reproduccion_del_enfrentamiento_mediatico (13 de noviembre de 2023).
- GUMPERT, MARIONA (2022), “Cancelando a Dostoievski”, *Vozpópuli*, 11 de marzo de 2002, en <https://www.vozpopuli.com/opinion/cancelando-a-dostoievski.html> (11 de marzo de 2022).
- GUTHRIE, CAMILLE (2017), “John Keats: ‘Ode on a Grecian Urn’”, December 20th, 2017, 6 pp., en <https://www.poetryfoundation.org/articles/145240/john-keats-ode-on-a-grecian-urn> (13 de mayo de 2023).
- HANDKE, PETER y KOLLERTISCH, ALFRED (2008), *Schönheit ist die erste Bürgerpflicht. Briefwechsel*. Jung und Jung, Salzburg und Wien 2008, 296 pp.
- HERMOSO, BORJA (2022), “El lenguaje inclusivo es una imposición, y ya está bien. Entrevista a la lingüista y profesora feminista Came Junyent”, *El País*, 20 de enero de 2022.

HOBBS, THOMAS (1651a), *De Cive or the Citizen*, en LAMPRECHT, STERLING P. (ed.), Appleton-Century Philosophy Source-Books, New York, 1949, 210 pp.

HOBBS, THOMAS (1651b), *Leviathan*, Oxford World's Classics, 2017, 508 pp.

HUGO, VICTOR (1862), *Les misérables*, Illustration par JEANNIOT, GEORGES, 5 tomes, Émile Testarde, 1890, en https://fr.wikisource.org/wiki/Les_Mis%C3%A9rables (15 de enero de 2024).

INDIANO, ANDREA: "La grande guerra dei pronomi inclusivi", *Wired*, 1.07.2020, en <https://www.wired.it/attualita/politica/2020/07/01/loro-pronomi-genere-non-binario/> (4 de noviembre de 2023).

INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS (2023), "El llenguatge inclusiu: Compatibilitat dels recursos estilístics dels usos no sexistes amb la normativa lingüística", Document aprovat per la Secció Filològica en la reunió plenària del 20 d'octubre de 2023, en <https://sf.espais.iec.cat/files/2023/10/El-llenguatge-inclusiu.pdf> (20 de enero de 2024).

INSTITUTO DE LA MUJER (2008), *Hablamos de leyes*, En femenino y en masculino, Serie Lenguaje, nº 6, Madrid, 65 pp., en <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/AreaEducacion/MaterialesDidacticos/docs/SerieLenguaje/SL6.pdf> (11 de mayo de 2023).

INSST (2021), *Guía para el uso del lenguaje inclusivo en el INSST*, O.A, M.P., Gobierno de España, Ministerio de Trabajo e Inclusión Social, INSST, Madrid, 19 pp., en <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/guia-para-el-uso-del-lenguaje-inclusivo> (10 de enero de 2024).

JIMÉNEZ, ROBERTO (2022), "Aplausos en masa a José Mota por lo que se vio al final de su especial de Nochevieja: 'Historia de la televisión'", *Huffington Post*, 2 de enero de 2022, en <https://eltelevisero.huffingtonpost.es/2022/01/aplausos-en-masa-a-jose-mota-por-lo-que-se-vio-al-final-de-su-especial-de-nochevieja-historia-de-la-television/> (4 de enero de 2024).

JUNYENT FIGUERAS, M. CARMÉ (ed.) (2021), *Som dones, som lingüistes, som moltes i diem prou*, EUMO, 264 pp.

KOCH, TOMASSO (2023), "Venecia contra la cancelación: Polanski, Allen y Besson invitados a la Mostra en medio de la polémica", *El País*, 2 de septiembre de 2023.

KOCH, TOMMASO y FANJUL, SERGIO C. (2023), "La 'reescritura' de los textos de Roald Dahl provoca indignación global y sospechas sobre su legalidad", *El País*, 20 de febrero de 2023.

KOVALIK, DAN (2021), *Cancel This Book. The Progressive Case Against Cancel Culture*, Hot Books, New York.

LARENZ, KARL (1979), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, vierte, ergänzte Auflage*, traducción y revisión al castellano de Marcelino Rodríguez Molinero, con el título de *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1994, 536 pp.

LAZZERI CHRISTIAN (1993), *Force et justice dans la politique de Pascal*, Presses Universitaires de France, Paris, 406 pp.

LEÓN, FRAY LUIS DE (1582), *Exposición del Cantar de los Cantares de Salomón*, en *Obras completas castellanas*, Tomo I, cuarta edición corregida y aumentada, prólogos y notas del padre Félix García, O.S.A., Biblioteca de Autores Castellanos, Madrid, 1967, pp. 47-218.

LEÓN, FRAY LUIS DE (1583a), *De los nombres de Cristo*, en *Obras completas castellanas*, Tomo I, cuarta edición corregida y aumentada, prólogos y notas del padre Félix García, O.S.A., Biblioteca de Autores Castellanos, Madrid, 1967, pp. 359-825.

LEÓN, FRAY LUIS DE (1583b), *La perfecta casada*, en *Obras completas castellanas*, Tomo I, cuarta edición corregida y aumentada, prólogos y notas del padre Félix García, O.S.A., Biblioteca de Autores Castellanos, Madrid, 1967, pp. 219-358.

LEÓN, FRAY LUIS DE (1588), *Carta-dedicatoria a las madres priora Ana de Jesús y religiosas carmelitas descalzas del monasterio de Madrid por el M. Fr. Luis de León*, en *Obras completas castellanas*, Tomo I, cuarta edición corregida y aumentada, prólogos y notas del padre Félix García, O.S.A., Biblioteca de Autores Castellanos, Madrid, 1967, pp. 904-914.

LEÓN, FRAY LUIS DE (1615), *Apología del P. M. Fr. Luis de León catedrático de la Universidad de Salamanca*, en *Obras completas castellanas*, Tomo I, "Escritos varios", cuarta edición corregida y aumentada, prólogos y notas del padre Félix García, O.S.A., Biblioteca de Autores Castellanos, Madrid, 1967, pp. 915-920.

LEÓN, FRAY LUIS DE (1779), *Exposición del libro de Job*, en *Obras completas castellanas*, Tomo II, cuarta edición corregida y aumentada, prólogos y notas del padre Félix García, O.S.A., Biblioteca de Autores Castellanos, Madrid, 1967, pp. 1-694.

LEÓN, FRAY LUIS DE (1883), *De la vida, muerte, virtudes y milagros de la santa Madre Teresa de Jesús. Libro primero, por el maestro Fr. Luis de León*, en *Obras completas castellanas*, Tomo I, "Escritos varios", cuarta edición corregida y aumentada, prólogos y notas del padre Félix García, O.S.A., Biblioteca de Autores Castellanos, Madrid, 1967, pp. 921-941.

LIBREROS, IVÁN (2023), "El lenguaje inclusivo no convence en Europa: Francia, Italia y Alemania lo rechazan de forma tajante", *Vozpópuli*, 4 de noviembre de 2023, en <https://www.vozpopuli.com/espana/lenguaje-inclusivo-union-europea.html> (4 de noviembre de 2023).

LINARES, MELISSA (2022), “El lenguaje inclusivo no consigue la inclusión, dice Fernando Savater”, *Criterio*, 25 de mayo de 2022, en <https://criteriohidalgo.com/noticias/lenguaje-inclusivo-no-consigue-inclusion-dice-savater> (2 de septiembre de 2023).

LINDO, ELVIRA (2023), “Roald Dahl, entre la rabia y el humor”, *El País*, 22 de febrero de 2023.

LIJTMAER, LUCÍA (2023), “Una de romanos y Roald Dahl”, *El País*, 22 de febrero de 2023.

LLAMAZARES, JULIO (2018), “El tocino y la velocidad”, *El País*, 9 de febrero de 2018.

LLEDÓ, EULALIA (2015), “Lenguaje no sexista”, Proyecto de igualdad, CEIP Poetas andaluces, Curso 2014-2015, 6 pp., en https://www.juntadeandalucia.es/averroes/centros-tic/41602612/helvia/sitio/upload/LENGUAJE_NO_SEXISTA_indicaciones.pdf (13 de enero de 2024).

LORENZO ARRIBAS, JOSEMI (2001), “Fray Luis de León: Un misógino progresista en la querrela de las mujeres. Relectura de La perfecta casada”, en SEGURA, CRISTINA (coord.), *Feminismo y misoginia en la literatura española. Fuentes literarias para la Historia de las Mujeres*, Narcea Ediciones, 2001, pp. 59-80.

LORENZO ARRIBAS, JOSEMI (2004), “Misoginia y sensibilidad: Fray Luis de León”, *Rinconete*, Centro Virtual Cervantes, 30 de noviembre de 2004, en https://cvc.cervantes.es/el_rinconete/anteriores/noviembre_04/30112004_01.htm (8 de enero de 2024).

LOZANO, CONCHA (2021), “La discusión en Europa sobre el lenguaje inclusivo no ha hecho más que empezar”, *Aceprensa*, 8 de julio de 2021, en <https://www.aceprensa.com/sociedad/igualdad/la-discusion-en-europa-sobre-el-lenguaje-inclusivo-no-ha-hecho-mas-que-empezar/> (4 de noviembre de 2023).

LUKIANOFF, GREG y SCHLOTT, RIKKI (2023), *The Canceling of the American Mind: Cancel Culture Undermines Trust and Threatens Us All—But There Is a Solution*, Simon&Schuster, 464 pp.

MADAME DE SABLÉ (Madeleine de Souvré) (1678), *Maximes de Mme de Sablé*, texte établi par JOUAUST, DAMASE, Librairie des Bibliophiles (Cabinet du Bibliophile, n° 10), 1870, 50 pp., en https://fr.wikisource.org/wiki/Maximes_de_Mme_de_Sabl%C3%A9 (22 de enero de 2024).

MAGALDI, NURIA (2023), “Declaraciones políticas de las Universidades, autonomía universitaria y derechos fundamentales”, *Fundación Hay Derecho*, 18 de enero de 2023, en <https://www.hayderecho.com/2023/01/18/declaraciones-politicas-de-las->

[universidades-autonomia-universitaria-y-derechos-fundamentales/](#) (14 de febrero de 2024).

MARBÁN, ROBERTO (2023a), “El lenguaje inclusivo asalta la universidad española: así son los criterios para ‘evitar la jerga sexista’”, *El Debate*, 23 de septiembre de 2023, en https://www.eldebate.com/educacion/20230923/lenguaje-inclusivo-asalta-universidad_140967.html (28 de octubre de 2023).

MARBÁN, ROBERTO (2023b), “La Universidad de Barcelona ordena volver al masculino como genérico porque no lo ve excluyente”, *El Debate*, 20 de octubre de 2023, en https://www.eldebate.com/educacion/20231020/universidad-barcelona-ordena-volver-masculino-como-generico-porque-no-ve-excluyente_147929.html (28 de octubre de 2023).

MARCOS, JOSÉ (2018), “Montero defiende decir ‘portavoza’ para dar visibilidad a las mujeres”, *El País*, 9 de febrero de 2018.

MARCOS, ANA (2024), “‘El Niño de Vallecas’ de Velázquez ya no tiene enanismo, sino acondroplasia: el Prado se adapta a la reforma de la Constitución”, *El País*, 10 de enero de 2024.

MARIAS, JAVIER (1995), “Cursilerías lingüísticas”, *El País*, 19 de marzo de 1995.

MARIAS, JAVIER (2006), “Narices con poco olfato”, *El País*, 17 de diciembre de 2006.

MARÍAS, JAVIER (2008a), “No esperen a las mujeres”, *El País*, 11 de mayo de 2008.

MARÍAS, JAVIER (2008b), “El pelma ante los plastas”, *El País*, 12 de julio de 2008.

MARÍAS, JAVIER (2018), “Palabras que me impiden seguir leyendo”, *El País*, 15 de diciembre de 2018.

MARÍAS, JAVIER (2019a), “¿Será buena persona el cocinero?”, *El País*, 6 de abril de 2019.

MARÍAS, JAVIER (2019b), “Vamos a oprimir nosotros”, *El País*, 21 de julio de 2019.

MARÍAS, JAVIER (2021), “Desprecio de la propia lengua”, *El País*, 13 de noviembre de 2021.

MARÍN, ALFREDO y COLL, FRANCISCO (2021), “Navaja de Ockham”, *Economipedia.com*, 5 de diciembre de 2021, en <https://economipedia.com/definiciones/navaja-de-ockham.html#:~:text=La%20navaja%20de%20Ockham%2C%20tambi%C3%A9n,o%20de%20un%20problema%20cualquiera>. (3 de agosto de 2023).

MARRADES, ANA I.; SEVILLA, JULIA y SALAZAR, OCTAVIO (2020), “Supuesta neutralidad del lenguaje constitucional y las nuevas propuestas de lenguaje constitucional inclusivo”, en VENTURA, ASUNCIÓN y IGLESIAS, MARÍA MERCEDES (coords.), *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género*,

Volumen I, *Constitución, órganos y fuentes de organización*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 77-90.

MARTÍN BARRANCO, MARÍA (2022), *Punto en boca (Esto no es un manual de lenguaje inclusivo)*, Los libros de la catarata, 176 pp.

MARTÍNEZ, JOSÉ A. (2008), *El lenguaje de género y el género lingüístico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 167 pp.

MARTÍNEZ, IBSEN (2022), “¿Putin o Shostakóvich?”, *El País*, 15 de marzo de 2022.

MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ (2023), “Cinco víctimas de acoso escolar conviven con sus agresores en un colegio de Retiro”, *El País*, 9 de octubre de 2023.

MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH (1848), *Manifest der Kommunistischen Partei*, Office der „Bildungs-Gesellschaft für Arbeiter”, London, en [https://de.wikisource.org/wiki/Manifest_der_Kommunistischen_Partei_\(1848\)](https://de.wikisource.org/wiki/Manifest_der_Kommunistischen_Partei_(1848)) (2 de enero de 2024).

MENÉNDEZ PIDAL, RAMÓN (1961), *Poema de mio Cid*, Anónimo, facsímil de la edición paleográfica, Madrid, 120 pp., *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, en https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/poema-de-mio-cid--0/html/ff8348a6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_6.html (14 de enero de 2024).

MICÓ, JOSÉ MARÍA (2018), “Nota sobre el texto y la traducción”, en ALIGHIERI, DANTE (2018), *Comedia*, Prólogo, comentarios y traducción de MICÓ, JOSÉ MARÍA, Acantilado, Barcelona, pp. 31-41.

MILLS, SARA (2008), *Language and Sexism*, Cambridge University Press, Cambridge, 178 pp.

MILLS, SARA; MULLANY, LOUSE (2011), *Language, Gender and Feminism. Theory, Methodology and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 178 pp.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2023), *Guía para el uso de un lenguaje más inclusivo e igualitario*, Gobierno de España, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 17 pp., en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Guia%20lenguaje%20inclusivo.pdf> (31 de agosto de 2023).

MONTOLÍO, ESTRELLA; YÚFERA, IRENE (2023), “Presentes sin presencia. Reflexiones acerca de la comunicación desde la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres”, en “2. Lenguajes para la inclusión”, *El español en el mundo 2023*, Anuario del Instituto Cervantes, Instituto Cervantes, Madrid, pp. 151-176.

MORÁN, CARMEN (2008) “Aído dice que nombrar a las ‘miembras’ fue un lapsus”, *El País*, 11 de junio de 2008.

MORGAN, ROBIN (ed.) (1970), *Sisterhood is Powerful. An Anthology of Writings from the Women's Liberation Movement*, Vintage Books, New York, 602 pp.

MORGAN, ROBIN (ed.) (1996), *Sisterhood is Global. The International Women's Movement Anthology*, Compiled, Edited, Introduced, and with a New Preface by MORGAN, ROBIN, The Feminist Press at The City University of New York, New York, 821 pp.

MORGAN, ROBIN (ed.) (2003), *Sisterhood is Forever. The Women's Anthology for a new Millennium*, Compiled, Edited, and Introduction by MORGAN, ROBIN, Washington Square Press, New York and other cities, 580 pp.

MUÑOZ MOLINA, ANTONIO (2023), "Culpable de herejía", *El País*, 27 de enero de 2023.

MUÑOZ MOLINA, ANTONIO (2024a), "Donde no llega la ficción", *El País*, 13 de enero de 2024.

MUÑOZ MOLINA, ANTONIO (2024b), "Fantasmas de doblaje", *El País*, 3 de febrero de 2024.

NAVARRO, JUAN (2023), "Los padres de un instituto de Valladolid denuncian que un profesor obliga al alumnado a tachar el lenguaje inclusivo de los libros", *El País*, 10 de octubre de 2023.

NG, EVE (2022), *Cancel Culture: A Critical Analysis*, Palgrave Macmillan, Cham, 153 pp.

NIDA-RÜMELIN, JULIAN (2023), "*Cancel Culture*" - *Ende der Aufklärung?: Ein Plädoyer für eigenständiges Denken*, Piper Verlag GmbH, 192 pp.

OIT (2011a), *Resolución relativa a la igualdad de género y el uso del lenguaje en los documentos jurídicos de la organización*, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 100.a reunión, Ginebra, junio de 2011, Quinta sesión, Jueves, 9 de junio de 2011, Núm. 10, Lunes 13 de junio de 2011, 48 pp.

OIT (2011b), *Seguimiento de la Resolución relativa a la igualdad de género y el uso del lenguaje en los documentos jurídicos de la OIT*, Consejo de Administración, 312.ª reunión, Ginebra, noviembre de 2011 GB.312/LILS/INF/2, Sección de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo LILS, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 3 pp., en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_164331.pdf (2 de agosto de 2023).

ORTEGA, ARELY (2021), "Mario Vargas Llosa llama 'aberración' al uso de 'todes' como lenguaje inclusivo", 31 de agosto de 2021, en https://los40.com.mx/los40/2021/08/31/actualidad/1630428359_589821.html (22 de octubre de 2023).

ORWELL, GEORGE (1946), "Politics and the English language", *Horizon*, April 1946, en <https://www.orwellfoundation.com/the-orwell-foundation/orwell/essays-and-other-works/politics-and-the-english-language/> (24 de agosto de 2023).

ORWELL, GEORGE (1949), *Nineteen Eighty-Four*, en *The Complete Novels of George Orwell*, Penguin, 2009, London, pp. 939-1186.

ÖZKIRIMLI, UMUT (2023), *Cancelled. The Left Way Back from Woke*, Polity Press, Cambridge y Hoboken, 240 pp.

PACTO MUNDIAL (2022), “Tips para introducir el lenguaje de género en la empresa”, en <https://www.pactomundial.org/noticia/tips-para-introducir-el-lenguaje-de-genero-en-la-empresa/> (14 de febrero de 2024).

PARLAMENTO EUROPEO (2008), *Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo*, aprobado por la decisión Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008, en <https://www.fademur.es/documentos/Informe-Eurocamara-Lenguaje-sexista.pdf> (2 de agosto de 2023).

PARLAMENTO EUROPEO (2018), *Un lenguaje neutral en cuanto al género en el Parlamento Europeo*, 13 pp., en https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/187095/GNL_Guidelines_ES-original.pdf (11 de mayo de 2023).

PASCAL, BLAISE (1669a), Fragment Ordre n° 4 / 10 - Papier original : RO 25-5. Copies manuscrites du XVIIe s. : C1 : Ordre n° 7 et 8 p. 1 v° / C2 : p. 14. Éditions savantes : Faugère II, 389, Ordre / Havet XXII.1 / Brunschvicg 60 / Tourneur p. 167-2 / Le Guern 4 / Maeda I p. 32 / Lafuma 6 / Sellier 40. El texto puede consultarse en <http://www.penseesdepascal.fr/Ordre/Ordre4-moderne.php> (31 de julio de 2023).

PASCAL, BLAISE (1669b), Fragment Raisons des effets n° 20 / 21 - Papier original : RO 169-1. Copies manuscrites du XVIIe s. : C1 : Raisons des effets n° 137 à 140 p. 37 v° / C2 : p. 55-56. Éditions savantes : Faugère II, 134, XVII / Havet VI.8 / Michaut 411 / Brunschvicg 298 / Tourneur p. 193-1 / Le Guern 94 / Lafuma 103 / Sellier 135, en <http://www.penseesdepascal.fr/Raisons/Raisons20-moderne.php#:~:text=La%20force%20sans%20la%20justice,qui%20est%20fort%20soit%20juste>. (13 de mayo de 2023). Para un comentario y bibliografía, cfr. <http://www.penseesdepascal.fr/Raisons/Raisons20-approfondir.php> (13 de mayo de 2023).

PAYR, FABIAN (2021), *Von Menschen und Mensch*innen. 20 gute Gründe, mit dem Gendern aufzuhören*, Springer, Wiesbaden, 172 pp.

PAYR, FABIAN (2023), “Wie Genderbefürworter reden: Im Sprachkampf können die Waffen nicht schmutzig genug sein”, *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 29. August 2023.

PEINADO, FERNANDO (2023), “El profesor investigado por grabar alumnas desnudas en Madrid evita hablar ante la jueza”, *El País*, 10 de octubre de 2023.

PÉREZ TROYA, ADORACIÓN (2022), “Las ‘puellae doctae’ y la influencia de Nebrija. El Renacimiento en femenino”, conferencia pronunciada el 2 de abril de 2022, en la Universidad de Alcalá, en el marco del V Seminario sobre las Mujeres en el Siglo de Oro, organizado por la Asociación de Mujeres Progresistas de Alcalá de Henares Francisca de Pedraza, 6 pp.

PONS, LOLA (2020), “Lengua capacitada”, *El País*, 7 de febrero de 2020.

PONS, LOLA (2024), “Hay un tabú en la Constitución”, *El País*, 13 de enero de 2024.

POP, BOB (2024), “Por una discapacidad constitucional”, *El País*, 15 de enero de 2024.

PRECIADO, PAUL B. (2022), *Dysphoria mundi*, Anagrama, 2022, 560 pp.

QUEVEDO, FRANCISCO DE (1627), *El mundo por de dentro*, en *Los sueños*, II. Obras satírico-morales, *Obras completas*, Estudio preliminar, edición y notas de BUENDÍA, FELICIDAD, Tomo I, *Obras en prosa*, sexta edición, 1966, primera reimpresión, 1969, Madrid, pp. 163-172.

RAE (2005), Voz “género”, del *Diccionario panhispánico de dudas*, en <https://www.rae.es/dpd/g%C3%A9nero> (15 de marzo de 2023).

RAE (2020), *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, 156 pp., en https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf (11 de mayo de 2023).

RAE (2024), *Nota de la Real Academia Española sobre las “Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje en la Administración parlamentaria”*, 13 de febrero de 2024, 4 pp., en <https://www.rae.es/noticia/nota-de-la-real-academia-espanola-sobre-las-recomendaciones-para-un-uso-no-sexista-del> (14 de febrero de 2024).

RAMAJO, MALENA (2023), “El IEC rechaza el lenguaje inclusivo y defiende el uso del masculino genérico”, *El Nacional*, 26 de octubre de 2023, en https://www.elnacional.cat/es/sociedad/iec-rechaza-lenguaje-inclusivo-defiende-uso-masculino-generico_1117045_102.html (27 de octubre de 2023).

RAUCH, JONATHAN (2021), *The Constitution of Knowledge. A Defense of Truth*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 305 pp.

REDL, THERESA; FRANK, STEFAN L.; SWART, PETER DE y HOOP, HELE DE (2021), “The male bias of a generically-intended masculine pronoun: Evidence from eye-tracking and sentence evaluation”, April 1, 2021, en <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0249309> (4 de noviembre de 2023).

RITUERTO, RICARDO M. DE (2009), “Ni ‘miembros’ ni ‘miembras’”, 18 de marzo de 2009, *Tonos. Revista Electrónica de Estudios Filológicos*, nº 17, julio 2009, 8 pp., en

<https://www.um.es/tonosdigital/znum17/secciones/teselas-10-miembros.htm> (11 de mayo de 2023).

RIZZACASA D'ORSOGNA, COSTANZA (2022), *Scorrettissimi. La cancel culture nella cultura americana*, Laterza, Roma-Bari.

ROCA, IGNACIO M. (2005a), “La Gramática y la Biología en el género del español (1ª parte)”, *Revista Española de Lingüística*, Vol. 35, Fasc. 1, 2005, pp. 17-44.

ROCA, IGNACIO M. (2005b), “La Gramática y la Biología en el género del español (2ª parte)”, *Revista Española de Lingüística*, Vol. 35, Fasc. 2, 2005, pp. 397-432.

ROCA, IGNACIO M. (2009), “Todas las vascas son vascos, y muchos vascos también vascas. Género y sexo en el castellano”, *Boletín de la Real Academia Española*, Tomo 89, Cuaderno 299, 2009, pp. 77-117.

ROCA, IGNACIO M. (2013a), “El género del castellano: entelequias y realidades”, *Español actual: Revista de español vivo*, nº 99, 2013, pp. 51-96.

ROCA, IGNACIO M. (2013b), “El doblete de género: más que inútil, contraproducente”, “El género del castellano: entelequias y realidades”, *Español actual: Revista de español vivo*, nº 99, 2013, pp. 129-150.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MARÍA (2009), *La evolución del género gramatical masculino como término genérico: Su reflejo en la prensa española contemporánea*, Editorial Fundamentos, Madrid, 218 pp.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, MIGUEL (1990), “Dallo Statuto dei lavoratori all’Estatuto de los trabajadores’: due esperienze in contrasto”, en AA.VV., *Lo Statuto dei lavoratori: vent’anni dopo*, direzione di CARINCI, F.; DELL’OLIO, M.; DE LUCA TAMAJO, R.; LISO, F.; MONTUSCHI, L.; TOSI, P.; TREU, T. e VENEZIANI, B., Torino, UTET, *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº 6, pp. 89-107. Hay una versión al castellano de dicha obra colectiva: *El Estatuto de los Trabajadores italiano: veinte años después*, traducción de GIL, JOSÉ LUIS y prólogo de RODRÍGUEZ-PIÑERO, MIGUEL, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, 607 pp.

ROLIN, FRÉDÉRIC (2019), “La féminisation des fonctions par le Conseil d’État n’est pas la féminisation des fonctions pour le Conseil d’État”, en <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/la-feminisation-des-fonctions-par-le-conseil-detat-nest-pas-la-feminisation-des-fonctions-p/h/e425c7082f4501ed10eeaa267e8cee7.html> (12 de enero de 2024).

RUBIO, PILAR (1999), “Lo femenino y lo masculino en *La Regenta*”, en *En femenino y en masculino*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pp. 12-21.

RUBIO, ANA; BODELÓN, ENCARNA *et alii* (2011), *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 156 pp.,

en <https://abogadasparalaigualdad.files.wordpress.com/2014/03/lenguaje-juridico.pdf> (25 de agosto de 2023).

RUBIO HANCOCK, JAIME (2023), “La libertad de censurar libros”, *El País*, 1 de enero de 2024.

RUIZ MANTILLA, JESÚS (2020), “Santiago Muñoz Machado: ‘Tenemos una lengua hermosa y precisa. ¿Por qué estropearla con el lenguaje inclusivo?’”, *El País*, 17 de julio de 2020.

RUSSELL, BERTRAND (1984), *A History of Western Philosophy*, Conterpoint, London and Sidney, 842 pp.

SAGARDOY, JUAN ANTONIO (1981), “The Spanish Worker’s Statute”, *International Labour Review*, Vol. 120, nº 2, March-April 1981, pp. 215-229.

SAGARDOY, JUAN ANTONIO y GIL, JOSÉ LUIS (2018), “Las relaciones laborales en España (1978-2018)”, en PENDAS, BENIGNO (dir.) y GONZÁLEZ, ESTHER y RUBIO, RAFAEL (coords.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 1133-1148.

SAGARDOY, JUAN ANTONIO (1990), “Intrahistoria de un Proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales*, 1990, I, pp. 169-181.

SÁLICHE, LUCIANO (2023), “Lola Pons Rodríguez: ‘El lenguaje es un consenso social’”, *Infobae*, 22 de octubre de 2023, en <https://www.infobae.com/cultura/2023/10/22/lola-pons-rodriguez-el-lenguaje-es-un-consenso-social/> (22 de octubre de 2023).

SÁNCHEZ-VALLEJO, MARÍA ANTONIA (2023), “Una polémica exposición feminista celebra a Picasso en el museo de Brooklyn en el 50º aniversario de su muerte”, *El País*, 12 de junio de 2023.

SANTA TERESA DE JESÚS (1582), *Libro de las Fundaciones de Santa Teresa de Jesús, escrito por ella misma*, en *Obras completas*, con un estudio preliminar y notas por Luis Santullano, 5ª edición, M. Aguilar Editor, Madrid, 1945, pp. 527-677.

SANZ, MARTA (2018), *Monstruos y centauros*, Anagrama, 131 pp.

SAPIR, EDWARD (1921), *Language. An Introduction to the Study of Speech*, Echo Library.

SARLO, BEATRIZ y KALINOWSKI, SANTIAGO (2019), *La lengua en disputa: Un debate sobre el lenguaje inclusivo*, Ediciones Godot, 86 pp.

SAUSSURE, FERDINAND DE (2005), *Cours de linguistique générale*, Arbre d’Or, Genève, 253 pp.

SAVATER, FERNANDO (2023), “Ayuda”, *El País*, 5 de mayo de 2023.

SEISDEDOS, IKER (2019), “Félix de Azúa. Lo del lenguaje inclusivo es una de esas modas que pasan, como el ‘hula hoop’”, *El País*, 14 de febrero de 2019.

SERRANO, MARÍA (2023a), “Julia Navarro: ‘El lenguaje inclusivo es una impostura; estoy en contra de la ingeniería social’”, *El debate*, 6 de marzo de 2023, en https://www.eldebate.com/cultura/20230306/julia-navarro-lenguaje-inclusivo-impostura-estoy-contra-ingenieria-social_98360.html (11 de marzo de 2023).

SERRANO, MARÍA (2023b), “La Universidad de Barcelona da marcha atrás con el lenguaje inclusivo: ‘El uso del masculino no excluye a las mujeres’”, *El debate*, 20 de octubre de 2023, en https://www.eldebate.com/cultura/20231020/universidad-barcelona-da-marcha-atras-lenguaje-inclusivo-masculino-no-excluye-mujeres_147949.html (20 de octubre de 2023).

SEVILLANO, ELENA G. (2023), “Boicots, cancelaciones y polémicas por el conflicto entre Israel y Hamás sacuden la inauguración de la Feria del Libro de Fráncfort”, *El País*, 18 de octubre de 2023.

SOLOVIEV, VLADIMIR (2013), “The Meaning of Dostoevsky’s ‘Beauty Will Save the World’”, November 28, 2013, en <https://stpeterorthodoxchurch.com/the-meaning-of-dostoevskys-beauty-will-save-the-world/> (3 de agosto de 2023).

SOTO, JUAN (2023), “El lenguaje inclusivo apesta. Y el profe castigado por tacharlo es mi héroe”, *El Confidencial*, 13 de octubre de 2023.

SWIFT, JONATHAN (1726), *Gulliver’s Travels*, Penguin Classics, Edited with an Introduction and Notes by ROBERT DEMARIA J.R., London and other cities, 2003, 306 pp. El texto, con el título *Gulliver’s Travels into Several Remote Nations of the World*, puede consultarse también en: <https://www.gutenberg.org/files/829/829-h/829-h.htm> (16 de febrero de 2024).

TOLSTOI, LEV NIKOLAEVICH (1869), *Guerra y paz*, introducción de MENDOZA, EDUARDO; traducción de ALCÁNTARA, FRANCISCO JOSÉ y LAÍN ENTRALGO, JOSÉ, y cronología y bibliografía de GÓMEZ, JOSÉ LUIS, BackList, Barcelona, 2010, 1380 pp.

TUCHSCHNEIDER, PAULINA (2024), *La soldada*, traducción de CROSS, ESTHER, Periférica, 104 pp.

UGT (2021), *Guía para el uso del lenguaje no sexista en el ámbito laboral y en la negociación colectiva*, <https://www.ugtaragon.es/guia-para-el-uso-del-lenguaje-no-sexista-en-el-ambito-laboral-y-la-negociacion-colectiva> (16 de mayo de 2023).

UNESCO (1999), *Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje*, 26 pp., en https://www.uah.es/export/sites/uah/es/conoce-la-uah/compromiso-social/igualdad/.galleries/Unidad-de-Igualdad/Recomendaciones_UNESCO.pdf (2 de agosto de 2023).

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA (2011), *Guía para el uso no sexista del lenguaje en la Universitat Autònoma de Barcelona*, 44 pp., en

https://www.uab.cat/Document/177/832/Annex3_LlenguatgeCASTweb.pdf (21 de enero de 2024).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (2022), *Guía para el uso no sexista de la lengua*, segunda edición, Madrid, 45 pp., en <https://libros.uam.es/uam/catalog/download/1184/2068/2345?inline=1> (11 de mayo de 2023).

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ (2020a), *Guía de términos y expresiones inclusivas y no sexistas*, 23 pp., en <https://www.uah.es/export/sites/uah/es/conoce-la-uah/compromiso-social/igualdad/.galleries/Unidad-de-Igualdad/Guia-de-terminos-y-expresiones-inclusivas.pdf> (11 de mayo de 2023).

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ (2020b), *Guía básica para facilitar la incorporación de la perspectiva de género en la docencia de la Universidad de Alcalá*, 21 pp., en <https://www.uah.es/export/sites/uah/es/conoce-la-uah/compromiso-social/igualdad/.galleries/Unidad-de-Igualdad/Guia-basica-para-incorporar-la-perspectiva-de-genero-en-la-docencia-UAH.pdf> (11 de mayo de 2023).

UNIVERSITAT DE BARCELONA (2023), *Instrucció 1/2023, de 27 de juliol, de la secretària general, la vicerectora d'Igualtat i Gènere i el vicerector de Relacions Institucionals, Comunicació i Política Lingüística sobre l'ús del llenguatge inclusiu en les disposicions normatives*, 27 de julio de 2023, 2 pp., en <https://seu.ub.edu/normativaMilloradaAnunciPublic/categories?text=1%2F2023&tipusId=&materiId=&vigencia=qualsevol&dataAprovacioInici=&dataAprovacioFi=&dataEntradaVigorInici=&dataEntradaVigorFi=> (28 de octubre de 2023).

USHAKOVA, TATSIANA (2023), "El lenguaje inclusivo en el Derecho Internacional del Trabajo", *Noticias Cielo*, Año 2023, nº 7, 9 pp., en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/638079> (8 de enero de 2024).

VASALLO, BRIGITTE (2021), *Lenguaje inclusivo y exclusión de clase*, Larousse, 160 pp.

VÁSQUEZ, JUAN GABRIEL (2023a), "Charlie, el chocolate y las sensibilidades heridas", *El País*, 23 de febrero de 2023.

VÁSQUEZ, JUAN GABRIEL (2023b), "De qué hablamos cuando hablamos de James Bond", *El País*, 2 de marzo de 2023.

VEGA, AMADOR y CUESTA, JOSÉ MANUEL (2018), *La novena elegía: Lo decible y lo indecible en Rilke*, Siruela, Madrid.

VICENTE, ÁLEX (2017), "El 'peligro mortal' de la gramática feminista", *El País*, 30 de octubre de 2017.

VILLANUEVA, DARÍO (2021), *Morderse la lengua. Corrección política y posverdad*, Espasa, 384 pp.

VILLENA, MARTA (2021), “Guía sobre identidades de género y pronombres por si te quedan dudas tras el anuncio de Elliot Page”, *El País*, 2 de diciembre de 2020.

WITTGENSTEIN, LUDWIG (1922), *Tractatus Logico-Philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung*, First published by Kegan Paul (London), 1922, SIDE-BY-SIDE-BY-SIDE EDITION, VERSION 0.63 (JULY 14, 2022), containing the original German, alongside both the Ogden/Ramsey, and Pears/McGuinness English translations. July 14, 2022, 120 pp., en <https://people.umass.edu/klement/tlp/tlp.pdf> (12 de mayo de 2023).

YÁRNOZ, CARLOS (2021), “Soldada, caba y sargenta; no generala”, *El País*, 24 de abril de 2021.

ZENNARO, CHIARA (2023), “L'Accademia della Crusca ha detto la sua sul femminile negli atti pubblici”, *Wired*, 20 marzo 2023, en <https://www.wired.it/article/femminile-schwa-accademia-crusca/#:~:text=L'Accademia%20della%20Crusca%20invita,il%20suffisso%20%2Da%20al%20femminile>. (4 de noviembre de 2023).

ZIZEK, SLAVOJ (2022), “La cancelación de la ética: por qué la exclusión del hombre blanco heterosexual es injustificable”, *El País*, 26 de diciembre de 2022.

IMPLICACIONES PARA LAS PYMES DE LAS REFORMAS LABORALES MÁS RECIENTES (2021-2023)

Por

ALEJANDRA SELMA PENALVA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

aselma@um.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: En los últimos tiempos estamos asistiendo a cambios de gran calado en la regulación jurídica de las relaciones laborales. Son muchas y variadas las materias que se han visto, de una manera u otra, afectadas por las reformas más recientes: como es sabido, al mismo tiempo que se incrementa el SMI, se produce una redefinición de las modalidades de contratación y una reorganización de la estructura y vigencia de la negociación colectiva, se potencian las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, al mismo tiempo que también se redimensionan las obligaciones empresariales de cotización. En concreto, en el presente trabajo se analiza la incidencia que, para las empresas más pequeñas, están teniendo las nuevas reformas laborales, así como las más recientes posturas jurisprudenciales que afectan a ciertas instituciones laborales básicas. Y es que, junto a los importantísimos cambios que se introducen por medio de la modificación de la ley, también hay otros que tienen su origen en la interpretación que ofrecen nuestros jueces y tribunales.

PALABRAS CLAVE: Contratación estable; trabajo fijo discontinuo; lucha contra la temporalidad; pequeña y mediana empresa.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES.- II. ¿EL FIN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL?.- III. ¿RIESGOS OCULTOS EN EL CONTRATO INDEFINIDO?.- IV. NUEVOS COSTES SOCIALES.- V. NUEVA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO.- VI. CONCLUSIONES FINALES.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

IMPLICATIONS FOR MEDIUM AND SMALL COMPANIES OF THE MOST RECENT LABOR REFORMS

ABSTRACT: In recent times we are witnessing far-reaching changes in the legal regulation of labor relations. There are many and varied matters that have been affected, in one way or another, by the most recent reforms: as is well known, at the same time that the minimum wage increases, there is a redefinition of contracting modalities and a reorganization of the structure and validity of collective bargaining, the possibilities of reconciling work and family life are enhanced, at the same time that business contribution obligations are resized. Specifically, this paper analyzes the incidence that, for smaller companies, the new labor reforms are having, as well as the most recent jurisprudential positions that affect certain basic labor institutions. And it is that, together with the very important changes that are introduced through the modification of the law, there are also others that have their origin in the interpretation offered by our judges and courts.

KEYWORDS: Stable contracting; discontinuous permanent work; fight against temporary employment; small and medium-sized companies.

SUMMARY: I. INITIAL CONSIDERATIONS.- II. THE END OF TEMPORARY HIRING? III. HIDDEN RISKS IN THE OPEN-ENDED CONTRACT?- IV. NEW SOCIAL COSTS.- V. NEW COMPENSATION FOR DISMISSAL.- VI. CONCLUSIONS.- VII. BIBLIOGRAPHY.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Han sido muchas las modificaciones normativas que, en los últimos tres años, han tenido incidencia directa sobre las relaciones laborales: planes de igualdad¹, registro salarial², registro de jornada³, subida del SMI⁴, cotización especial de equilibrio generacional⁵, los cambios en regulación jurídica de las limitaciones en la capacidad de obrar que introdujo la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica⁶, la necesidad de aportar un certificado de delitos sexuales si el trabajo implica trato habitual con menores de edad que se exige a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral de la Infancia (que, entre otras cosas, también obliga a la empresa a custodiar debidamente los datos personales así obtenidos)⁷ y, por supuesto, la intensificación de los supuestos de nulidad del despido que se desprende

¹ Cuestiones que ayuda a clarificar ROMERO RÓDENAS, M.J., *Planes de igualdad en la empresa privada y en sector público: guía práctica*, Bomarzo, Albacete, 2021.

² Sobre esta cuestión, entre otras, véanse las interesantes reflexiones de BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., "El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación", *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, nº. 3, 2019, págs. 5-10.

³ Obligación que supuso un cambio de actuación muy importante para nuestras empresas, tal y como pone de manifiesto PÉREZ DE LOS COBOS y ORIHUEL, F., "El registro de jornada", en AAVV, *Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio social y económico. Libro en homenaje a Federico Durán López* (coord. por Carmen Sáez Lara, Federico Navarro Nieto y Pedro Gómez Caballero), lustel, Madrid, 2021, págs. 299-304.

⁴ Subida del SMI a la que estudios económicos atribuyen además cierta influencia en el incremento generalizado de precios en España. Sobre esta cuestión TORRES, R., "El proceso inflacionario: situación y perspectivas", *Cuadernos de Información económica*, nº 294, 2023, págs. 1-7.

⁵ Mecanismos de corrección y ajuste para garantizar la sostenibilidad del sistema que estudian DEVESA CARPIO, J.E. y DOMÉNECH VILARIÑO, R., "¿Reglas fiscales en la Seguridad Social?", *Papeles de economía española*, nº 175, 2023, págs. 172-183.

⁶ Interesantes cuestiones que trata DE SALAS MURILLO, S., "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/2021, de 2 de junio: Panorámica general, interrogantes y retos", *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº. 17, 2022, págs. 16-47.

⁷ Sobre esta cuestión, véase ARETA MARTÍNEZ, M., "Solicitud de un certificado de antecedentes penales a los trabajadores de nuevo ingreso y tratamiento de datos de carácter personal. SAN-SOC núm. 14/2020, de 10 de febrero", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, nº. 3, 2020, soporte informático.

de la regulación de la Ley 15/2022, Integral para la Igualdad de Trato⁸, son sólo algunas de las materias que recientemente se han visto modificadas y que sin duda tendrán una incidencia directa sobre el desarrollo de los contratos de trabajo. También nuestras empresas deberán adaptarse al nuevo sistema de bonificaciones a la contratación que acaba de introducir el Real Decreto Ley (RDL) 1/2023, dejando sin efecto los incentivos anteriormente aplicables; y familiarizarse con los nuevos incentivos a la constitución de planes de pensiones de empleo que introduce la Ley 12/2022⁹.

En definitiva, en el ámbito del Derecho del Trabajo se suceden constantes cambios normativos que afectan de forma directa o indirecta a la contratación de servicios por cuenta ajena, y que obligan a los operadores jurídicos a estar permanentemente actualizados con el fin conocer y aplicar la nueva normativa. Vaya por delante que no siempre es ésta una tarea sencilla, pues son muchas las normas destinadas a abordar una materia que, *a priori*, parece alejada de la disciplina, pero que finalmente incluyen en su articulado alguna previsión que tendrá una marcada incidencia laboral. Este es precisamente el caso, entre otras, de la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética¹⁰, la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (conocida como Ley del Solo Sí es Sí)¹¹, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes¹², y también, de la Ley 2/2023

⁸ Y que ha dado lugar a interesantísimas aportaciones doctrinales relativas a la nulidad del despido de los trabajadores enfermos. Por todas, véase CORDERO GORDILLO, V., “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 13, nº. 1, 2023, págs. 1-27. También MORENO i GENÉ, J., “La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022: valoración de los primeros pronunciamientos judiciales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 64, 2023, soporte informático. En la misma línea, GÓMEZ GARCÍA, F.X., “La enfermedad como motivo de nulidad de despido”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 264, 2023, págs. 249-256.

⁹ Incidencia práctica de la reforma que analizan MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E., en *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.

¹⁰ Éstas y otras cuestiones se abordan en AAVV, “*La irrupción de la forma social cooperativa en el mercado eléctrico*”, Alfonso Sánchez García (coord.) y Fernando L. de la Vega García y M^a Magnolia Pardo López (dirs.), Aranzadi, 2021.

¹¹ Implicaciones laborales que analizan ÁLVAREZ CUESTA, H., “La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 166, 2023, págs. 11-38; y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº. 155, 2023, págs. 149-180.

¹² Implicaciones laborales que analiza ORTEGA LOZANO, P.G., “Un recorrido a la nueva ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes: la conocida como la ley de “startups”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Revista Crítica de Relaciones Laborales (Laborum)*, nº 2, especial 2023, págs. 213-231.

reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción¹³. Incluso la obligación de cotización de las prácticas académicas que se llevan a cabo en el seno de titulaciones universitarias o de formación profesional, exigida por la Disposición Adicional Quincuagésima segunda del TRLGSS (según la nueva redacción que le ha dado el reciente RDL 2/2023 de 17 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 Pensiones¹⁴) puede llegar a tener una importante incidencia sobre nuestras empresas, que deben estar en todo momento preparadas para afrontar nuevas y variadas modificaciones de índole jurídico laboral. También de gran calado son los cambios que introduce el RDL 5/2023, de 28 de junio, a través del que se transponen Directivas europeas, entre otras cuestiones, en materia de conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores, con el que se introduce un nuevo permiso retribuido de un máximo de cuatro días al año para atender necesidades familiares urgentes relacionadas con enfermedad o accidente que requieran presencia inmediata (37.9 ET) y también, un permiso no retribuido de una duración máxima de ocho semanas (nuevo art. 48 bis ET), que nuestras empresas, sean cuales sean las dimensiones de su plantilla, deben comenzar a interiorizar¹⁵.

De los múltiples aspectos sobre los que han incidido las últimas reformas laborales, todos ellos de gran trascendencia práctica, difíciles de enumerar, se opta en este trabajo por analizar la incidencia de la reducción de la temporalidad puede tener sobre las pequeñas empresas de nuestro país, así como sobre las personas trabajadoras a las que dan empleo. En concreto, resulta especialmente interesante valorar cuál será la incidencia real que estas últimas reformas pueden tener sobre las PYMES, aspecto a cuyo análisis se dedica el presente trabajo.

¹³ Tema que trata con detenimiento SERRANO ESTEBAN, A.I., "Análisis 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", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 7, 2023, soporte informático.

¹⁴ Aunque se trata de una obligación que ya introdujo el RDL 28/2018, se encontraba hasta el momento suspendida de aplicación. Recuérdese que nuestras empresas acogen a estudiantes en prácticas, firmando convenios de colaboración con las instituciones académicas que tienen por objeto la realización de prácticas no laborales. Recuérdese que estas prácticas académicas pueden ser curriculares o extracurriculares. Las llamadas prácticas curriculares no son más que asignaturas de prácticas o *prácticum* incluidas en los distintos planes de estudios, cuya superación, pese a no ofertarse en las aulas, resulta actualmente imprescindible para terminar el curso y poder estar en posesión del título oficial correspondiente. Aunque sujetas a una bonificación que puede llegar a alcanzar el 95% de la cuota, según la Orden PCM/121/2022, de 24 de febrero, por la que se modifica la Orden PCM/1353/2021, de 2 de diciembre, llegado el momento, las cuantías a cotizar serán las mismas que para un contrato de formación, aunque en las prácticas no laborales no cotizarán por la contingencia de desempleo, FOGASA, ni por formación profesional.

¹⁵ Tema al que, por su importancia, se dedica, de forma exclusiva el nº.19/2023 de la *Revista*

II. ¿EL FIN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL?

El mercado de trabajo, como todo mercado, no es un mercado perfecto, pero sus errores y problemas, desencadenan unos efectos sobre la sociedad que no concurren en otro tipo de ámbitos: la falta de estabilidad contractual y con ella, salarial, desencadena efectos muy importantes sobre la vida de las personas trabajadoras, minorando su poder adquisitivo, dificultándoles su independencia económica, y con ello, influyendo sin duda en la progresiva caída de la natalidad que registra nuestro país.

Pese a que la legislación laboral siempre ha proclamado, sin reservas, el contrato indefinido y a jornada completa como la modalidad típica de prestación de servicios (tradicionales arts. 15.3 y 8.1 ET), obligando a las empresas que se alejen de estos parámetros a justificar los motivos que les llevan a apartarse de este modelo, las empresas de nuestro país estaban demostrando tener una clarísima preferencia por la contratación laboral temporal, en claro detrimento de la contratación indefinida (antes de que el RDL 32/2021 viera la luz, apenas el 7% del total de los contratos de trabajo concertados a lo largo del año, eran contratos indefinidos¹⁶), sin que los sucesivos incentivos a la contratación indefinida que se han estado aprobando a lo largo de los últimos años, con los que el legislador intentaba hacer más atractiva para las empresas la contratación estable¹⁷, dieran resultado alguno. Y es que las ventajas económicas que durante muchos años se estuvieron viendo en la contratación temporal, habían ya provocado una degradación insostenible de la calidad en el empleo¹⁸. Buscando invertir esta tendencia, con el RDL 32/2021 el legislador cambia de estrategia: en lugar de idear estímulos económicos a la contratación indefinida (que habían demostrado ser poco exitosos), refuerza las obligaciones empresariales de utilización correcta de las modalidades contractuales de naturaleza temporal, al tiempo que reduce y reformula las causas que pueden justificar recurrir a un contrato temporal y revitaliza la figura del

Derecho Social y Empresa.

¹⁶ Éstos y otros muchos datos anuales se reflejan en AAVV, "*Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España*", Consejo Económico y Social, Madrid publicada todos los años.

¹⁷ Como la tarifa plana de cotización que aprobó el RDL 3/2014, de 28 de febrero, *de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida* o la transformación automática en contrato indefinido que contemplaba el art. 15.5 ET, tal y como pone de manifiesto GALIANA MORENO, J.M., "Algunos tópicos e incongruencias de las reformas del "mercado de trabajo", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 161, 2014, págs. 41-58.

¹⁸ Ya hace treinta años, BENTOLILA, S. y DOLADO, J.J., pusieron de manifiesto la necesidad de reformar "la legislación sobre modalidad de contratación con el fin de preservar los efectos beneficiosos de la contratación temporal mitigando sus efectos desfavorables", en *La contratación temporal y sus efectos sobre la competitividad*, Banco de España, Documento de Trabajo nº. 9319, Madrid, 1993, pág.3.

trabajo fijo discontinuo, considerándola la modalidad contractual perfecta para atender las necesidades cíclicas, periódicas o estacionales de muchas empresas.

Y es entonces cuando por fin parece que los efectos de una reforma laboral se dejan sentir de forma sustancial sobre las estadísticas de empleo¹⁹, consiguiéndose algo que otras reformas normativas, también aprobadas con el fin de luchar contra la contratación temporal, no habían logrado en el pasado.

Adviértase que esta nueva actuación, en realidad se compone de cuatro medidas íntima e indisolublemente conectadas entre sí: reformulación, como se ha expuesto, de las modalidades contractuales temporales, agilización de la transformación en contrato indefinido, incremento de las sanciones derivadas de la utilización por parte de una empresa de una falsa causa temporal y encarecimiento de la contratación temporal.

No se trata éste de un asunto en absoluto baladí: la reconfiguración de las modalidades contractuales vigentes lleva aparejada un más que notable incremento de las sanciones económicas derivadas de su incumplimiento. Y es que la reforma de los contratos temporales que se lleva a cabo, no sólo implica modificar la configuración que de ellos hace el Estatuto de los Trabajadores, sino también, endurecer sustancialmente las sanciones administrativas correspondientes que contempla el RDleg. 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS).

La realidad, cada año, se ocupaba de demostrar que la cuantía de la sanción prevista para los supuestos de abuso o fraude en la contratación laboral no tenía la entidad suficiente como para producir el efecto disuasorio deseado. Ésta, sin duda, ha sido una de las causas que ha llevado a nuestro legislador a elevar la cuantía de las sanciones previstas en la LISOS. La reforma laboral de diciembre de 2021 que llevó a cabo el RDL 32/2021 se ocupó de completar e intensificar los pasos que el legislador había dado sólo unos meses antes. Y es que, ya la Ley 10/2021, de Trabajo a Distancia, aprobada el 9 de julio, se aprovechó también para modificar el art. 40 LISOS, intensificando las cuantías de las sanciones a empresas.

En concreto, en aquel momento, y con efectos de 1 de octubre de 2021, se aprobó un incremento de un 20% de todas las sanciones previstas para infracciones laborales. Así, el RDL 32/2021 no hace más que continuar la escalada iniciada unos meses antes, aunque esta vez centrandó el incremento sancionador en las infracciones vinculadas a la utilización abusiva de la contratación temporal, tanto por empresas ordinarias, como por empresas usuarias o empresas de trabajo temporal (adviértase que, las infracciones

¹⁹ Son muy significativos los datos de los contratos temporales e indefinidos registrados durante el último mes del año 2023, en comparación con los datos registrados en el mismo mes del año

graves señaladas en los artículos 7.2, 7.14, 18.2.c), 19.2.b), 19.2.e), 19 bis.1.b), 19 ter.2.b) y 19 ter.2.e) de la LISOS, a las que el nuevo art. 40.1.c bis reserva una sanción reforzada, están todas ellas vinculadas a la transgresión de los límites a la contratación laboral temporal).

Recuérdese que hasta la entrada en vigor de la reforma del art. 7.2 LISOS que lleva a cabo el RDL 32/2021, únicamente se estaba sancionando la incorrecta utilización de las modalidades contractuales temporales en general (constituyendo una única infracción para la empresa independientemente de cuál hubiese sido el número de falsos contratos temporales concertados), en lugar de constatar una infracción autónoma (con su correspondiente sanción) por cada contrato incorrectamente formalizado. Precisamente sobre esta cuestión se echaba en falta una regulación similar a la prevista para los casos de contratación a tiempo parcial. Y es que, la Instrucción de la Inspección de Trabajo 3/2016 sobre Intensificación del Control en Materia de Tiempo de Trabajo y Horas Extraordinarias (completada posteriormente por el Criterio técnico 101/2019 sobre control del registro de la jornada de trabajo), por si no quedaba del todo claro atendiendo a la redacción literal del art. 7.5 LISOS, ya se ocupaba de concretar que se cometerá una infracción por cada contrato en el que se constate la transgresión de las normas relativas al tiempo de trabajo incluidas en el Estatuto de los Trabajadores. Pese a todo, aunque sin duda existía una clara identidad de razón entre el art. 7.2 y el art. 7.5 LISOS, no se les estaba dando un tratamiento equivalente.

Son precisamente estas reclamaciones las que atiende la reciente reforma laboral, aprobada por el RDL 32/2021 (BOE 30 de diciembre 2021), en las que, junto a la reformulación de las reglas que fijaban los límites a la contratación temporal, se aprueba también un endurecimiento de las sanciones a las empresas que las infrinjan. De hecho, se crea un nuevo apartado 40.1.c bis en la LISOS con el fin de recoger unas sanciones específicas para ciertas infracciones graves que considera merecedoras de una sanción reforzada. De esta forma, si hasta ahora las penalizaciones para la empresa incumplidora ascendía, en global, a un máximo de 7.500 euros, a partir de ahora serán individualizadas y podrán alcanzar los 10.000 euros por trabajador afectado (cfr. nueva redacción del art. 7.2 y el contenido del nuevo art. 40.1.c. bis LISOS)²⁰.

A estos efectos, adviértase que, aunque la infracción en sí misma siga calificando como infracción grave (y no como muy grave, como reclamaba un sector de la doctrina),

anterior, publica el SPE: <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos>.

²⁰ Cambios en el régimen sancionador que analiza con detenimiento NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el RDL 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, nº. extra 0, 2022, págs. 31-42.

se trata éste de un cambio de tremenda importancia cuantitativa, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la regulación anterior, solo se cometía una infracción con independencia del número de trabajadores afectados. Y en esto (y no ya en el incremento de la cuantía sancionadora) radica la verdadera intensificación de la potestad sancionadora y del efecto disuasorio de las multas impuestas²¹.

Al obligar el legislador a volver (tal y como siempre se ha desprendido de la legislación laboral vigente, pero se obviaba en la práctica), a la contratación indefinida como el modelo contractual básico al que deben ajustarse las empresas que necesiten mano de obra para desarrollar su proceso productivo, se consigue también, posiblemente sin pretenderlo, revalorizar al máximo la necesidad de contar con procesos rigurosos de selección de candidatos que aseguren que se crea una relación comprometida y estable entre trabajadores y empresarios. Ya que muchas PYMES carecen de un departamento propio de recursos humanos, cabe intuir la consecuente revitalización de las actividades de selección de personal que se llevan a cabo a través de empresas dedicadas a realizar, por encargo de terceros, labores de selección de personal, como son las agencias privadas de colocación, las empresas e-recruiting, y también, desde el momento en el que pueden actuar como tales, las ETT, que verán resurgir una parte de sus actividades que hasta ahora quedaba en un segundo plano si se comparaba con sus labores de cesión de mano de obra²². En estas tareas de selección de personal cada vez se analizan más datos de los candidatos, hasta el punto de realizar verdaderos perfiles de personalidad, recurriendo incluso a la información que

²¹ Cabe destacar que aunque en virtud del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, de acuerdo con la nueva norma no se pueden sancionar las infracciones cometidas con anterioridad a su entrada en vigor, esto no quiere decir que los contratos vigentes, en los que se aprecie fraude o falsedad en la causa temporal alegada, aunque se hubiesen suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de estas modificaciones, no puedan, a partir de ahora, ser sancionados con la dureza que muestra la nueva regulación, por lo que las empresas deberían proceder a su recalificación inmediata si no quieren incurrir en una conducta sancionable de tal magnitud. Adviértase que la modificación del régimen sancionador, tanto en lo que respecta a la tipificación de las infracciones como a la cuantía sancionadora, entró en vigor al día siguiente de la publicación de la norma (esto es, el 31 de diciembre de 2021).

A estos efectos, permanece sin modificaciones el art. 39 LISOS, en el que se expresan los criterios de graduación de las sanciones, y en el que se detalla que 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", por lo que en el caso de que sean muchos los trabajadores de una misma empresa afectados por la situación de falsa o excesiva contratación temporal, las empresas no solo habrán cometido una infracción por cada trabajador afectado, sino que se enfrentan además, dentro de la horquilla fijada por el legislado en la cuantificación de estas infracciones graves "reforzadas", a la imposición de la sanción en su cuantía máxima.

²² Resulta interesante traer a colación la intensificación de las obligaciones que han de asumir las Agencias Privadas de Colocación desde la entrada en vigor de la nueva Ley 3/2023 de Empleo, con el fin de mejorar la eficiencia de sus tareas de recolocación de trabajadores y de selección de personal (cfr. arts. 43, 44, 45 y 46 de la citada norma).

proporcionan los perfiles de redes sociales a los que legalmente puedan tener acceso (como por ejemplo, fotos de WhatsApp, información de Facebook, Instagram o Twitter, que muchas veces los usuarios tienen en abierto, facilitando la consulta libre de su imagen, situación sentimental o familiar, ideología política o religiosa por cualquier persona, y permitiendo, sin saberlo, a potenciales empleadores disponer de información personalísima que sería imposible recabar a través de una entrevista de trabajo, pues quedaría encuadrado en el supuesto de hecho tipificado como infracción muy grave en el acceso al empleo por el art. 16 LISOS).

Una vez retomada la excepcionalidad de la contratación laboral temporal que, ya en su origen, planteaba el Estatuto de los Trabajadores (originalmente, 15.3 y actualmente 15.4 ET), se opta por reestructurar también la contratación formativa, hasta ahora poco atractiva para nuestras empresas y notoriamente infrutilizada, intentando solventar los inconvenientes que se le venían achacando en la práctica (art. 11 ET), aunque por el momento sin conseguirlo²³.

Por su parte, completando las limitaciones a la contratación laboral temporal, también se agiliza la transformación en indefinido de los contratos temporales reiterados en el tiempo: no solo se reduce el plazo de estabilización del trabajador inicialmente contratado de forma temporal, sino que también se pone en marcha una estrategia novedosa: igualmente se estabilizará al trabajador cuando la temporalidad prolongada no afecte a su propio contrato de trabajo sino al puesto que ocupaba (15.5 ET).

El objetivo que persigue el legislador es el de decantarse sin duda por un contrato único (o al menos potencialmente único o mayoritario), siendo éste ahora el contrato indefinido, rompiendo la situación anterior, en la que parecía que el contrato temporal se estaba convirtiendo en la regla general de un mercado de trabajo cada vez más inestable. Y las primeras cifras oficiales demuestran que se ha conseguido el objetivo previsto²⁴.

²³ Y es que la contratación formativa en nuestro país sigue siendo, estadísticamente, casi inexistente, como se pone de manifiesto en AAVV, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España (2022)*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2023, soporte informático. Ni siquiera los convenios colectivos suelen incluir compromiso alguno en materia de potenciación de la contratación con sujetos más jóvenes (objetivo que podría satisfacerse sobradamente potenciándola utilización de contratos formativos). Se advierte así que la posibilidad de negociar medidas de acción positiva con el fin de potenciar las oportunidades de empleo de los colectivos menos favorecidos (como lo son por el momento, los menores de 30 años) que recuerda el art. 10 de la reciente Ley 15/2022, Integral para la igualdad de Trato y la No Discriminación, no es apenas utilizada en nuestros convenios colectivos. Sobre este tema, *in extenso*, véase AAVV, *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, KAHALE CARRILLO, D.T. (dir.), Laborum, Murcia, 2023.

²⁴ Según los datos facilitados por el SEPE, el año 2022 (el primero transcurrido después de que entrara en vigor la citada reforma) cerró con una tasa de variación acumulada del 167,09% en comparación con las cifras registradas en 2021, cfr. <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos>. Por su parte, las cifras registradas una vez finalizado el

Ante el exponencial incremento de los contratos indefinidos que se ha producido en nuestro país a raíz de la entrada en vigor de la última gran reforma laboral, se genera una rápida e importantísima consecuencia directa: al existir más trabajadores fijos, también, atendiendo a las reglas de cómputo vigentes, se considerará que la plantilla de una empresa está integrada por más trabajadores, lo cual influirá sobre la obligación empresarial de respetar un cupo de reserva para trabajadores con discapacidad, sobre su deber de elaborar planes de igualdad y también, sobre el modelo de representación sindical que le corresponde, entre otras cuestiones.

III. ¿RIESGOS OCULTOS EN EL CONTRATO INDEFINIDO?

Puede decirse que la estabilidad laboral no solo beneficia al trabajador implicado, permitiendo que la calidad en el empleo de la que disfruta contribuya también a mejorar su calidad de vida, sino que además, aunque muchas veces no seamos del todo conscientes de ello, también proporcionará interesantes utilidades a la empresa que le da empleo: se consigue contar así con trabajadores más productivos, más involucrados en el éxito del negocio, más comprometidos con los intereses empresariales. Al mismo tiempo, la contratación indefinida en general (y la contratación fija discontinua en particular) es, en sí misma, más económica que la contratación temporal: disfruta de incentivos a la cotización²⁵, evita la necesidad de formar constantemente a nuevos trabajadores temporales y ahorra los costes vinculados a la extinción de sucesivos contratos temporales (recuérdese que la extinción por agotamiento del plazo de un contrato temporal asciende ya a los 12 días de salario por año trabajado).

Pese a todo, se está detectando que muchas empresas todavía se muestran reacias a aceptar los cambios introducidos, y siguen desconfiando de la contratación indefinida. Por ese motivo, en los últimos tiempos, se registran ciertas estrategias que, aunque teóricamente parecen encontrarse dentro de los límites de la legalidad, en la práctica, valorando la situación en su conjunto, se aprecia que pueden estar encubriendo supuestos de fraude. Esto es lo que ocurre precisamente con las situaciones de rescisión

año 2023 demuestran la consolidación de la contratación indefinida <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/contratos.html>.

²⁵ Junto con las importantísimas modificaciones introducidas en torno a la contratación laboral temporal en España, se reformula también el sistema de estímulos económicos hasta ahora existente, con el fin de reforzar tanto la contratación de colectivos más vulnerables, como la transformación en indefinidos ordinarios de trabajadores indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, con el que deberán familiarizarse nuestras empresas. En concreto, el RDL 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, formando parte de la reforma estructural sobre el mercado de trabajo contenida en el *Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia* y que, previsiblemente, entrará en vigor el próximo 1 de septiembre de 2023, persigue simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia.

del contrato de trabajo en periodo de prueba y también, con el aumento de las horas extra de los trabajadores de plantilla, con el fin de no tener que recurrir a trabajadores temporales.

Resulta sorprendente que, según los datos de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), las resoluciones contractuales por no haber superado el periodo de prueba aumentaron, en el mes de septiembre de 2022, un 700% comparadas con las cifras registradas en el mismo mes del año anterior²⁶. Ahora bien, aunque este incremento exponencial de las extinciones contractuales por no superar el periodo de prueba pueda resultar sospechoso, tampoco se puede olvidar que puede existir otra explicación, esta vez legítima, a este comportamiento: en ocasiones, se habían estado utilizando falsamente los contratos temporales como procesos extralegales de selección de personal, pues muchas veces, sólo se ofrecía un contrato indefinido a aquel trabajador que, después de haber estado prestando servicios en la empresa bajo una modalidad contractual de carácter temporal, demostrara que era especialmente productivo, resolutivo o eficaz, y por lo tanto, que a la empresa le resultaba lo suficientemente valioso para ofrecerle un contrato indefinido, después de haber comprobado su desempeño en el trabajo. Así las cosas, una vez desaparecida la posibilidad de extender, más allá de la causa que les otorgaba su razón de ser, la contratación temporal, el periodo de prueba recupera el importantísimo papel para el cual fue creado, y que, durante años, había permanecido prácticamente oculto por las ventajas indirectas que muchas empresas encontraban (en este y otros aspectos), en la contratación temporal.

Pero no solo eso. Aunque antes, en muchas ocasiones se recurría a los llamados trabajadores eventuales para atender tanto necesidades ocasionales en la estructura productiva empresarial, como requerimientos previsibles, cuando éstos fueran puntuales o intermitentes a lo largo de los años, ahora las empresas ya no tienen tan claro que la necesidad que tenían verdaderamente se pudiera calificar como una necesidad temporal: y es que muchas de estas necesidades clásicas, tras las últimas reformas normativas, quedarían aparentemente encuadradas en el concepto revitalizado de trabajador fijo discontinuo, pero quizá todavía las empresas no son del todo conscientes

²⁶ Cfr. <https://w6.seg-social.es/PXWeb/pxweb/es/Afiliados%20en%20alta%20laboral/>. Y es que, según los datos facilitados por la Seguridad Social, en septiembre de 2021 se dieron de baja durante el periodo de prueba a 328,68 contratos indefinidos de media. Un año después, en septiembre de 2022, la cifra ascendía a 2.641,77, comportamiento que todavía se intensifica más a lo largo del año 2023. Sobre si la extinción del vínculo contractual, a iniciativa del empresario, puede o no considerarse un despido con justa causa (respetando las mismas formalidades exigibles en caso de despido) o si por el contrario, procede calificarla como una causa propia y específica de resolución de la relación laboral, véanse las interesantes reflexiones de DE VAL TENA, A.L., “La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba”, *REJLSS, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº.2, 2021, págs. 73 y 74.

de los derechos y obligaciones que esta figura contractual les reporta, y prefieren no utilizarla, intentando que sean los propios trabajadores de la plantilla los que asuman los posibles excesos de trabajo que se puedan encontrar a lo largo del año prolongando su jornada de trabajo.

Ante esta situación, es el momento de poner a prueba los sistemas de registro horario que se han estado implantando en las empresas en los últimos años: es la prueba de fuego para detectar si se están ajustando a la realidad. Y es que, aunque ya hayan pasado tres años desde que, el pasado 12 de mayo de 2019, se hiciera efectiva la obligación de registro de jornada aprobada por el RDL 8/2019 (con el que se ofreció una nueva redacción al art. 34.9 ET estableciendo una obligación general de registro de la jornada íntegra trabajada, que afecta a todas las empresas, independientemente del volumen de su plantilla y el sector de actividad en el que se encuadren, sin establecer especialidades, excepciones ni condiciones). Ante esta situación, no se puede negar que, sea cual sea la fórmula elegida para controlar la jornada realizada en la empresa, todas ellas tienen un elemento en común: ninguna es infalible. Todos los sistemas de control horario que existen por el momento, llevan aparejado cierto margen de error, consustancial a su propia configuración, que puede llegar a ser más acusado si cabe, cuando para la correcta utilización de estos sistemas de registro se requiere que, de forma directa o indirecta, exista una manipulación humana. Es entonces cuando se plantea una pregunta obligada ¿estamos preparados para detectar si se registran, se cobran y se cotizan las horas extra que realizan los trabajadores de cierta empresa con el fin de atender los repuestos puntuales de actividad que experimenta su proceso de producción sin tener que hacer frente a nuevas contrataciones? O, por el contrario, queriendo evitar el abuso en la contratación temporal ¿estamos dando lugar a otras formas de abuso sobre los derechos de los trabajadores, que incluso pueden llegar a implicar un fraude a la Seguridad Social?

Pero no son las únicas consecuencias que, a corto y medio plazo puede llevar aparejadas la intensificación de la contratación indefinida como modelo básico de contratación laboral: muchas formas de huida del Derecho del Trabajo han encontrado en el nuevo siglo, amparadas por la diversificación y modernización de las formas productivas actuales, el campo óptimo para proliferar. Y es que, quizá por los motivos expuestos, muchas empresas, para atender determinadas necesidades puntuales, prefieran buscar la colaboración que, a través de la figura de la subcontratación (art. 42 ET) una empresa o un trabajador autónomo pudiera realizar por cuenta propia, que entrar a dilucidar con detenimiento si, para atenderlas, les correspondería contratar a un trabajador eventual o a un trabajador fijo discontinuo (sobre todo, teniendo en cuenta las importantísimas consecuencias sancionadoras que puede llevar aparejada tal confusión).

Ahora bien, estas fórmulas de contratación civil no siempre son una alternativa lícita a la concertación de una relación laboral pues, como es sabido, mal empleadas, pueden dar origen a fenómenos de huida ilícita del Derecho del Trabajo que no son fáciles de detectar ni de perseguir, presentando, bajo una apariencia de autonomía, una colaboración productiva que, aunque maquillada, en realidad se desarrolla de forma dependiente y por cuenta ajena²⁷. El resultado es que el proceso de delimitación de fronteras, ya en sí mismo complejo, va a requerir dosis extra de minuciosidad con el fin de poder enfrentarse con éxito a los nuevos retos que, previsiblemente en poco tiempo, se le van a plantear²⁸.

De la misma forma, a la hora de valorar las diferentes estrategias a las que una empresa puede recurrir a la hora de obtener la satisfacción de una necesidad productiva ocasional o periódica pero puntual, sin necesidad de tener que estudiar qué modalidad contractual le corresponde emplear, cuando muchas empresas pueden considerar más ventajoso recurrir a la externalización de la actividad en cuestión, subcontratándola con terceros. Quizá por ese motivo, las últimas reformas laborales, intentando incluir en el texto de la ley la interpretación que al respecto ya estaban haciendo nuestros jueces y tribunales, se ocupan de mejorar los derechos de los trabajadores de las subcontratas que prestan servicios para empresas principales²⁹.

Y es precisamente entonces cuando se aprecia claramente que todavía quedan muchas cuestiones sobre las que incidir si lo que se pretende es lograr una mejora generalizada de la calidad en el empleo. Aunque la última reforma laboral ha llevado a cabo un tímido encarecimiento de la figura de la subcontratación, no se puede negar que el legislador ha sido poco atrevido al respecto: se esperaba una garantía retributiva

²⁷ Debe destacarse que la persecución de este tipo de fraudes a la Seguridad Social consistentes en recurrir a la figura del falso trabajo autónomo, también se ha intensificado con las reformas de los últimos años. Precisamente a estos efectos, la modificación introducida por el RDL 28/2018 añadió un apartado 16 al clásico apartado 2 del art. 22 LISOS (infracciones graves) relativas a la baja indebida de un trabajador en la seguridad social con el fin de pasar a contratarlo como falso autónomo. Recuérdese que también, la Ley 10/2021, de Trabajo a Distancia, aprobada el 9 de julio, se aprovechó para modificar el art. 40 LISOS, intensificando ya las cuantías de las sanciones a empresas. En concreto, en aquel momento, y con efectos de 1 de octubre de 2021, se aprobó un incremento de un 20% de todas las sanciones previstas para infracciones laborales.

²⁸ Y es que a veces no sólo se recurre a falsos trabajadores autónomos, sino que este proceso de elusión de las normas laborales puede llegar a revestir fórmulas mucho más complejas, por ejemplo, contratando con una sociedad unipersonal en la que el único socio es además el único sujeto que desarrolla una actividad productiva, en realidad integrado, jurídica y económicamente, en una organización ajena. Cfr. SELMA PENALVA, A., "La relación laboral encubierta: la sociedad unipersonal como forma de simulación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 143, 2009, págs. 677-707.

²⁹ Sobre este tema, justo antes de la entrada en vigor de la citada modificación normativa, ya GOÑI SEIN, J.L. realizaba un valiosísimo análisis sobre los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes en "Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, nº. 13, 2022 (ejemplar dedicado a

similar a la que se reconoce en el caso de trabajadores cedidos por ETTs que, pese a las expectativas creadas, por el momento no ha llegado a hacerse efectiva. Y es que, aunque la recientemente introducida aplicabilidad del convenio sectorial correspondiente a la actividad subcontratada (42.6 ET)³⁰, la primacía del convenio de sector a efectos retributivos sin posibilidad de descuelgue, junto a la ya existente responsabilidad solidaria en materia salarial (42.2 ET) constituyen grandes logros, no son suficientes para compensar la oportunidad que se perdió al resolver los conflictos interpretativos que generaba la determinación del convenio colectivo aplicable en casos de subcontratación.

Adviértase que, pese a que en la práctica, la posición que respectivamente desempeñan en el sistema productivo un trabajador proveniente de la empresa subcontratista y la de un trabajador cedido por una ETT a una empresa usuaria no son muy diferentes³¹, su situación jurídica sí es muy dispar: entre las garantías que establece el art. 42 ET para evitar fraudes en la subcontratación en perjuicio de los derechos laborales, no se encuentra la igualdad retributiva que, desde hace dos décadas, sí disfrutaban los trabajadores cedidos por ETT, resultando indiferente que la actividad subcontratada se pueda considerar principal o meramente accesorio en la actividad productiva de la empresa principal.

IV. NUEVOS COSTES SOCIALES

En la apuesta decidida que, con la reforma laboral se hace a la contratación indefinida, se utiliza una estrategia combinada: no solo se reformulan las modalidades contractuales y se intensifican las sanciones derivadas de su incorrecta utilización, sino que también se encarece la contratación temporal. De esta forma, los contratos de menos de 30 días tendrán una cotización adicional que se abonará en el momento de la finalización del contrato y que, en el fondo, va a tener una doble finalidad: no solo va a servir para hacer más atractiva para las empresas la contratación fija discontinua, con la que la empresa puede obtener la misma satisfacción puntual o esporádica de mano de obra, sin generar este tipo de coste, sino que también, al mismo tiempo, se va a ayudar a financiar las mermadas arcas de la Seguridad Social. Así pues, junto con la indemnización derivada de la finalización del contrato, de 12 días de salario por año trabajado que percibirá el trabajador afectado (art. 49.1.c ET), el empresario deberá abonar a la Seguridad Social, esta cotización especial impuesta a los contratos

"La reforma laboral de 2021 y sus efectos en el mercado de trabajo"), págs. 81-99.

³⁰ Cuestión que analiza, *in extenso*, CAVAS MARTÍNEZ, F., Determinación del convenio colectivo aplicable en las contrataciones y subcontratas, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 1, 2022.

³¹ Opinión que comparte CAVAS MARTÍNEZ, F., "Determinación del convenio colectivo aplicable en las contrataciones y subcontratas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 1, 2022.

temporales de duración más corta (art. 151 TRLGSS) y actualmente fijada en 29,74 euros por contrato (Orden de Bases de Cotización de 2023).

Parece que el mercado de trabajo no ha tardado mucho en empezar a registrar los primeros efectos de esta reforma: los contratos temporales de duración brevísima (menos de un mes) que antes representaban un elevadísimo porcentaje del total de los contratos concertados en nuestro país, se han reducido notablemente³², ayudando a disminuir la tasa de rotación de la contratación laboral española, intensificar su carácter causal y, en definitiva, a mejorar la estabilidad del trabajador, potenciando la conservación de sus puestos de trabajo.

Pero no es ésta la única de las medidas aprobadas que va a producir el efecto de intensificar los costes sociales que han de asumir las empresas. Y es que, con efectos de 1 de enero de 2023, la Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 aprobó, para todas las empresas y todas las modalidades contractuales, una cotización adicional, llamada de "equidad intergeneracional" (art. 127 bis LGSS), en constante y progresivo aumento pues, en 7 años, pasará del 0,6 vigente (0,5 a cargo de la empresa y 0,1, del trabajador), hasta el 1,2% de la base de cotización (repartida 1% la empresa y 0,2% el trabajador)³³.

Y es que, ante el futuro incierto de nuestro sistema de Seguridad Social, se han ensayado a lo largo de los años diversas estrategias³⁴, muy diferentes entre sí. Descartado ya el sistema de capitalización (que precisaba un coste muy elevado y muchas garantías financieras para asegurar un funcionamiento óptimo)³⁵, se han ido

³² Los datos facilitados por el INE demuestran la reducción que han experimentado los contratos temporales de duración inferior a un mes durante los dos últimos ejercicios económicos. Cfr. <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4310&L=0>.

³³ Obligación recientemente intensificada pues, a raíz de la entrada en vigor del RDL 2/2023 se incrementará, de forma gradual hasta 2030, del 0,6% al 1,2%, en todos los regímenes y supuestos en que se cotice por jubilación.

³⁴ Y es que, como ya hace 20 años señalaba ZUBIRI ORIA, I., en su libro *"El futuro del Sistema de Pensiones en España"*, Estudios de Hacienda Pública, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, "en la mayoría de los países avanzados se está produciendo un envejecimiento de la población que, según países, alcanzará su máximo entre los años 2030 y 2050. Este envejecimiento se traducirá en una reducción del número de ocupados por pensionista y, en función de la intensidad del envejecimiento y de las características del sistema de pensiones (generosidad, forma de financiación, etc.) puede requerir modificaciones sustanciales del sistema para que sea sostenible financieramente". Teniendo en cuenta esta situación, las mejoras voluntarias a las pensiones de jubilación en la práctica suponen una garantía de ingresos ante la incierta prestación de pensiones a mediados del siglo XXI, y esta finalidad (si bien secundaria del Fondo de capitalización), puede facilitar al trabajador conseguir este tipo de mejoras voluntarias de su pensión de jubilación sin necesidad de realizar esfuerzo económico por su parte.

³⁵ Al respecto, ZUBIRI ORIA, I., advierte que "la capitalización no es ninguna panacea ni para el trabajador ni para la economía. En el caso del trabajador la rentabilidad puede ser muy baja -por las comisiones, costes de transformación en una anualidad, etc., y está sujeta a riesgos colectivos (que la bolsa vaya mal, por ejemplo) e individuales (que yendo bien la bolsa se invierta en un fondo malo). Por otro lado, no se puede olvidar que los fondos capitalizados pueden quebrar". Cfr. *"El*

implantando sucesivamente mecanismos distintos, siguiendo un sistema que aparenta basarse más en un modelo ensayo-error, que en decisiones sociológicas y macroeconómicas verdaderamente estudiadas. Así pues, dejando atrás el factor de sostenibilidad de las pensiones (con el que se reservaba el legislador el derecho a variar sus condiciones de acceso y cuantía dependiendo de la situación financiera, demográfica y la esperanza de vida de cada momento), se opta ahora por cambiar de estrategia y establecer alternativas para que sean los propios implicados (empresas, trabajadores por cuenta ajena y autónomos) los que se comprometan a nutrir de nuevo, progresivamente, el prácticamente ya agotado fondo de reserva de la Seguridad Social, estableciendo nuevas cotizaciones "de solidaridad"³⁶ cuyo coste se repartirán empresarios y trabajadores.

Todo lo anterior, confirma la idea con la que se abría el presente trabajo: el trabajador fijo discontinuo, aunque muchas empresas todavía no hayan reparado en ello, es mucho más económico que la contratación temporal: permite adaptar la mano de obra disponible a las necesidades productivas de las empresas sin necesidad de realizar un nuevo proceso de selección de personal, sin tener que volver a cumplimentar los requisitos formales que rodean la celebración de un nuevo contrato de trabajo, y sin tener que invertir de nuevo en la formación y preparación del sujeto que presta el servicio, y lo que es quizá más importante, sin tener que abonar compensación ni indemnización de ningún tipo durante los periodos de inactividad.

Pese a todo, se ha de admitir que el contrato fijo discontinuo era hasta ahora una modalidad poco conocida por las empresas españolas (pues, fuera de determinadas Comunidades Autónomas y determinados ámbitos sectoriales³⁷, se trataba de una modalidad contractual a todas luces infrautilizada). Por ese motivo, los esfuerzos realizados por el legislador para incentivar la utilización del contrato fijo discontinuo, encontrando en él la alternativa idónea para frenar la altísima temporalidad que sufría

futuro del sistema de pensiones en España", Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pág. 145. También VELASCO PORTERO, M. T. y FRÖHLICH, M., ponen de manifiesto que "en las circunstancias actuales la colocación de los capitales en el mercado puede ser un problema, y la cantidad de la indemnización dependerá del éxito que tenga la Caja en la gestión de los capitales (...). Además, es difícil para las Cajas colocar el dinero con una estrategia de larga duración, ya que tienen que tener en cuenta que un trabajador puede cambiar de puesto o ser despedido". "Los sistemas alemán y austriaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España", *Actualidad Laboral*, nº.14, 2010, pág. 12 del soporte informático.

³⁶ Tal y como se ha adelantado, el RDL 2/2023 de 16 de marzo de 2023, intensifica la cotización de solidaridad, dando una nueva redacción al art. 19 LGSS.

³⁷ Así por ejemplo, el sector agrícola y el sector servicios de la Región de Murcia, se acumulaban más del 15% del total de los contratos fijos discontinuos suscritos en el conjunto del territorio nacional, porcentaje acusadísimo teniendo en cuenta que la población de la Región de Murcia no alcanza el 4% del total nacional. Previsión que cada año, se ponía de manifiesto en AAVV, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de la Región de Murcia*, CESRM, soporte digital, <https://conocimientoabierto.carm.es/jspui/handle/20.500.11914/2393>.

nuestro mercado laboral, quizá necesiten todavía de un impulso añadido: quizá no baste con penalizar económicamente la contratación temporal, sino con clarificar ciertos aspectos jurídicos vinculados al desarrollo del trabajo fijo discontinuo que actualmente bien no quedan del todo claros en el texto de la ley, bien parecen quedar exclusivamente conferidos a la negociación colectiva. Y es que, aunque no lo parezca, estos detalles lastran su eficacia práctica y generan inseguridad jurídica entre las empresas encargadas de concertarlos, pues hasta ahora eran pocos los convenios colectivos (normalmente correspondientes sólo a ciertos sectores y ciertas regiones en las que esta modalidad contractual era ya habitual antes de la reforma) los que se habían ocupado de incluir en su articulado estos aspectos.

Así por ejemplo, sería interesantísimo que el convenio colectivo se ocupase de contestar expresamente a la pregunta que muchas de nuestras empresas se hacen ahora: habida cuenta de las escasas referencias que al trabajo fijo discontinuo solían hacer nuestros convenios colectivos, tanto de ámbito de sector como de empresa ¿cómo se articularía la concertación de un contrato fijo discontinuo en una empresa en la que no existiera regulación convencional del llamamiento³⁸? ¿Impide esta omisión recurrir a esta modalidad contractual? O por el contrario ¿cómo se podría suplir esta laguna? Es el propio art. 16.3 ET el que precisa que la ausencia de previsión convencional del llamamiento de los trabajadores no es un trámite insalvable, pues bastará un acuerdo de empresa³⁹. Ahora bien, ¿qué ocurre si este acuerdo no se alcanza? ¿Basta con la decisión unilateral del empresario regulando el sistema de llamamiento que se seguirá en la empresa? ¿Bastará con iniciar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, aunque no se logre llegar a un acuerdo? ¿Será necesario recurrir a algún sistema de solución extrajudicial de conflictos para asegurar que las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo en torno al sistema de llamamiento al trabajo aplicable a la empresa no se petrifican? Se trata de cuestiones que, pese a su importancia práctica, no han quedado bien perfiladas en el texto de la ley. Se trata de cuestiones especialmente importantes porque, a su vez, van a desencadenar otras muchas

³⁸ Adviértase que el sistema pactado de llamamiento es fundamental para el buen funcionamiento de esta modalidad contractual (16.2 ET), pues solo así se podrá determinar qué trabajadores serán llamados primero al trabajo (16.3 ET), qué ocurre cuando un trabajador se encuentra de baja en el momento de ser llamado (16.6 ET), si las necesidades de conciliación (16.6 ET) pueden incidir de alguna manera a la hora de realizar el llamamiento de los trabajadores, o si se puede establecer una bolsa sectorial de trabajadores fijos discontinuos con el fin de favorecer su ocupación (16.5 ET), entre otras muchas cuestiones.

³⁹ Basta realizar una lectura detallada del art. 16.3 ET para comprobar que, en defecto de previsión en convenio colectivo, bastaría un acuerdo de empresa que regulara el llamamiento, por lo que en cualquier momento se podría iniciar un proceso de negociación con los representantes legales de los trabajadores (si la hubiera) o en su caso, posiblemente, con una comisión *ad hoc*, con esta finalidad (bien de ámbito de empresa, bien de ámbito de sector, según las circunstancias aconsejasen).

preguntas indisolublemente conectadas entre sí, como, por ejemplo: en defecto de previsión convencional ¿cuándo se puede entender que una empresa no pretende llamar al trabajador, prescindiendo de sus servicios? O lo que es lo mismo ¿cuánto tiempo tiene que esperar un trabajador fijo discontinuo ser llamado al trabajo antes de considerar que se le ha despedido tácitamente?⁴⁰

A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta su trascendencia práctica, convendría que los negociadores se fueran concienciando de la importancia que el convenio colectivo tiene en la estabilización de las plantillas, pues desempeña un importantísimo papel a la hora de perfilar el verdadero alcance que la contratación fija discontinua puede tener en la empresa, concretando los trabajos que revisten la condición de cíclicos u estacionales en la estructura productiva, contemplando, entre otras cuestiones, en qué supuestos un trabajo fijo discontinuo puede concertarse además a tiempo parcial, los requisitos mínimos que ha de cumplir el llamamiento de los trabajadores de campaña, entre otras muchas cuestiones, pues solo así se garantizará que esta modalidad contractual se desarrolle sin incidencias y pueda desplegar toda la utilidad que merece⁴¹.

Pese a todo, ha de admitirse que existen cuestiones que es el propio legislador y no ya el convenio colectivo, el que hubiera debido aclarar: así, por ejemplo, entre otros detalles convendría precisar con mayor claridad, los efectos económicos derivados de la finalización de un contrato fijo discontinuo. Y es que, el legislador laboral no es todo lo claro que hubiese resultado deseable al respecto. Precisamente por ese motivo, una de las preguntas actualmente más planteada es la siguiente: ¿qué indemnización debo abonar a un trabajador fijo discontinuo tras la finalización de su contrato? ¿La correspondiente únicamente a la suma de los sucesivos periodos de actividad desarrollados a lo largo de la vida de la relación laboral o la correspondiente a todo el

⁴⁰ Y es que el art. 16.4 ET, especifica que "cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contratos, subcontratos o con motivo de concesiones administrativas (...) en defecto de previsión convencional, (el plazo máximo de espera) será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma", dejando implícito que, en otras empresas dedicadas de actividades diferentes, el plazo de espera puede ser muy superior, por lo que se deberán analizar detenidamente las circunstancias y características del caso para poder determinar si se ha producido o no un despido tácito del trabajador.

⁴¹ Sobre este tema, GOERLICH PESET, J.M., "Contrato fijos-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías", *Labos, Revista de Derecho del Trabajo Protección Social*, vol.3, n.º. extra 0, 2022, págs. 58-72. También ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., "Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral", *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º. 161, 2022, págs. 361-385. En el mismo sentido, MARTÍNEZ BARROSO, M.R., "Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral", *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º. 251, 2022, págs. 153-216. Más recientemente, LÓPEZ BALAGUER, M., "El nuevo contrato fijo-discontinuo", *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 13, n.º. 1, 2023, págs. 1-31.

tiempo transcurrido desde que se formalizó el correspondiente contrato de trabajo?⁴² Temas sin duda de fundamental importancia, cuya aclaración va a contribuir a que esta modalidad contractual pueda desplegar en su totalidad la importancia práctica que verdaderamente tiene.

V. NUEVA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Pero una de las novedades más importantes y con más trascendencia práctica de entre todas las que ha registrado en los últimos tiempos nuestro sistema de relaciones laborales, no proviene de un cambio normativo en sentido estricto, sino de una reinterpretación de los preceptos jurídicos preexistentes: es por todos conocido que, aunque el trabajador pueda, según su voluntad, poner fin a la relación laboral en el momento que desee (art. 49.1.d ET), el ordenamiento laboral establece unas causas tasadas a las que necesariamente deberá ajustarse el empresario si desea extinguir un contrato de trabajo. Dependiendo de cuál sea la causa de extinción del contrato, de si se encuentra justificada o no, y de las expectativas de estabilidad que se hayan creado al trabajador, nuestro ordenamiento jurídico contempla una indemnización de diferente cuantía e intensidad (12, 20, 33 o, incluso, 45 días de salario por año trabajado, según corresponda, sujetas además a diversos topes máximos dependiendo de las circunstancias que concurran).

A estos efectos, doctrina y jurisprudencia a lo largo de los años se han ocupado de concretar que se trata ésta de una forma particular de predeterminar en el texto de la ley, el alcance de los daños y perjuicios que se hayan causado a la parte más débil de la

⁴² Se trata de un interesantísimo tema que ya abordaba, antes de la entrada en vigor del RDL 32/2021, PARRES MIRALLES, R. "Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, nº. 2, 2021. Es ahora el segundo párrafo del art. 16.6 el que determina que "Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia", previsión que doctrinal y jurisprudencialmente se ha interpretado como la posibilidad de diferenciar el cómputo de la antigüedad a efectos indemnizatorios, del cómputo de la antigüedad a los restantes efectos (como pueden ser retributivos, de promoción profesional, orden de prioridad en la lista de llamamientos, etc.), ámbitos en los que se aplicarán criterios distintos (tal y como literalmente permite el segundo párrafo del art. 16.6 ET). A estos efectos, véase la interesantísima STS, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2022 (nº. sentencia 738/2022), en la que parece diferenciarse la antigüedad a efectos de trienios, de la antigüedad a efectos de cálculo de la indemnización por despido, respecto a la cual, resultaría aplicable la ya consolidada postura interpretativa del Tribunal Supremo en la que únicamente se tiene en cuenta el periodo efectivo de prestación de servicios (véase, por todas, la STS, Sala de lo Social, nº. 730/2020, de la Sala de lo Social de 30 de julio de 2020, reiterando una línea interpretativa más que consolidada al respecto), aspecto que no ha cambiado, pese a lo que en un principio parecía difundirse a través de los medios de comunicación, con la entrada en vigor del RDL 32/2021.

relación jurídica, con el fin de simplificar la resolución de los conflictos que pudieran plantearse al respecto entre los contratantes: como si de un traje a medida se tratara, se venía entendiendo que se trataba de una indemnización que debía ser calculada siempre en función del salario diario del trabajador y los años de antigüedad que tuviera en la empresa, dando lugar así a un tipo particular de presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual, se entendía que la cantidad resultante de aplicar esta fórmula de cálculo coincidía exactamente con el perjuicio causado al trabajador, en cuya determinación apenas podía influir la voluntad de los contratantes⁴³, ni tampoco, el criterio del juzgador⁴⁴. O al menos esto ocurría hasta ahora.

No cabe duda de que la indemnización por daños y perjuicios vinculada a la extinción de un vínculo laboral no es una figura desconocida en el ámbito del Derecho del Trabajo: fenómenos de nulidad del despido, extinción indemnizada del contrato de trabajo a voluntad del trabajador basada en incumplimientos de especial gravedad del empresario, lesiones derivadas de contingencias profesionales, entre otras situaciones, generaban una indemnización a favor del trabajador. Ahora bien, en los últimos tiempos se detecta una nueva postura interpretativa, todavía incipiente y sustentada en una clarísima voluntad *pro operario*, radicalmente novedosa y rompedora: se invoca ahora la correcta aplicación en el ordenamiento español del art. 10 del Convenio nº.158 OIT, en el que se establece que los órganos judiciales “*tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*”⁴⁵, expresión en la que podría encontrarse el fin de la indemnización tasada por despido improcedente

⁴³ Pues, en el ámbito laboral siempre se ha entendido que, aunque la indemnización derivada de cualquier tipo de cese contractual se podía elevar por mutuo acuerdo de las partes, la cantidad resultante de aplicar los parámetros de cuantificación previstos en la ley se considera un mínimo irrenunciable.

⁴⁴ Se trataba ésta de una previsión unánimemente aceptada hasta ahora por nuestros jueces y tribunales, que no admitían (ni al alza ni a la baja) ningún tipo de ponderación individualizada del perjuicio causado al trabajador que se apartase de la fórmula de cálculo de la indemnización que, en cada caso, hubiese predeterminado el legislador dependiendo de cuál fuese la causa de la extinción del contrato que se hubiese utilizado.

⁴⁵ Los postulados del Convenio nº158 de la OIT han sido recogidos por el artículo 24 de la Carta Social Europea, en su texto revisado de 1996, que el Estado español acaba de ratificar, el cual garantiza el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a “*una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada*”. Son varios los autores que han abordado la importantísima incidencia laboral de esta cuestión, entre otros, véase: GODINO DE FRUTOS, A., “La indemnización por despido improcedente ante la Carta Social Europea revisada: control de convencionalidad y posible reforma legislativa”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. 98, 2023; LÓPEZ TERRADA, E., “El control de convencionalidad, la aplicabilidad de la carta social europea y la indemnización tasada de los despidos sin causa”, en *AAVV, Jurisprudencia social a debate*, Tomás Sala Franco (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs.. 167-176; y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Decisiones judiciales y “ruido”: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº. 166, 2023, págs. 39-64.

prevista en la legislación española⁴⁶, dando lugar a un cambio radical en lo que hasta ahora se consideraban pilares básicos del modelo actual de relaciones laborales⁴⁷.

De esta forma, si el art. 10 del Convenio nº. 158 OIT y el art. 24 de la Carta Social Europea exigen que la indemnización que los países contemplen en caso de despido sea *adecuada*, y a la vista de ello, nuestros jueces y tribunales empiezan a considerar que nunca será adecuada, en casos de despido sin razón válida, una indemnización irrisoria que no tenga efectos disuasorios, y por tanto, se han de articular mecanismos correctores que permitan solventar las deficiencias que, en ciertas ocasiones, se pueden producir si únicamente se recurre a la fórmula matemática que contempla el art. 56 ET a la hora de tasar las indemnizaciones por despido improcedente⁴⁸. A través de esta interpretación, y sin necesidad de tener que llevar a cabo una modificación de la legislación vigente, se está abriendo la puerta al reconocimiento de una indemnización adicional en caso de despido improcedente si se puede acreditar que el trabajador despedido no ve compensado el daño que la situación le produjo únicamente percibiendo la indemnización prevista en la ley. Serán entonces los concretos factores personales que concurren sobre un determinado trabajador los que podrán llevar a incrementar la indemnización derivada del despido improcedente más allá de los parámetros que tomaba como referencia el art. 56 ET, entendiéndose ahora que aquél

⁴⁶ Como ya puso de manifiesto GARCÍA VIÑA, J., “¿Es posible solicitar una indemnización adicional de daños y perjuicios cuando se ha declarado el despido improcedente y se ha percibido la indemnización regulada en el Estatuto de los Trabajadores?”, *Aranzadi Social*, nº. 4, 1999, soporte informático (BIB 1999\240). Sobre la misma cuestión, ORTEGA LOZANO, P.G., “La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia de la doctrina jurisprudencial”, *Revista de Información Laboral*, nº.11/2018 (BIB 2018\14011), pág. 27, indicaba que “*la indemnización económica española desprecia los perjuicios reales que pueda sufrir el trabajador. El sistema de indemnización tasada consagra seguridad jurídica, pero puede provocar claras injusticias en las consecuencias a sufrir por el empleado (...)*”.

⁴⁷ Y es que, hasta ahora, se mantenía que el carácter tasado de la indemnización por despido imposibilitaba que los trabajadores pudieran reclamar compensaciones por el despido por encima de los límites legales, lo que impedía cualquier discrecionalidad judicial en esta materia. Al respecto, véase, entre otros, PEDRAJAS MORENO, A, y SALA FRANCO, T., “Las cláusulas contractuales de blindaje”, *Boletín Laboral*, octubre, 2009, pág. 6 soporte informático, <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/nn-060.pdf>. También respecto a la indemnización por despido improcedente, véase MORALES VÁLLEZ, E., “La imposibilidad de readmisión sobrevenida en los supuestos de despido”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.9/2015 (BIB 2015\4753), pág.2.

⁴⁸ Como se ha expuesto, es en vía judicial dónde se empieza a replantear la idoneidad de los criterios vigentes de cálculo de la indemnización por despido y su valor verdaderamente disuasorio de los despidos improcedentes, dando lugar a una interesantísima postura interpretativa que puede llegar a tener una enorme incidencia práctica. Aunque ya son varias las sentencias recaídas en este sentido, sirva como ejemplo la reciente STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2023 (Rec. 6219/2022) que comenta BALLESTER PASTOR, I., “El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio nº 158 OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 2/2023, soporte digital https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2023-0000002349.

fijaba una indemnización que puede considerarse como mínima u orientativa y no como máxima o tasada.

Se trata ésta de una importantísima cuestión que puede dar lugar a un cambio radical en la configuración del despido en España y sobre la que cabe esperar un inminente pronunciamiento por parte del TS que arroje un poco de luz al respecto. En cualquier caso, hasta que eso ocurra, no se puede negar que va a tener también una importantísima incidencia en la lucha contra la contratación temporal, o al menos, en la lucha contra la falsa contratación temporal. Y es que si la intensificación de las sanciones económicas derivadas de la expresión de una falsa causa temporal no fuera suficiente, el potencial incremento de la indemnización por despido improcedente que un falso trabajador temporal podría conseguir en vía judicial, sin duda, va a terminar de lograr el efecto disuasorio deseado.

Este es el motivo que hace esperar que, buscando conseguir una indemnización verdaderamente “apropiada”, repunten durante los próximos meses las demandas por despido derivadas de la finalización de contratos de trabajo calificados como temporales cuando en realidad, su naturaleza jurídica no se ajustaba a una verdadera necesidad temporal de la empresa contratante, por muy breve que haya sido la duración del contrato de trabajo. Y es que, antes de que viera la luz por primera vez este criterio interpretativo, estos trabajadores muchas veces renunciaban a entablar acciones legales destinadas a obtener una correcta calificación del cese producido -al ser quizá el coste de la reclamación judicial mayor que la eventual indemnización por despido procedente a la que, aplicando la literalidad de la ley, pudieran aspirar-, esta situación cambia totalmente una vez que entra en juego el criterio de la *razonabilidad disuasoria* que proclama la reciente postura jurisprudencial antes comentada.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Ha de admitirse que las PYMES por lo general no han acogido con especial entusiasmo los cambios que en los últimos tiempos se han producido sobre las modalidades de contratación⁴⁹. Su principal miedo es no poder hacer frente al coste económico que puede llegar a suponer mantener a lo largo del tiempo un empleo cuando ellas mismas no tienen seguridad en que su propio negocio sea sostenible a medio plazo. No es éste en absoluto un problema pequeño. Teniendo en cuenta el importantísimo peso que las pequeñas y medianas empresas representan en el tejido

⁴⁹ Basta un acercamiento a los medios de comunicación para tener conocimiento de la postura crítica que, por lo general, mantienen las asociaciones de pequeños empresarios respecto a la reforma laboral que introdujo el RDL 32/2021. A modo de ejemplo, véase el informe “Reforma

empresarial español, puede decirse que han acogido los últimos cambios, como mínimo, con desconfianza.

Ahora bien, todavía muchas de nuestras empresas no son del todo conscientes de que, realmente, la contratación fija en general y el contrato fijo discontinuo en particular, no encarece la contratación, sino todo lo contrario: aunque también permite adecuar la mano de obra disponible al volumen de actividad empresarial, resulta incluso menos costoso que recurrir a la contratación temporal, pues se evitan los gastos vinculados a la indemnización por extinción del contrato temporal, los gastos de formación de los trabajadores, las cotizaciones incrementadas de los contratos temporales de corta duración, y además, pese al carácter intermitente del contrato fijo discontinuo, también permite disfrutar de los incentivos económicos existentes a la contratación indefinida.

En cualquier caso, se ha de reconocer también que los citados incentivos económicos tendentes a potenciar la contratación indefinida son en nuestro país todavía escasos. Y puede intuirse que los colectivos más vulnerables serán los más perjudicados. Tristemente, aunque no se haya reparado en ello, ante la nueva obligación de recurrir, con carácter general, a trabajadores con vinculación permanente, cabe anticipar que muchas empresas pueden ser todavía más reacias de lo que lo eran antes a contratar a determinados perfiles de trabajadores⁵⁰, a sabiendas de que iniciarán con ellos una relación prácticamente vitalicia, y por eso, ha de admitirse que, ahora más que nunca, se necesita un refuerzo especial al respecto en forma de reducciones y bonificaciones en las cuotas de cotización, e incluso por medio de incentivos fiscales, aplicables a las empresas que den empleo a colectivos vulnerables⁵¹. Y es que, como se ha expuesto, por mucho que la reciente Ley 15/2022, Integral para la igualdad de Trato y la No Discriminación, intente evitar cualquier forma de discriminación en el trabajo, todavía los fenómenos de discriminación inicial en el acceso al empleo, siguen siendo los más difíciles de detectar (muchas veces, porque las propias personas afectadas, no son conscientes de que los están sufriendo), por lo que las estrategias destinadas a erradicarlos no suelen ser exitosas.

laboral: un año de camino”, elaborado por el portal de empleo InfoJobs con las respuestas de 392 empresas.

⁵⁰ Repárese que aunque la reciente Ley 15/2022, Integral para la Igualdad de Trato, en desarrollo del art. 17 ET, intente clarificar las situaciones de nulidad del despido derivadas de la transgresión del principio de igualdad de trato que proclama el art. 14 CE, en el acceso al empleo todavía existen grandísimas dificultades para demostrar que el trabajador está siendo objeto de discriminación (si se pudiera demostrar, sería una infracción muy grave, tipificada en el art. 16 LISOS, pero hacerlo no siempre es fácil).

⁵¹ Pese a todo, parece que el reciente RDL 1/2023, de Medidas Urgentes en Materia de Incentivos a la Contratación Laboral y Mejora de la Protección Social de las Personas Artistas, aunque persigue simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia, no ha prestado la atención que se merece a este nuevo riesgo.

Por otra parte, a la hora de emprender los procesos de negociación colectiva⁵², se ha de concienciar a trabajadores y empresarios de la gran utilidad que representaría incluir en el articulado del propio convenio colectivo, tanto de ámbito sectorial como de empresa, referencias expresas a las formas de funcionamiento del trabajo fijo discontinuo. Y es que, dado que el vigente art. 16 ET deja muchos aspectos de la regulación de esta modalidad contractual pendientes de desarrollo (cfr.16.3 y 16.5 ET), no hacer uso de esta posibilidad implica desconocer el importante papel que, desde la última gran reforma laboral, esta modalidad contractual desempeña en la economía nacional y en el modelo actual de relaciones laborales. Teniendo en cuenta que las PYMES, por lo general, no suelen optar por la negociación de un convenio colectivo de ámbito de empresa, la negociación colectiva sectorial adquiere ahora una importancia máxima, pues en muchos casos será sobre ella sobre la que recaiga el peso de perfilar la modalidad contractual (el contrato fijo discontinuo) que puede resultar más adecuada para acompasar las necesidades productivas de la empresa con la fuerza de trabajo disponible.

A estos efectos, resulta interesante resaltar que, el contrato fijo discontinuo, aunque pocas veces se haya reparado en ello, tiene una marcada perspectiva de género: si su finalidad es ayudar a reducir la temporalidad en el mercado de trabajo nacional y además, quedaba estadísticamente comprobado que, en la práctica, eran las mujeres las que, con mucha mayor frecuencia que los hombres, ocupaban puestos de trabajo de carácter temporal⁵³, estos datos, valorados como si de las dos premisas de un silogismo se tratara, permiten concluir que la generalización del contrato fijo discontinuo va a ayudar a reducir la temporalidad (y con ello la precariedad laboral) que sufría el colectivo femenino, ofreciéndoles (aunque no les pueda asegurar una estabilidad perfecta) las mismas dosis de continuidad y permanencia que registran los varones.

Pese a todo, no existen datos oficiales que permitan dilucidar si el recelo que sienten nuestras empresas respecto a la última gran reforma laboral las ha hecho intensificar el número de contratos civiles de arrendamiento de servicios que cada año conciertan con

⁵² Éstos y otros temas, los aborda ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., en "Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral", *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 161, 2022, págs. 361-385. Por su parte, sobre esta cuestión, antes de la entrada en vigor del RDL 32/2021 ya se pronunciaba ALONSO GÓMEZ, R., "Los convenios colectivos no pueden establecer requisitos que limiten el acceso al contrato fijo-discontinuo: STS (Sala de lo Social) 135/2018, de 13 febrero 2018 (JUR 2018, 72752)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 6, 2018, págs. 105-106.

⁵³ El contrato temporal se consideraba una modalidad "feminizada", pues en la práctica, el 60% de los contratos temporales que se registraban en nuestro país cada año estaban suscritos por mujeres. Dato que se puede fácilmente comprobar en la *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España*, que anualmente publica el Consejo Económico y Social, Madrid, soporte informático.

profesionales autónomos. A estos efectos, cabe recordar que, en principio, la libertad de empresa que reconoce la CE (art. 38) y que actualmente caracteriza nuestro mercado de bienes y servicios, permite satisfacer las mismas necesidades productivas bien por medio de una relación laboral (dando lugar por tanto a una actividad personal, voluntaria, retribuida, dependiente y por cuenta ajena) bien por medio de una colaboración civil en la que concurran las mismas características de trabajo personal, voluntario y retribuido, pero en la que en todo momento el sujeto que presta el servicio actúe bajo la plena autonomía jurídica que caracteriza a los contratantes civiles. Así pues, en principio, el empleador o empresario dispone de libertad para seleccionar cuál ha de ser la modalidad contractual con la que pretende satisfacer sus necesidades productivas, siempre y cuando, no incurra con ello en un supuesto de fraude de ley. De tal forma, nada impide que una misma profesión pueda desarrollarse para unas empresas en régimen de dependencia, y para otras, en régimen de autonomía. Se trata de una opción lícita, de la que dispone la entidad empleadora siempre y cuando la prestación de servicios realmente realizada se ajuste estrictamente a las características configuradoras del tipo de contrato celebrado. Ahora bien, esta total libertad de elección no puede confundirse ni con la arbitrariedad en la denominación del contrato celebrado, ni por supuesto con la simulación de su naturaleza jurídica. Son ya innumerables los ejemplos jurisprudenciales en los que se aprecia fraude de ley cuando se intentan encubrir los elementos identificativos de la relación laboral bajo una apariencia falsa de trabajo autónomo. Y es ahora, ante este nuevo contexto normativo, cuando surge la siguiente pregunta, estos nuevos contratos civiles que pueden concertar las PYMES buscando la prestación de determinado servicio necesario en su proceso productivo ¿son verdaderos contratos civiles?, ¿cuándo existe un encubrimiento voluntario de signos de laboralidad con el fin de ocultar los rasgos constitutivos de un contrato de trabajo? En otras palabras, si el proceso de delimitación de fronteras entre realidades jurídicas en cierta medida cercanas, no es nunca ni sencillo ni pacífico, en este nuevo contexto puede llegar a ser particularmente complejo.

Por último, pero no por ello menos importante, no se puede olvidar que, antes de que entrase en vigor la reforma, se detectaba un dato muy significativo: las cifras de estabilidad laboral eran sustancialmente más elevadas en el sector industrial que en el resto de sectores de actividad, aunque desde un punto de vista económico, el sector industrial representase un papel muy pequeño dentro de la economía nacional⁵⁴. Pese a

⁵⁴ Según el informe "*Una perspectiva económica de la situación de la industria en España: actualización 2022*", elaborado por el Consejo General de Economistas, la industria representa en España sólo un 15,31% del PIB (cerca del 11% si se excluye del cálculo a la industria manufacturera), muy lejos del objetivo del 20% marcado por la UE y tiene un peso del 13,6% en el empleo nacional. Dicho informe pone de manifiesto que el peso del sector industrial es

que las cifras relativas a la estabilidad en el empleo están llamadas a ir modificándose conforme vaya desplegando todos sus efectos la última reforma laboral, parece que sigue existiendo un importantísimo tema que también es imprescindible abordar: de potenciarse, aunque fuese mínimamente, la actividad industrial en el país, se conseguirían grandes efectos positivos sobre las cifras de ocupación laboral, mejorando si no ya la estabilidad en el empleo (al haberse generalizado la contratación estable gracias a la figura del fijo discontinuo), sí la calidad en el trabajo y la retribución mensual (proporcionando al trabajador un puesto de trabajo, a tiempo completo, bien remunerado en el que mantenerse si lo desea hasta su jubilación). Pero para hacerlo no basta ahora con perfilar las modalidades de contratación laboral ni reforzar el régimen sancionador que les afecta, sino que requeriría cambios de mucho más calado: asesoramiento profesional gratuito, cesión de locales o terrenos e incluso una reducción circunstancial de los impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas, por ejemplo, entre otras posibles alternativas, hasta ahora descartadas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *"La irrupción de la forma social cooperativa en el mercado eléctrico"*, Alfonso Sánchez García (coord.) y Fernando L. de la Vega García y M^a Magnolia Pardo López (dirs.), Aranzadi, 2021.

AAVV, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2023, soporte informático.

AAVV, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de la Región de Murcia*, 2023, CESRM, soporte digital.

AAVV, *"Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación"*, KAHALE CARRILLO, D.T. (Dir.), Laborum, Murcia, 2023.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., "Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral", *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 161, 2022, págs. 361-385.

ALONSO GÓMEZ, R., "Los convenios colectivos no pueden establecer requisitos que limiten el acceso al contrato fijo-discontinuo: STS (Sala de lo Social)135/2018, de 13 febrero 2018 (JUR 2018, 72752), *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 6, 2018, págs. 105-106.

ÁLVAREZ CUESTA, H., "La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual", *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 166, 2023, págs. 11-38.

tremendamente dispar entre Comunidades Autónomas (cfr. el importante peso que el sector

ARETA MARTÍNEZ, M., "Solicitud de un certificado de antecedentes penales a los trabajadores de nuevo ingreso y tratamiento de datos de carácter personal. SAN-SOC núm. 14/2020, de 10 de febrero", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 3, 2020, soporte informático.

BALLESTER PASTOR, I., "El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 2/2023, soporte digital.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Decisiones judiciales y "ruido": el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente", *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº. 166, 2023, págs. 39-64.

BENTOLILA, S. y DOLADO, J.J., *La contratación temporal y sus efectos sobre la competitividad*, Banco de España, Documento de Trabajo nº. 9319, Madrid, 1993, págs. 1-58.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., " El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación", *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, nº. 3, 2019, págs. 5-10.

CAVAS MARTÍNEZ, F., "Determinación del convenio colectivo aplicable en las contrataciones y subcontratas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 1, 2022, soporte informático.

CORDERO GORDILLO, V., "El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 13, nº. 1, 2023, págs. 1-27.

DE SALAS MURILLO, S., "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/2021, de 2 de junio. Panorámica general, interrogantes y retos", *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº. 17, 2022, págs. 16-47.

DE VAL TENA, A.L., "La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba", *REJLSS, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº.2, 2021, págs. 56-98.

DEVESA CARPIO, J.E., y DOMÉNECH VILARIÑO, R., "¿Reglas fiscales en la Seguridad Social?", *Papeles de economía española*, nº 175, 2023, págs. 172-183.

GALIANA MORENO, J.M., "Algunos tópicos e incongruencias de las reformas del "mercado de trabajo", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 161, 2014, págs. 41-58.

industrial tiene en Navarra, País Vasco, La Rioja y Cataluña).

GARCÍA VIÑA, J., “¿Es posible solicitar una indemnización adicional de daños y perjuicios cuando se ha declarado el despido improcedente y se ha percibido la indemnización regulada en el Estatuto de los Trabajadores?”, *Aranzadi Social*, nº. 4, 1999, soporte informático (BIB 1999\240).

GODINO DE FRUTOS, A., “La indemnización por despido improcedente ante la Carta Social Europea revisada: control de convencionalidad y posible reforma legislativa”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. 98, 2023, soporte informático.

GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijos-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo Protección Social*, vol.3, nº. extra 0, 2022, págs. 58-72.

GÓMEZ GARCÍA, F.X., “La enfermedad como motivo de nulidad de despido”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 264, 2023, págs. 249-256.

GOÑI SEIN, J.L. “Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, nº. 13, 2022 (ejemplar dedicado a “La reforma laboral de 2021 y sus efectos en el mercado de trabajo”), págs. 81-99.

LÓPEZ BALAGUER, M., “El nuevo contrato fijo-discontinuo”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 13, nº. 1, 2023, págs. 1-31.

LÓPEZ TERRADA, E., “El control de convencionalidad, la aplicabilidad de la carta social europea y la indemnización tasada de los despidos sin causa”, en AAVV, *Jurisprudencia social a debate*, Tomás Sala Franco (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 167-176.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº. 251, 2022, págs. 153-216.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E., *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.

MORALES VÁLLEZ, E., “La imposibilidad de readmisión sobrevenida en los supuestos de despido”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.9/2015 (BIB 2015\4753), soporte informático

MORENO i GENÉ, J., “La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022: valoración de los primeros pronunciamientos judiciales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 64, 2023.

NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el Real Decreto Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, nº. extra 0, 2022, págs. 31-42.

ORTEGA LOZANO, P.G., “La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia de la doctrina jurisprudencial”, *Revista de Información Laboral*, nº.11/2018 (BIB 2018\14011), soporte informático.

ORTEGA LOZANO, P.G., “Un recorrido a la nueva ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes: la conocida como la ley de "startups", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Revista Crítica de Relaciones Laborales (Laborum)*, nº 2, especial 2023, págs. 213-231.

PARRES MIRALLES, R. "Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, nº. 2, 2021, soporte informático.

PEDRAJAS MORENO, A, y SALA FRANCO, T., “Las cláusulas contractuales de blindaje”, *Boletín Laboral*, octubre, 2009, soporte informático, <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/nn-060.pdf>.

PÉREZ DE LOS COBOS y ORIHUEL, F., “El registro de jornada”, en AAVV, *Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio social y económico. Libro en homenaje a Federico Durán López* (coord. por Carmen Sáez Lara, Federico Navarro Nieto y Pedro Gómez Caballero), Iustel, Madrid, 2021, págs. 299-304.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº. 155, 2023, págs. 149-180.

ROMERO RÓDENAS, M.J., *Planes de igualdad en la empresa privada y en sector público: guía práctica*, Bomarzo, Albacete, 2021.

SELMA PENALVA, A., “La relación laboral encubierta: la sociedad unipersonal como forma de simulación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 143, 2009, págs. 677-707.

SERRANO ESTEBAN, A.I., “Análisis 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”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 7, 2023, soporte informático.

TORRES, R., “El proceso inflacionario: situación y perspectivas”, *Cuadernos de Información económica*, nº 294, 2023, págs. 1-7.

VELASCO PORTERO, M. T. y FRÖHLICH, M., “Los sistemas alemán y austriaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España”, *Actualidad Laboral*, nº.14, 2010, soporte informático.

ZUBIRI ORIA, I., “*El futuro del Sistema de Pensiones en España*”, Estudios de Hacienda Pública, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

LA IMPLANTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS ELECCIONES SINDICALES

Por

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ ¹
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Acreditado a Catedrático de Universidad
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

francisco.valle@upf.edu

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto analizar cómo han afectado las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en las elecciones a órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa. La normativa vigente parte de la idea de que todas las fases del proceso electoral se efectuarán presencialmente en el centro de trabajo, con la salvedad del voto por correo, por lo que estamos ante normas que no contemplan el recurso a medios telemáticos como son el tablón virtual y el correo electrónico, ni tampoco a sistemas de votación electrónica. A la espera de una futura reforma legal, a lo largo de este trabajo de investigación se pondrá de manifiesto las ventajas que comporta la introducción de estos mecanismos en la digitalización del proceso electoral, advirtiendo también de sus riesgos o inconvenientes y de las necesarias garantías que deben adoptarse para su implantación.

PALABRAS CLAVE: Elecciones sindicales; medios telemáticos; tablón virtual; correo electrónico; voto electrónico.

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN NORMATIVA DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO. 1. La regulación legal y reglamentaria y su obsolescencia. 2. El papel de la negociación colectiva.- II. EL RECURSO A MEDIOS TELEMÁTICOS DURANTE EL PROCESO ELECTORAL. 1. La conveniente implantación de los medios telemáticos: el correo electrónico y el tablón virtual. 2. El órgano encargado de decidir la implantación de medios telemáticos. 3. La colaboración empresarial en la implantación de medios telemáticos. 4. La intervención telemática de la oficina pública en las distintas fases del proceso electoral.- III. EL SISTEMA DE VOTACIÓN ELECTRÓNICA. 1. Argumentos jurídicos en contra de su implantación. 2. Argumentos jurídicos a favor de su implantación. 3. El carácter exclusivo o complementario del sistema de votación electrónica. 4. La colaboración empresarial en la implantación del sistema de votación electrónica. 5. El carácter personal, directo, libre y secreto del voto electrónico. 6. La integridad, seguridad y fiabilidad del sistema de votación electrónica.- IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DURANTE EL PROCESO ELECTORAL ONLINE. 1. La protección de datos de carácter personal en el uso de medios telemáticos. 2. La protección de datos de carácter personal en el sistema de votación electrónica.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya: "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2021 SGR 00460.

THE IMPLEMENTATION OF NEW TECHNOLOGIES IN TRADE UNION ELECTIONS

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyse how new information and communication technologies have affected the elections to the legal representation of workers in the company. The current regulations bases on the idea that all phases of the electoral process are made in person, with the exception of voting by mail, so we are faced with regulations that do not contemplate the use of telematics means such as the virtual bulletin board, email, nor to electronic voting systems. While waiting for a future legal reform, throughout this research work the advantages of the introduction of these mechanisms in the digitalization of the electoral process, also warning of their risks or drawbacks and the necessary guarantees that must be adopted for their implementation.

KEYWORDS: Trade union elections; telematics means; virtual bulletin board; email; electronic voting.

SUMMARY: I. NORMATIVE DELIMITATION OF THE STUDY. 1. Legal and regulatory regulation and its obsolescence. 2. The role of collective bargaining.- II. THE RESOURCE TO TELEMATIC MEANS DURING THE ELECTORAL PROCESS. 1. The convenient implementation of telematics means: the email and the virtual bulletin board. 2. The subject responsible of deciding the implementation of telematics means. 3. The business collaboration in the implementation of telematics means. 4. The telematics intervention of the public office in the different phases of the electoral process.- III. THE ELECTRONIC VOTING SYSTEM. 1. Legal arguments against its implementation. 2. Legal arguments in favour of its implementation. 3. The exclusive or complementary nature of the electronic voting system. 4. The business collaboration in the implementation of the electronic voting system. 5. The personal, direct, free and secret nature of electronic voting. 6. The integrity, security and reliability of the electronic voting system.- IV. THE PROTECTION OF PERSONAL DATA DURING THE ONLINE ELECTORAL PROCESS. 1. The protection of personal data in the use of telematics means. 2. The protection of personal data in the electronic voting system.- V. CONCLUSIONS.- VI. BIBLIOGRAPHY.

I. DELIMITACIÓN NORMATIVA DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO

1. La regulación legal y reglamentaria y su obsolescencia

El actual marco normativo sobre elecciones a representantes de los trabajadores (comúnmente llamadas “elecciones sindicales”), está previsto en los artículos 67 y 69 a 76 del Estatuto de los Trabajadores (ET), así como en el Real Decreto 1884/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (RERT)².

De ambas normas se desprende que el proceso electoral, en todas sus fases, se caracteriza por su carácter presencial, desarrollándose en el centro de trabajo como

² Sobre las mismas: COLLADO GARCÍA, L., RÓMERO RODENAS, M.J., TARANCÓN LÓPEZ, E., *Elecciones sindicales del personal laboral, funcionario y estatutario*, ed. Bomarzo, Albacete, 2022; CABEZA PEREIRO, J., *Las elecciones sindicales*, ed. Bomarzo, Albacete, 2018; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., PÉREZ BORREGO, G., *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002; BLASCO PELLICER, C., *El nuevo procedimiento de “elecciones sindicales”: aspectos críticos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., LANTARÓN BARQUÍN, D., AGUT GARCÍA, G., *Los laudos arbitrales de las elecciones sindicales (antología)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1997.

espacio físico. Por poner algún ejemplo, la lista de electores y elegibles “*se hará pública en los tabloneros de anuncios*” (art. 74.3 ET y 6.2 RERT); el acto de la votación (con la salvedad del voto por correo) también “*se efectuará en el centro o lugar de trabajo y durante la jornada laboral*” (art. 75.1 del ET), “*depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán iguales características, en urnas cerradas*” (art. 75.2 ET); el escrutinio o recuento de votos se efectuará por la mesa electoral inmediatamente después de celebrada la votación “*mediante la lectura por el presidente, en voz alta, de las papeletas*” (art. 75.3 ET), y el resultado de la votación “*se publicará en los tabloneros de anuncios*” (art. 75.5 ET y art. 11 RERT).

Como puede comprobarse, se trata de normas que fueron elaboradas principalmente en 1980 y en 1994, es decir, en un momento en que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no tenían el grado de implementación que tienen actualmente en el ámbito de las relaciones de trabajo y menos aún en el de las relaciones sindicales, de ahí que no contemplan el uso de ciertos instrumentos de comunicación digital como son el correo electrónico y el tablón virtual, ni mucho menos prevean sistemas de votación electrónica³.

El proceso para elegir órganos de representación de los trabajadores en la empresa presenta por tanto graves problemas de obsolescencia y el nuevo contexto digital que vivimos pone de manifiesto la urgencia de su modificación para adaptarse a las nuevas realidades sociales.

Como se irá viendo a lo largo del estudio, desde la perspectiva del sindicato cabrá reflexionar acerca de los medios necesarios para la preparación del proceso electoral y la comunicación con los trabajadores. Desde la perspectiva del empresario habrá que reflexionar sobre su deber de facilitar los medios necesarios para la comunicación entre sindicatos y trabajadores durante el proceso electoral. Y desde la perspectiva del trabajador, cabrá cuestionar la viabilidad del voto electrónico con el fin de impulsar una mayor participación en las elecciones sindicales⁴.

³ VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 14, 2016, pág. 1 y ss.; GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, *Revista de Derecho Social*, n.º 99, 2022, pág. 63 y ss.

⁴ Aspectos claves identificados por MORARU, G.F., “Elecciones sindicales durante el tiempo de pandemia: a propósito del laudo arbitral dictado el 5 de octubre de 2020 en Vigo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020, pág. 204.

2. El papel de la negociación colectiva

La primera cuestión que se suscita a la hora de analizar las fuentes reguladoras del proceso electoral, es si la regulación legal y reglamentaria tiene el carácter de derecho necesario absoluto, inmodificable por las partes a través de la negociación colectiva, o si, por el contrario, el convenio colectivo puede entrar a regular esta materia permitiendo que en las elecciones sindicales se pueda recurrir a instrumentos de comunicación digital o a sistemas de votación electrónica.

Argumentos a favor de entender que esta regulación es de carácter imperativo se desprenden de las fórmulas utilizadas tanto por la ley como por el reglamento de desarrollo, así como por el hecho de que los resultados electorales se utilicen para medir la representatividad de un sindicato. De modo que la intervención del convenio colectivo tan solo quedaría limitada a aquellas cuestiones en que la norma expresamente se remite a la negociación colectiva, como así sucede con el artículo 71.1 ET al permitir que por convenio colectivo se pueda establecer un tercer colegio electoral en función de la composición profesional del sector o de la empresa.

Sin embargo, tampoco faltan argumentos⁵ para considerar que todo este bloque normativo relativo a las elecciones sindicales no sería de derecho necesario absoluto sino de derecho necesario relativo. Desde un punto de vista constitucional, esta interpretación sería respetuosa con las previsiones contenidas en el artículo 37.1 de la Constitución Española (CE), que reconoce el derecho a la negociación colectiva “*laboral*”, pero también con el artículo 129.2 de la Carta Magna, dado que la implantación de las nuevas tecnologías en el proceso electoral mediante la negociación colectiva, permitiría mejorar la “*participación en la empresa*”.

Por otro lado, y desde un punto de vista estrictamente legal, esta interpretación también sería respetuosa con lo dispuesto en el artículo 85.1 ET al afirmar que los convenios colectivos podrán regular materias de índole “*sindical*”, y todas aquellas que afecten al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus “*organizaciones representativas*” con el empresario y las asociaciones empresariales.

⁵ MEJÍAS, A., *Elecciones sindicales: el preaviso electoral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 15; SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ed. UAB, Bellaterra, 2022, pág. 37. Este autor se plantea cuál debiera de ser el ámbito convencional más adecuado: si el acuerdo de empresa, si el convenio colectivo estatutario, o si el acuerdo marco, decantándose decididamente por esta última fórmula convencional para la introducción del voto electrónico en las elecciones sindicales en las empresas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶ parece haberse inclinado por esta segunda interpretación admitiendo la validez de ciertas cláusulas previstas en acuerdos colectivos que habían entrado a regular procesos electorales más allá de lo estipulado en la ley y el reglamento. Y algún convenio colectivo⁷ ha recogido expresamente la posibilidad de que los sindicatos intervinientes en el proceso electoral puedan acordar la consideración del uso del voto electrónico.

Por consiguiente, la falta de una regulación específica no debiera de ser un impedimento para que el convenio colectivo entrase a regular la implantación de las nuevas tecnologías en el proceso electoral, circunstancia ésta que, naturalmente, no exime de la conveniencia de una necesaria reforma legal en la materia.

II. EL RECURSO A MEDIOS TELEMÁTICOS DURANTE EL PROCESO ELECTORAL

1. La conveniente implantación de los medios telemáticos: el correo electrónico y el tablón virtual

Pese a que ni legal ni reglamentariamente esté previsto el recurso a medios telemáticos durante las distintas fases del proceso electoral, muchas de las actuaciones llevadas a cabo en las elecciones sindicales pueden digitalizarse y formalizarse en soporte electrónico.

De hecho, la doctrina científica⁸ ha entendido que las elecciones a órganos de representación unitaria podrían realizarse por vía telemática en todas sus fases, desde su promoción hasta la comunicación de resultados, pasando por la constitución de la mesa electoral, la publicación del censo laboral y del calendario, la recepción y

⁶ STS de 23 de octubre de 1990 (Rec. n.º 46/1991) y STS de 9 de diciembre de 1992 (Rec. n.º 856/1991), que permiten la delimitación de unidades electorales fijadas por acuerdos colectivos. STS de 27 de septiembre de 2007 (Rec. n.º 78/2006), que da validez a una regla incorporada en un acuerdo colectivo que contemplaba la entrega del censo provisional y definitivo no solo a los sindicatos presentes en el comité de empresa, sino también a los promotores y a los sindicatos presentes en la empresa. STS de 15 de diciembre de 2020 (Rec. n.º 98/2019) y STS de 25 de febrero de 2021 (Rec. n.º 99/2019) que dan validez a un acuerdo colectivo que permitía el voto por correo bastando con la comunicación directa a la mesa electoral, sin necesidad de que fuera el servicio público de correos el que comunicara dicha decisión como así dispone el artículo 10.2 RERT.

⁷ Artículo 68 del convenio colectivo estatal del sector de la banca (BOE de 30 de marzo de 2021); artículo 9 del convenio colectivo estatal de cajas de ahorro y entidades financieras (BOE de 12 de agosto de 2016).

⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", en AA.VV. *Seminario Internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 350 y ss.; GALLEGO MOLTALBÁN, J., "La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático", ob. cit. pág. 63 y ss.; SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 4.

proclamación de candidaturas, la propaganda electoral por las diferentes candidaturas, la resolución de las reclamaciones planteadas, etc.

Y se ha aceptado⁹ el que se pueda recurrir a tales medios en base a una interpretación sociológica y finalista de las normas conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, y siempre que se respeten los principios rectores del proceso y los derechos de los distintos sujetos que participan en él, es decir, siempre que se respeten las garantías del proceso electoral.

A tales efectos, son dos los instrumentos de comunicación digital que podrían ser utilizados en las distintas fases del proceso electoral: en primer lugar, el correo electrónico corporativo, como mecanismo de comunicación eficaz, rápido y seguro; y, en segundo lugar, el tablón virtual, como instrumento en el que los sindicatos e incluso la propia mesa electoral pueden efectuar las oportunas publicaciones¹⁰.

Aunque con ellos no se agotan todas las opciones de medios telemáticos utilizables, pudiendo incluirse también las aplicaciones que permitan videoconferencias para suplir así el carácter presencial exigible en las reuniones o asambleas, o los posibles medios alternativos que pueda facilitar la misma plataforma de voto electrónico con valor similar al tablón virtual y al correo electrónico¹¹.

La implantación de estos instrumentos de comunicación digital en las distintas fases del proceso electoral permitiría garantizar el derecho a la participación de aquellos trabajadores que no prestan servicios físicamente en el centro de trabajo. Así sucedió especialmente durante la pandemia derivada del COVID-19, ante las dificultades que comportaba llevar a cabo presencialmente la tramitación de las elecciones sindicales¹².

Y dicha implantación resultaría además coherente con el papel que se ha otorgado a la oficina pública a la hora de recibir los preavisos de convocatoria de elecciones, registrar actas electorales, o expedir certificados de representatividad, donde los medios telemáticos suelen estar plenamente extendidos.

Algunos pronunciamientos judiciales¹³ han refrendado el uso de instrumentos de comunicación digital en determinadas fases o actuaciones del proceso electoral. Así ha

⁹ LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", ob. cit. pág. 343; SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 31.

¹⁰ LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", ob. cit. pág. 350 y ss.

¹¹ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 46.

¹² MORARU, G.F., "Elecciones sindicales durante el tiempo de pandemia: a propósito del laudo arbitral dictado el 5 de octubre de 2020 en Vigo", ob. cit. pág. 206 y ss.

¹³ SJS n.º 2 de León de 22 de abril de 2021 (Sentencia n.º 181/2021): "No parece que la mesa tuviese una actitud precisamente imparcial cuando se negó a facilitar a un sindicato la lista de votantes, alegando simplemente que ya se había expuesto en el tablón, cuando el tablón no era

sucedido con las actuaciones de publicidad que ha de llevar a cabo la mesa electoral, validando el recurso al tablón virtual ubicado en la intranet empresarial y accesible por todos los sindicatos y trabajadores, en el que pueda publicarse el censo laboral siempre que se garantice que la información publicada en los tablonos pueda ser consultada por quienes tengan derecho a acceder a la misma.

Como hemos visto, el artículo 6.2 RERT, exige que la mesa electoral dé publicidad a determinados documentos, como es el censo laboral, o las listas de candidaturas, a través de “*tablonos de anuncios*”. Ciertamente, la norma está pensando en el tablón de soporte, físico situado en un lugar accesible del centro de trabajo. Pero en un proceso electoral telemático se impone sustituir el mencionado tablón de anuncios por un tablón virtual que la empresa debiera poner a disposición de la mesa electoral y hacer accesible a todos los electores y elegibles para garantizar el derecho de participación.

Hay que tener presente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, y entre ellos “*la implantación del tablón virtual*”, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia. Y también deberá asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras¹⁴.

Y aunque es cierto que esta norma se circunscribe al trabajo a distancia, debiera hacerse una interpretación extensiva en el marco del proceso electoral y permitir su aplicación a todas las empresas. En un proceso electoral telemático el tablón virtual, al igual que el correo electrónico, es indispensable, y no permitir que los sindicatos participantes puedan acceder al mismo para conocer el censo laboral podría suponer una vulneración del derecho de libertad sindical¹⁵.

Otros pronunciamientos judiciales¹⁶ han permitido la implantación de medios electrónicos para distribuir información electoral. Hay que tener en cuenta que, conforme

accesible”. Por ello la empresa estaba obligada a crear “un auténtico tablón virtual accesible a todos los sindicatos y a los trabajadores, y un sistema que permita hacer asambleas o reuniones telemáticas entre sindicatos y trabajadores sin interferencias ni controles de la empresa ni terceros”.

¹⁴ LANTARÓN BARQUÍN, D., “Aristas del procedimiento de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores”, ob. cit. pág. 9 y ss.

¹⁵ GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 82 y ss.

¹⁶ SJS n.º 22 de Barcelona de 26 de julio de 2022 (Sentencia n.º 278/2022). Véase el comentario efectuado por: GALLEGO MONTALBÁN, J., “El correo electrónico como herramienta necesaria para el procedimiento electoral, a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social 22 de Barcelona de 26 de julio de 2022”, *Butlletí d'Actualitat Jurídica i Sindical*, n.º 77, 2022, pág. 1 y ss.

a lo dispuesto en el artículo 8.4 RERT, los promotores de las elecciones, los presentadores de candidatos y los propios candidatos podrán efectuar *“la propaganda electoral que consideren oportuna siempre y cuando no se altere la prestación normal del trabajo”*.

Siendo ello así, puede darse el caso de que la remisión de esta información a los trabajadores solamente pueda efectuarse de manera telemática a través de los medios de que dispone la empresa para desarrollar su actividad productiva, como es el correo electrónico corporativo, especialmente cuando los trabajadores no desarrollen su prestación de servicios físicamente en el centro de trabajo¹⁷.

Estos pronunciamientos han permitido la difusión de la propaganda electoral a través del correo electrónico, sobre todo si es la única vía para hacer llegar la propaganda a los electores, y siempre que se respete la doctrina sentada por la STC n.º 281/2005, de 7 de noviembre, es decir, siempre que el correo electrónico ya estuviera implementado en la empresa, no perjudique el uso productivo por el que fue implantado, y no genere ningún coste adicional especialmente económico para el empresario.

Y todo ello sin olvidar que el artículo 19.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, también impone a la empresa el deber suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, y entre ellos el acceso a las comunicaciones *“y direcciones electrónicas de uso en la empresa”*.

2. El órgano encargado de decidir la implantación de medios telemáticos

Una cuestión a resolver es a quién corresponde decidir si el proceso electoral se efectuará de manera clásica o presencial, de manera telemática, o de manera mixta, y en este último supuesto en qué condiciones.

Para un sector de la doctrina científica¹⁸, la decisión sobre si el proceso electoral habrá de ser telemático, presencial o mixto, corresponde a los promotores de las elecciones sindicales ya que, como se desprende del artículo 67.1 ET, el inicio del proceso electoral se produce en el momento en que las partes legitimadas para promover las elecciones comunican su intención a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. En consecuencia, corresponde a los sujetos promotores de las elecciones, y concretamente a las organizaciones sindicales más representativas, a las organizaciones sindicales que cuenten con un mínimo del diez por

¹⁷ MORARU, G.F., “Elecciones sindicales durante el tiempo de pandemia: a propósito del laudo arbitral dictado el 5 de octubre de 2020 en Vigo”, ob. cit. pág. 207.

¹⁸ GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 76 y ss.

ciento de representantes en la empresa, o a los propios trabajadores del centro de trabajo, por acuerdo mayoritario, decidir si el proceso electoral será o no telemático.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina científica¹⁹, la decisión sobre si el proceso electoral será telemático o no, y más concretamente si se puede acudir a un sistema de votación electrónica, es una decisión que corresponde adoptar a la mesa electoral en el ejercicio de sus funciones y por mayoría de sus miembros.

Al ser una potestad soberana de la mesa electoral, ninguno de los sujetos involucrados en el proceso electoral (bien sean promotores, la empresa, o quienes presenten candidaturas) podrían forzar a ésta a implementar un proceso electoral telemático. Dichos sujetos tan solo podrían formular la solicitud de digitalización en base a los argumentos que crean oportunos con el fin de convencer a la mesa electoral, pero no tendrían ninguna potestad decisora.

Y en caso de que la mesa electoral rechazase esa opción, resultaría difícil imponer esta modalidad a través de laudo arbitral o decisión judicial dado que ello supondría admitir una injerencia en los medios y en el desarrollo de las elecciones que generaría más inseguridad que protección jurídica²⁰.

Lo cierto es que, a falta de regulación legal, resulta difícil determinar a quién corresponde decidir el modelo de elecciones sindicales a seguir. Pero de existir consenso entre todas las partes intervinientes (promotores, sindicatos no promotores, y la empresa) sería lógico y aconsejable que la mesa electoral ratificase dicho acuerdo.

3. La colaboración empresarial en la implantación de medios telemáticos

La actual normativa impone a la empresa ciertas obligaciones durante el proceso electoral como son la de trasladar la convocatoria de las elecciones a los trabajadores que han de conformar la mesa electoral (art. 74.1 ET), entregar el censo laboral a la mesa electoral (art. 74.2 ET) o facilitar los medios necesarios para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral (art. 75.1 ET) en lo que vendría a ser un deber de colaboración leal con el desarrollo de las elecciones sindicales²¹. Este deber

¹⁹ LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", ob. cit. pág. 353; VIVERO SERRANO, J.B., "El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa", ob. cit. pág. 4 y ss.; SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 36, con cita al laudo arbitral B 187/2015, dictado el 29 de abril, y al laudo arbitral LL 2/2017, de 28 de abril de 2017, que reconocen a la mesa electoral la potestad de decidir que la votación se efectúe telemáticamente.

²⁰ LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", ob. cit. pág. 353 y ss.

²¹ CABEZA PEREIRO, J., *Las elecciones sindicales*, ob. cit. pág. 14; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., PÉREZ BORREGO, G., *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, ob. cit.

impone a su vez la adopción de una conducta imparcial durante todo el proceso electoral, teniendo la empresa prohibida cualquier injerencia en el mismo con el fin de orientar el voto hacia ciertas candidaturas, o de manipular los resultados electorales.

A su vez, los artículos 73 y 74 ET, otorgan a la mesa electoral importantes funciones en la gestión y el control de legalidad del proceso electoral, y entre otras: publicar el censo laboral, fijar el número de representantes a escoger y la fecha para recibir candidaturas, proclamar las candidaturas que se presenten, señalar la fecha para la votación, presidir la votación, vigilar y garantizar el proceso electoral, realizar el escrutinio, resolver cualquier reclamación, o levantar acta de lo acontecido²². Y todas las funciones asignadas a la mesa electoral pueden realizarse de manera telemática²³ ya sea recibiendo documentos, como publicando las resoluciones oportunas²⁴. Incluso se ha apuntado²⁵ la conveniencia de dotar a la mesa electoral de una cuenta de correo electrónico al que las partes intervinientes pudieran remitir la información oportuna, lo que permitiría agilizar el proceso electoral y facilitar los derechos de participación.

El principal inconveniente que presenta la implantación de instrumentos de comunicación digital en las distintas fases del proceso electoral, es determinar si el empresario está obligado en tales casos a facilitar los medios precisos para el normal desarrollo del proceso.

Desde mi punto de vista, habría que diferenciar según si en la empresa ya existiesen medios tecnológicos plenamente implantados o no. En el primero de los supuestos sería perfectamente exigible al empresario que facilitase los instrumentos de comunicación digital ya disponibles siempre que con ello no se perturbase el normal funcionamiento de la actividad empresarial, no se perjudicase el uso empresarial de esos instrumentos de comunicación digital, ni supusiera la imposición de mayores cargas, gravámenes o incremento de costes. Por el contrario, en el segundo de los supuestos, si tales medios tecnológicos no existiesen, la negativa empresarial a implantarlos podría estar

pág. 163; MORARU, G.F., “Elecciones sindicales durante el tiempo de pandemia: a propósito del laudo arbitral dictado el 5 de octubre de 2020 en Vigo”, ob. cit. pág. 211.

²² LANTARÓN BARQUÍN, D., “Aristas del procedimiento de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, n.º 110, 2024, pág. 3 y ss.

²³ El artículo 5.13 RERT señala que el presidente de la mesa electoral podrá remitir a la oficina pública a través de fax “*u otro tipo de reproducción telemática*” el acta de escrutinio, sin perjuicio del envío del original del acta y los demás documentos a que se refiere el artículo 75.6 ET.

²⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, ob. cit. pág. 351 y ss.

²⁵ GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 78 y ss.

plenamente justificada al no venir impuesta normativamente, y solo cabría el recurso a la misma si el empresario, voluntariamente, decidiera crearlos²⁶.

Sería de aplicación analógica, por tanto, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 281/2005, de 7 de noviembre, relativa al uso sindical del correo electrónico, conforme a la cual, si bien no es obligatorio que las empresas deban dotarse de una infraestructura informática, en cambio, de existir ésta previamente, no se puede negar su puesta a disposición del sindicato, siempre y cuando se respeten los siguientes límites: a) la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, con la advertencia de que no cabe admitir ese efecto por el solo hecho de que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador tenga lugar en horario de trabajo; b) al ser un medio de comunicación electrónico que ha sido creado como herramienta de producción, no deberá perjudicarse el uso empresarial preordenado para el mismo ni puede pretenderse que prevalezca el uso sindical, por lo que deberá utilizarse de manera que permita armonizarlo con el objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo en caso de conflicto el interés de la empresa, que está facultada para predeterminar las condiciones de su utilización siempre que no las excluya en términos absolutos; y c) puesto que no cabe imponer a la empresa una carga que no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico, la utilización de este instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empresario, y significativamente la asunción de mayores costes²⁷.

Para el caso de que la empresa dispusiera de una infraestructura tecnológica, deberá facilitar a la mesa electoral el equipo informático necesario para desarrollar sus funciones y también deberá garantizar que la plantilla tenga acceso a los dispositivos oportunos a efectos de que pudiera revisar el censo laboral, consultar candidaturas, ejercer su derecho al voto, presentar reclamaciones, etc. En un proceso electoral digital, la

²⁶ GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 81 y ss.

²⁷ STS de 26 de noviembre de 2001 (Rec. n.º 1142/2001). Véase: SEMPERE NAVARRO, A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre”, *Aranzadi Social*, n.º 17, 2005, pág. 1 y ss.; VALDÉS DE LA VEGA, B., “La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. Comentario a la STC 281/2005”, *Revista de Derecho Social*, n.º 33, 2006, pág. 139 y ss.; GARCÍA NINET, I., “Sobre el uso del correo electrónico por los sindicatos utilizando los medios de la empresa, o las nuevas tecnologías al servicio de la libertad sindical. El caso COMFIA-CCOO contra BBVA-Argentaria: del “ius usus inoqui” de las nuevas tecnologías”, *Tribuna Social*, n.º 181, 2006, pág. 5 y ss.; TAPIA HERMIDA, A., “Uso del correo electrónico para transmitir información de naturaleza laboral y sindical a los trabajadores por las organizaciones sindicales en los centros de trabajo y durante la jornada laboral”, *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, n.º 276, 2006, pág. 141 y ss.; ROQUETA BUJ, R., “El uso sindical de los sistemas de comunicación electrónica de las empresas. A propósito de la STC de 7 de noviembre de 2005”, *Actualidad Laboral*, n.º 3, 2006, pág. 265 y ss.

obligación empresarial de colaboración no desaparece²⁸ sino que las distintas manifestaciones de esta obligación se ejercitan por vía telemática.

Recordemos que el acceso telemático de los trabajadores al proceso electoral requiere, o bien que exista una conexión informática facilitada por la empresa o bien que los candidatos dispongan de dichos medios a través de sus organizaciones sindicales. Y así, mientras que la publicidad o propaganda puede realizarse a través del correo electrónico corporativo, en ocasiones la exposición del programa electoral requerirá de una mínima disponibilidad técnica en abierto para que se puedan conectar los interesados. En este punto el apoyo de la infraestructura sindical no es irrelevante, especialmente en las candidaturas que se presentan de manera independiente, por la situación de inferioridad con que pueden encontrarse.

Siendo ello así, el empresario también debería facilitar a los sindicatos el acceso a las direcciones de correo electrónico de la plantilla en el marco del proceso electoral a efectos de poder efectuar la oportuna propaganda electoral²⁹, o, en cualquier caso, el acceso a listas de distribución con idénticos fines. La posibilidad de poner a disposición de las organizaciones sindicales los contactos electrónicos debe enmarcarse en el campo aplicativo del artículo 75.1 ET, el cual encierra a su vez un mandato legal para que el empresario facilite los medios precisos para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral.

4. La intervención telemática de la oficina pública en las distintas fases del proceso electoral

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han incidido de manera decisiva en todas aquellas fases del proceso electoral en las que interviene la oficina pública dependiente de la autoridad laboral, y relativas a la recepción de los preavisos de elecciones sindicales, al registro, depósito y publicidad de las actas electorales, y a la certificación acreditativa de la representatividad sindical. Se trata éste de un ámbito en que la Administración electrónica se ha desplegado plenamente.

Según el artículo 67.1 ET, los promotores de las elecciones sindicales comunicarán a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral su propósito de celebrar elecciones, y esta oficina pública *“expondrá en el tablón de anuncios los preavisos presentados, facilitando copia de los mismos a los sindicatos que así lo*

²⁸ GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 73 y ss.

²⁹ GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 81 y ss.; MORARU, G.F., “Elecciones sindicales durante el tiempo de pandemia: a propósito del laudo arbitral dictado el 5 de octubre de 2020 en Vigo”, ob. cit. pág. 207.

soliciten". Tras las elecciones, el artículo 75.6 ET señala que la oficina pública dependiente de la autoridad laboral procederá a la publicación en "los tablones de anuncios" de una copia del acta con los resultados. Y el artículo 75.7 ET establece que corresponde a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral "el registro de las actas, así como la expedición de copias auténticas de las mismas y, a requerimiento del sindicato interesado, de las certificaciones acreditativas de su capacidad representativa a los efectos de los artículos 6 y 7 de la LOLS". Asimismo, y a los efectos que procedan, la oficina pública dependiente de la autoridad laboral podrá extender certificaciones de los resultados electorales a las organizaciones sindicales que las soliciten.

De igual modo, los artículos 21 a 27 RERT regulan la intervención de la oficina pública dependiente de la autoridad laboral en las elecciones sindicales, y enumeran las funciones de dicha oficina en materia de preavisos, registro, depósito y publicidad de los resultados electorales, e impugnaciones arbitrales (art. 25). Por otra parte, el artículo 21.2 RERT recuerda que será competente la oficina pública cuyo ámbito territorial coincida con el del proceso electoral, y el artículo 24 RERT señala expresamente que corresponderá a las Comunidades Autónomas que hayan recibido los correspondientes trasposos de servicios, la organización en su respectivo ámbito territorial de las oficinas públicas u órganos correspondientes que asuman sus funciones³⁰.

Siendo ello así, diversas Comunidades Autónomas³¹ han dictado normas que tienen por objeto la puesta en práctica de aplicaciones informáticas para la tramitación telemática de todas aquellas funciones atribuidas a la oficina pública laboral en materia de elecciones sindicales, incluyendo los formularios de preavisos, registro electrónico de resultados electorales y expedición de certificados de representatividad sindical.

Estas normas prevén la tramitación telemática de ciertas fases del proceso electoral en que interviene la oficina pública, así como la activación de un registro electrónico para la recepción de documentación electoral, y para cuyo acceso se necesita una autenticación previa a partir de un certificado digital.

³⁰ En Cataluña, el Decreto 93/1995, de 7 de marzo, creó la oficina pública de elecciones a los órganos de representación de los trabajadores (DOGC n.º 2032, de 31 de marzo de 1995).

³¹ Así sucede en Cataluña, con la ORDEN EMO/378/2011, de 31 de octubre, por la que se aprueba la aplicación informática del Registro de elecciones sindicales Electi@ para la tramitación electrónica del procedimiento de comunicación de preavisos, registro de actas, altas y bajas de representantes, así como las certificaciones de representatividad (DOGC n.º 6036, de 2 de enero de 2012); o la ORDEN n.º 6678, de 20 de noviembre de 2003, de la Consejería de Empleo del País Vasco, por la que se establecen los criterios generales del procedimiento de presentación y tramitación telemática de diversa documentación relativa a las elecciones a órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones Públicas (BOPV n.º 241 de 10 de diciembre de 2003), creando la aplicación informática denominada: Sistema Telemático de Elecciones Sindicales (STES).

Concretamente, los formularios de solicitud para iniciar el proceso electoral son accesibles desde la aplicación informática, y en la presentación telemática de solicitudes o certificaciones, la identificación de los interesados o de las personas jurídicas se efectúa mediante un certificado de firma electrónica de persona física o jurídica emitido por una entidad certificadora reconocida, siendo imprescindible que las centrales sindicales interesadas en realizar la tramitación telemática dispongan de un certificado digital.

Dichos portales, a los que se accede desde el sitio web del departamento autonómico correspondiente, disponen de registros electrónicos en los que queda constancia de la fecha y hora de presentación del escrito, con asignación de un número de entrada, y expidiéndose el oportuno recibo o justificante. Por otra parte, la persona que ha presentado documentación en dichos registros electrónicos puede acceder al portal de elecciones sindicales mediante el certificado digital correspondiente para consultar información sobre el estado en que se encuentra el trámite, y las comunicaciones que se han realizado.

De hecho, algunas aplicaciones informáticas disponen de un tablón de anuncios digital desde el que se puede consultar la información relacionada con los procesos electorales en una determinada Comunidad Autónoma, distinguiéndose a su vez entre un tablón de anuncios básico sin restricción de acceso donde se pueden consultar datos de resultados electorales, y otro avanzado, que requiere de certificado digital y al que sólo podrán acceder los sindicatos acreditados. E incluso algunas aplicaciones prevén la posibilidad de que un trabajador individualmente pueda consultar si tiene la condición de representante activo o no, y se puedan tramitar las oportunas altas y bajas de la condición representativa.

En cualquier caso, la información que ha sido objeto de registro se archiva en un soporte electrónico que garantiza la integridad, la autenticidad, la confidencialidad, la calidad, la protección y la conservación de la misma.

Y en caso de incidencias en el funcionamiento del portal informático se prevén protocolos internos de actuación que están a disposición de los interesados en el sitio web del Departamento autonómico correspondiente y todo ello con el fin de evitar alteraciones y pérdidas de datos, interceptación de comunicaciones, o manipulaciones no autorizadas.

III. EL SISTEMA DE VOTACIÓN ELECTRÓNICA

1. Argumentos jurídicos en contra de su implantación

El vigente marco normativo no contempla de forma expresa la utilización de sistemas de votación electrónica en las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa. Los artículos 69.1 y 75.2 ET y el artículo 10 RERT, solo aluden al voto presencial y al voto por correo, en unos términos que ponen de manifiesto que ambas variantes se harán efectivas mediante elementos o soportes físicos (papeletas, urnas, sobres, correo certificado, etc.) y donde la votación es siempre presencial³².

Este silencio normativo contrasta con la regulación prevista para las elecciones a órganos de representación unitaria en el ámbito de la función pública, donde sí existe una previsión que da entrada al voto electrónico. Y así, el artículo 44.a) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece precisamente que la elección de las Juntas de Personal y los Delegados de Personal se llevará a cabo mediante sufragio personal, directo, libre y secreto que se podrá emitir por correo “o por otros medios telemáticos”.

Ante este panorama la cuestión a resolver es si cabe o no el voto electrónico en las elecciones sindicales en la empresa, y al respecto pueden defenderse dos tesis: aquella que entiende que no es posible el voto electrónico, y aquella que entiende lo contrario y por tanto que sí sería admisible.

Según la primera de estas tesis, con la vigente regulación el voto electrónico no sería posible a la hora de elegir órganos de representación de los trabajadores en las empresas. Así lo ha defendido de manera contundente algún pronunciamiento jurisprudencial³³.

Según esta tesis, hay que partir de la premisa de que el ET tan sólo admite el voto en papel, y la interpretación gramatical (“ex” artículo 3.1 del Código Civil) del artículo 75.2 del ET no permite otro tipo de voto que el emitido en papel impreso, ya que el precepto señala que el voto será libre, secreto, personal y directo, “*depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas*”.

Y siendo ello así, no es posible considerar una interpretación del precepto adecuada a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada esta norma y que admita el voto electrónico por los tres siguientes motivos:

³² SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 16.

³³ SAN de 12 de diciembre de 2022 (Sentencia n.º 165/2022).

En primer lugar, porque el actual ET data de 2015, momento en el que las comunicaciones telemáticas estaban suficientemente implantadas en la sociedad, por lo que si el legislador hubiera querido admitir el voto electrónico lo habría hecho así.

En segundo lugar, porque, cuando el legislador ha querido que se admita el voto electrónico en procesos electorales, así lo ha previsto expresamente, como ha sucedido con las normas anteriores y coetáneas al actual ET, siendo el caso más emblemático el del artículo 44.a) del EBEP.

Y, en tercer lugar, porque la más reciente legislación en materia de representación de trabajadores por cuenta ajena como es la contenida en la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, manifiesta una clara voluntad del legislador de excluir el voto electrónico en las elecciones a representantes unitarios, pues de la lectura del artículo 19.3 de dicha norma se desprende una clara opción por el voto “*presencial*” de las personas que trabajan a distancia³⁴.

Además, las normas que regulan el proceso electoral serían normas de derecho necesario, no pudiendo ser obviadas por acuerdo de las partes afectadas a través de la negociación colectiva que, por esta vía, tendría impedida la posibilidad de incorporar el voto electrónico en las elecciones sindicales.

2. Argumentos jurídicos a favor de su implantación

Frente a los anteriores razonamientos hay que tener en cuenta que el vigente tenor del artículo 75.2 ET no deriva de la redacción de 2015, sino de la originaria de 1980 (posteriormente reformada en 1994), y en este punto no ha sido alterada, haciendo referencia exclusiva a un voto físico o presencial³⁵.

Por otro lado, la referencia a que la Ley de trabajo a distancia exige el voto “*presencial*” no debe ser interpretada en clave de obligatoriedad (que la votación del trabajador a distancia haya de ser necesariamente presencial), sino más bien en clave garantista, esto es, que al trabajador a distancia se le ha de garantizar que también pueda votar presencialmente al igual que el resto de trabajadores de la empresa, lo que no excluiría ni la votación por correo, ni el voto electrónico³⁶.

³⁴ Según este precepto: “*Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales*”.

³⁵ GOERLICH PESET, J.M., “La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria (sentencia 165/2022 de 22 de diciembre)”, *El foro de Labos*, 9 de febrero de 2023, pág. 4.

³⁶ RON LATAS, P., “Los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º. 15, 2021, pág. 11; PASTOR MARTÍNEZ, A., “Trabajo a distancia y

Por ello considero más adecuada la segunda tesis según la cual el voto electrónico sería perfectamente válido en el actual sistema electoral. Se trata de una tesis que ha sido refrendada por la mayoría de la doctrina científica³⁷, por pronunciamientos judiciales³⁸ y por algunos laudos arbitrales, y se ampara en los siguientes argumentos:

En primer lugar, no existe ninguna previsión normativa que expresa o tácitamente prohíba el uso del voto electrónico en las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores³⁹, por lo que, siempre que el voto electrónico esté dotado de mecanismos de seguridad que respeten los principios del sufragio personal, directo, libre y secreto contenidos en el artículo 69.1 del ET, sería perfectamente válido⁴⁰.

Atendiendo a esta circunstancia, la invariabilidad de los artículos 69 a 76 ET desde hace décadas y la fecha de elaboración del Reglamento de desarrollo de esos preceptos, hace lógico pensar que el silencio normativo deriva más de una falta de actualización normativa, que no de una voluntad de excluir el voto electrónico. Además, las elecciones sindicales encajan más en el ámbito del Derecho Privado que en el del Derecho Público (que exige el necesario respeto al principio de legalidad como principio

derechos colectivos en el Real Decreto-Ley 28/2020 de trabajo a distancia”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 7, 2021, pág. 119; DOMÍNGUEZ MORALES, A., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto Ley 28/2020 de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, n.º 3, 2021, pág. 150; GOERLICH PESET, J.M., “La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria (sentencia 165/2022 de 22 de diciembre)”, ob. cit. pág. 4; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Los derechos colectivos en el trabajo a distancia: los derechos de información, centro de trabajo, voto electrónico, negociación colectiva y huelga”, en AA.VV. *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 327; CORDERO GORDILLO, V., “Trabajo a distancia y derechos de representación colectiva”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 157, 2021, pág. 135; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 114.

³⁷ VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, ob. cit. pág. 1 y ss.; LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, ob. cit. pág. 355; SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 16; GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 83 y ss.; GOERLICH PESET, J.M., “La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria (sentencia 165/2022 de 22 de diciembre)”, ob. cit. pág. 4.

³⁸ SJS n.º 25 de Madrid de 21 de septiembre de 2015 (Sentencia n.º 321/2015), SJS n.º 5 de Granada de 7 de julio de 2021 (Sentencia n.º 312/2021).

³⁹ SJS n.º 25 de Madrid de 21 de septiembre de 2015 (Sentencia n.º 321/2015), que señala: “No puede valorar este Juzgador si las razones para acudir a este sistema son mejores que las de utilizar una mesa itinerante, o fomentar el voto por correo. Tan solo si la decisión de la mesa electoral a la hora de admitir el voto telemático se ajusta a la normativa reguladora del procedimiento electoral o no. Y de las disposiciones citadas no se desprende la existencia de prohibición alguna. Es cierto que no están previstas, y menos aún desarrolladas, las condiciones en que se puede realizar este tipo de votación. Pero ello no puede ser un impedimento para su validez, siempre y cuando se respeten los principios que establece la ley”.

⁴⁰ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 16.

infranqueable), y no estando ante este último, pudiera entenderse que todo aquello que no está prohibido expresa o tácitamente, debe entenderse admitido⁴¹.

En segundo lugar, es necesario interpretar las normas conforme a los parámetros fijados por el artículo 3.1 del Código Civil, según el cual las normas se interpretarán atendiendo a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”⁴². Siendo ello así, la realidad social de nuestros días es muy distinta de la que existía en 1980 cuando se aprobó la versión original del ET, e incluso en 1994 cuando se reformaron varios de los artículos sobre el proceso electoral y se elaboró el RERT. Las comunicaciones electrónicas están hoy al orden del día, por lo que si se volviesen a reformar los artículos en cuestión sería muy probable que junto al voto por correo se mencionara también el voto electrónico⁴³.

Es decir, en un contexto de amplia implantación de las tecnologías de la información y de la comunicación, procede realizar una interpretación extensiva del actual marco normativo que permita incluir el voto electrónico. Y en el caso de las empresas con mayor implementación tecnológica, resultaría hasta cierto punto coherente y lógico e incluso respetuoso con los criterios hermenéuticos previstos en el artículo 3.1 del Código Civil⁴⁴.

En tercer lugar, teniendo en cuenta la interpretación finalista de las normas prevista también en el artículo 3.1 del Código Civil, éstas serán interpretadas “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”, sucediendo que el voto electrónico es mucho más ágil y rápido que el voto por correo, evitando muchas de sus disfuncionalidades⁴⁵.

Pensemos que el voto por correo está pensado para aquellas situaciones en las que el elector no se encuentra en la fecha de la votación en el lugar en el que le corresponde ejercer el derecho de sufragio. Y la práctica ha demostrado que son muchas las vicisitudes detectadas en su ejercicio, hasta el punto de que, lejos de facilitar la

⁴¹ VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, ob. cit. pág. 3 y ss.

⁴² BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Los derechos colectivos en el trabajo a distancia: los derechos de información, centro de trabajo, voto electrónico, negociación colectiva y huelga”, ob. cit. pág. 329; SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 17.

⁴³ VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, ob. cit. pág. 3 y ss.

⁴⁴ SJS n.º 5 de Granada de 7 de julio de 2021 (Sentencia n.º 312/2021).

⁴⁵ GOERLICH PESET, J.M., “La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria (sentencia 165/2022 de 22 de diciembre)”, ob. cit. pág. 4.

participación de los trabajadores, en ocasiones la entorpece por la propia dinámica de su tramitación, provocando o bien la nulidad del voto o bien su no emisión⁴⁶.

Además, el empleo del voto electrónico evita trámites complejos presentes en el voto por correo como son la petición del mismo a la mesa electoral, la remisión de la candidatura, la certificación del voto por correo y la validación posterior de éste por parte de la mesa electoral. El ahorro de costes y de tiempo suponen un aliciente, incluso para aquellas empresas que tengan a todo su personal prestando servicios de forma presencial, y es además, un mecanismo más ágil para adecuar el número de representantes a los incrementos o disminuciones de la plantilla⁴⁷.

En cuarto lugar, el artículo 7 del RERT, recuerda que en aquellos centros de trabajo en que los trabajadores no presten su actividad en el mismo lugar con carácter habitual, el acto de votación podrá efectuarse a través de una mesa electoral itinerante que se desplazará a todos los lugares de trabajo de dicho centro el tiempo que sea necesario, *“a cuyo efecto la empresa facilitará los medios de transporte adecuados para los componentes de la mesa electoral y los interventores y se hará cargo de todos los gastos que implique el proceso electoral”*. Y siendo ello así, la implantación del voto electrónico puede resultar menos costosa que la constitución de una mesa electoral itinerante⁴⁸.

En quinto lugar, no cabe duda de que uno de los objetivos de la normativa electoral sindical es conseguir la máxima participación de los electores, y la admisión del voto electrónico facilita de forma significativa la participación de los trabajadores en las elecciones a órganos de representación unitaria, especialmente en el trabajo a distancia, donde la dispersión de los puestos de trabajo puede dificultar el voto presencial⁴⁹.

En sexto lugar, en la hipótesis de elecciones a representantes unitarios del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, se podría utilizar un argumento adicional para defender el uso del voto electrónico, que es la distorsión que originaría negar el uso al personal laboral, y en cambio permitirlo al personal funcionario “ex”

⁴⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, ob. cit. pág. 355 y ss.

⁴⁷ LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, ob. cit. pág. 355 y ss.

⁴⁸ CORDERO GORDILLO, V., “Trabajo a distancia y derechos de representación colectiva”, ob. cit. pág. 135; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Los derechos colectivos en el trabajo a distancia: los derechos de información, centro de trabajo, voto electrónico, negociación colectiva y huelga”, ob. cit. pág. 328; RON LATAS, P., “Los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, ob. cit. pág. 11; DOMÍNGUEZ MORALES, A., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto Ley 28/2020 de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, ob. cit. pág. 150; LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, ob. cit. pág. 355 y ss.; PASTOR MARTÍNEZ, A., “Trabajo a distancia y derechos colectivos en el Real Decreto-Ley 28/2020 de trabajo a distancia”, ob. cit. pág. 119; NIETO ROJAS, P., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia: ¿pueden enviarme información sindical? ¿puedo negarme? ¿cómo y dónde voto?”, *El foro de Labos*, 8 de octubre de 2020, pág. 2.

⁴⁹ VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, ob. cit. pág. 3 y ss.

artículo 44.a) EBEP⁵⁰. De hecho, la práctica ha evidenciado que el voto electrónico se ha utilizado también por el personal laboral a la hora de elegir a sus órganos de representación unitaria, muy especialmente en las Universidades Públicas.

En séptimo lugar, también se ha afirmado⁵¹ que, por aplicación de lo dispuesto en determinados preceptos (arts. 13 y 14.1) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (y que son de aplicación supletoria al orden social por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de dicha Ley), los ciudadanos, entre ellos los trabajadores, tendrían derecho a comunicarse con las Administraciones Públicas “a través de medios electrónicos”. Y partiendo de la base de que la mesa electoral tiene atribuidas facultades públicas en relación con las elecciones sindicales (al tener que depositar y registrar los resultados en una oficina pública), sería perfectamente lógico que cualquier trabajador pudiera exigir el voto electrónico o telemático.

Y en octavo y último lugar, el voto electrónico puede facilitar y ofrecer una mayor agilidad en el escrutinio y en la atribución de los resultados al presentar importantes garantías de seguridad y fiabilidad⁵² y desde esta perspectiva, podría restringir las causas potenciales de impugnaciones arbitrales en materia electoral, al limitar los “vicios graves que puedan afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren sus resultados” que contempla el artículo 76.2 ET.

Por todo lo hasta aquí expuesto, sería muy conveniente una reforma del ET para añadir en los artículos 69.1 y 75.2 ET una mínima alusión al voto electrónico junto al clásico voto por correo, en la línea de lo que desde hace años dispone el artículo 44.a) EBEP. El reconocimiento legal y reglamentario del voto telemático sería especialmente necesario para evitar las situaciones de conflicto que podrían darse en ausencia de pacto expreso entre el empresario y el resto de sujetos intervinientes en el proceso electoral⁵³.

⁵⁰ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 18.

⁵¹ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 18, con cita al laudo LL 2/2017, dictado el 28 de abril de 2017.

⁵² SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 18.

⁵³ VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, ob. cit. pág. 4 y ss.

3. El carácter exclusivo o complementario del sistema de votación electrónica

Una de las principales cuestiones que plantea el uso del voto electrónico en las elecciones a órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa, es si puede sustituir al voto presencial físico o por correo, o si, por el contrario, ha de entenderse como una vía complementaria a éste.

Una primera interpretación sería la de entender que el sistema de votación electrónica es alternativo, y en consecuencia excluyente respecto del sistema de votación presencial y al voto por correo, de modo que la mesa electoral habría de elegir uno u otro. Y una segunda interpretación sería la opuesta, esto es, entender que el sistema de votación electrónico complementaría al presencial y al voto por correo, coexistiendo ambos paralelamente.

La mayoría de pronunciamientos judiciales y arbitrales que han validado el uso del voto electrónico responden a supuestos en que el mismo se ha incorporado de manera complementaria al voto presencial y al voto por correo, y, de hecho, su carácter complementario es el que ha fundamentado su propia admisión.

Así lo ha entendido también la mayoría de la doctrina científica⁵⁴ a la hora de abordar este tema, habiéndose llegado a defender⁵⁵ que el voto electrónico solo se puede configurar, en el actual marco normativo, como un complemento al voto presencial físico y por correo.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el recurso a sistemas de votación electrónica con carácter exclusivo dependerá en última instancia del grado de desarrollo tecnológico de la propia empresa.

Ello significa que sería perfectamente defendible el sistema de votación electrónica con carácter exclusivo en determinados supuestos, como son aquellos en que, por las características de las empresas y por el nivel de implementación de las nuevas tecnologías en ellas, fuera posible que todos los electores ejercitasen su derecho de voto de manera telemática con todas las garantías. En este punto, se ha aceptado como lógico que ciertas empresas, como son las plataformas digitales, no debieran de tener especial problemas en implementar el voto electrónico⁵⁶.

⁵⁴ VIVERO SERRANO, J.B., "El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa", ob. cit. pág. 1 y ss.; LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", ob. cit. pág. 355 y ss.; SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 20.

⁵⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", ob. cit. pág. 355 y ss.

⁵⁶ GARRIDO PÉREZ, E., "La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas", *Revista de Derecho Social*, n.º 80, 2017, pág. 221 y ss.; GIL OTERO, L., "Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral", en AA.VV. *El futuro*

Y otro supuesto admisible sería aquél en que, aun tratándose de empresas que recurren al voto presencial físico y por correo, éstas no tuvieran inconveniente en cambiar dicho sistema por otro electrónico facilitando los dispositivos tecnológicos y el soporte necesario a sus empleados⁵⁷.

Más allá de estos supuestos, la empresa no estaría obligada a poner a disposición de las partes en el proceso electoral, un sistema de votación electrónica con carácter exclusivo, si no dispusiera de los medios suficientes y propios. Esta situación puede suceder en empresas con una estructura clásica en que toda la plantilla presta servicios físicamente en un mismo centro de trabajo y donde el uso de la tecnología no es una condición necesaria para la prestación de servicios⁵⁸.

Y todo ello, claro está, sin perjuicio de que, en el ámbito de la Administración Pública, podrá recurrirse de manera exclusiva al uso del voto electrónico para elegir órganos de representación de los empleados públicos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.a) del EBEP.

4. La colaboración empresarial en la implantación del sistema de votación electrónica

Los sistemas de votación electrónica también han generado ciertas reticencias por el riesgo que comportan, especialmente por considerar que la empresa puede dilatar su implantación por el coste económico que implica el despliegue informático oportuno. Al igual que sucedía con la utilización de medios telemáticos durante el proceso electoral, el recurso a sistemas de votación electrónica dependerá del grado de desarrollo tecnológico de la propia empresa, y de si su implementación puede perturbar el normal desarrollo de la actividad productiva, o generar gravámenes, especialmente económicos, para el empresario.

Un sector de la doctrina científica⁵⁹ ha entendido que, si el empresario no desea implantar él mismo la plataforma de voto electrónico, puede contratar a una empresa especializada con experiencia en el tratamiento informático de datos sensibles y que

del trabajo: 100 años de la OIT, ed. MTMSS, Madrid, 2019, pág. 1389; GOERLICH PESET, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, n.º 92, 2019, pág. 13 y ss.

⁵⁷ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 21.

⁵⁸ GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 86 y ss.

⁵⁹ VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, ob. cit. pág. 2 y ss.; LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, ob. cit. pág. 353 y ss.

garantice a su vez los principios de confidencialidad y de seguridad en la votación electrónica.

Y otro sector de la doctrina científica⁶⁰, ha ido más allá, defendido que debiera de ser la propia Administración Pública la que pusiera a disposición de las empresas la plataforma de voto electrónico, es decir, el “software” que permitiera esta modalidad de sufragio.

Según estos autores, las oficinas públicas electorales dependientes de la autoridad laboral, ya tienen asignadas funciones encaminadas a asegurar el correcto funcionamiento de las elecciones sindicales a través del registro, publicidad y acreditación de los resultados. Y este papel de garante y fedatario de la Administración laboral durante las elecciones sindicales, la convertiría en un sujeto idóneo para facilitar la plataforma con la que desarrollar el voto electrónico en las empresas.

De hecho, se ha venido a afirmar⁶¹ que la Autoridad laboral, no solamente debiera de facilitar el “software” sino también ofrecer a las personas que integran la mesa electoral, la información, formación y soporte técnico necesario para poderlo gestionar adecuadamente, ya sea con personal propio o con personal de la empresa proveedora del servicio.

En cualquier caso, si la empresa decide finalmente implantar un sistema de votación electrónica, será necesaria una implicación plena. Teniendo en cuenta la composición de la mesa electoral (por el trabajador de mayor antigüedad que actuará como presidente y por los trabajadores de mayor y menor edad, que actuarán como vocales y secretario respectivamente), será más que probable que puedan tener dificultades para gestionar un sistema de votación electrónica, por lo que sería idónea la dispensación de una formación precisa previa o de un soporte técnico constante para realizar este tipo de elecciones⁶².

Desde esta perspectiva, la empresa también debiera de facilitar la información necesaria a todos aquellos otros sujetos que intervienen activamente en el proceso electoral, como son los trabajadores que presentan sus candidaturas, los interventores, quienes representan a la empresa, e incluso los propios electores.

⁶⁰ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 32; GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 70 y ss.

⁶¹ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 24.

⁶² LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, ob. cit. pág. 350 y ss.; SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 24.

Se trataría de poner a disposición de las partes intervinientes la información tecnológica para que éstas puedan realizar las comprobaciones necesarias que garanticen el correcto funcionamiento del proceso electoral⁶³. Incluso sería oportuno articular algún sistema que reconociera como tiempo de trabajo efectivo, el dedicado por estos trabajadores al desarrollo de estas tareas, y donde la negociación colectiva jugará un papel decisivo.

La empresa tampoco quedaría eximida de sus obligaciones legales de facilitar a los trabajadores los dispositivos electrónicos necesarios para poder ejercer su derecho de voto (o los puntos comunes de acceso), y de facilitar a la mesa electoral los equipos necesarios para desarrollar sus funciones “ex” artículo 75.1 ET⁶⁴.

5. El carácter personal, directo, libre y secreto del voto electrónico

A la hora de abordar las características que exige el voto electrónico en las elecciones sindicales habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 69.1 ET para el voto presencial, según el cual, el sufragio ha de ser: *“personal, directo, libre y secreto”*.

El carácter personal del voto presencial significa que el mismo se tiene que ejercer directamente, y no a través de representante. En los supuestos de votación presencial, esta exigencia se manifiesta acreditando el elector su identidad ante la mesa electoral, tal y como se desprende del artículo 5.6 RERT. Y aunque la norma no prevé cómo llevar a cabo esta acreditación, lo más habitual será la presentación del DNI u otro documento similar, pudiendo prescindirse del mismo en unidades electorales de pequeña dimensión en que la mesa electoral conoce las identidades de los electores⁶⁵.

Ello no quita que este requisito presente ciertos matices en el voto por correo, desde el mismo momento en que el artículo 10.1 RERT prevé la obligación de realizar una solicitud previa a la mesa electoral a través de la oficina pública de correos, solicitud que podrá realizarse personalmente o *“en nombre del elector por persona debidamente autorizada, acreditando ésta su identidad y representación bastante”* (art. 10.2 RERT). Y una vez obtenidas las papeletas electorales, el voto debe enviarse a través del servicio

⁶³ GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 86 y ss.

⁶⁴ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 24.

⁶⁵ GARRIDO PÉREZ, E., “Cuestiones conflictivas en materia de votación, escrutinio y asignación de resultados”, en AA.VV. *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, ed. Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 177.

de correos, sin que en tales casos la norma prevea la actuación a través de representante (art. 10.4 RERT)⁶⁶.

Pues bien, tratándose del voto electrónico, el cumplimiento de este requisito exige realizar por parte del elector un trámite previo de autenticación o verificación de su identidad, cuya superación permitirá ejercer el derecho de voto. Se trata éste de un trámite que puede efectuarse de diversas formas, siendo las más habituales aquellas que consisten en usar los sistemas de identificación telemática implantados en la empresa. La finalidad última será la de evitar la usurpación de la identidad y ofrecer garantías para que cada elector pueda ejercer su derecho al voto⁶⁷. La identificación electrónica se halla garantizada además por el Reglamento (UE) n.º 910/ 2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y por el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1502/2015 sobre fijación de especificaciones y procedimientos técnicos mínimos⁶⁸.

El carácter directo del voto presencial carece de un significado unívoco. Podría aludir al hecho de que los representantes unitarios son elegidos directamente por los trabajadores, a diferencia de aquellos representantes elegidos por otros representantes y por ello indirectamente por los trabajadores como sucede con el comité intercentros (art. 63.3 ET) y con los delegados de prevención (art. 35.2 LPRL)⁶⁹.

Aunque también puede significar que el trabajador entrega el voto directamente en la mesa electoral, como habitualmente sucede en las votaciones presenciales. Desde esta perspectiva, el artículo 5.6 RERT haría referencia al voto directo cuando señala que el trabajador introducirá su papeleta en un sobre entregándosela a la persona que preside la mesa electoral, que la depositará en una urna. Ciertamente, el carácter directo del voto electoral tiene sus particularidades en el caso del voto por correo, ya que el servicio público de correos actúa como intermediario a la hora de hacer llegar la papeleta a la mesa electoral, garantizando, eso sí, que no se alterará su sentido.

Tratándose del voto electrónico, será la plataforma técnica la que actúe de intermediaria entre el elector y la mesa electoral, asegurándose la ausencia de manipulación y de que el voto se computa efectivamente. De esta manera, aunque el voto electrónico se considerase un voto indirecto, llegando a la mesa electoral no de la mano física del elector sino de una mano tecnológica y digital sustitutiva de la mano

⁶⁶ VIVERO SERRANO, J.B., "El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa", ob. cit. pág. 2 y ss.

⁶⁷ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 30.

⁶⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", ob. cit. pág. 357 y ss.

⁶⁹ VIVERO SERRANO, J.B., "El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa", ob. cit. pág. 2 y ss.

física del cartero, no habría ningún problema a la hora de admitirlo por analogía con el voto por correo⁷⁰. Y de manera similar al voto por correo, en que el elector dispondrá de un resguardo que acredite su envío a través de correo certificado, la plataforma técnica también debe facilitar un comprobante o justificante de emisión, a efectos de que pueda computarse el mismo durante el escrutinio⁷¹.

El carácter libre del voto presencial significa que el mismo se puede ejercer por el elector sin ningún tipo de coacción o de presión que pueda determinar su orientación. Tan solo existe un aspecto que merece especial atención, que es la posibilidad de votar varias veces en un mismo proceso electoral. Ciertamente, la vigente normativa no contempla esta opción, salvo el supuesto previsto en el artículo 10.6 RERT, según el cual, si un trabajador vota por correo y posteriormente acude a la empresa a votar presencialmente, quedaría invalidado el voto anterior.

Tratándose del voto electrónico, el carácter libre del mismo no presenta ninguna peculiaridad respecto de la votación presencial, sin que pueda hacerse extensible la previsión antes comentada del voto por correo, por lo que una vez emitido el voto electrónico, sería aconsejable no permitir el derecho a reiterar el voto inicial rectificando su sentido⁷². Ahora bien, para el caso de que el sistema técnico permitiera votar varias veces, se debería informar al elector sobre el número máximo de intentos, así como sobre el criterio para determinar el voto válido, con el fin de evitar confusiones que pudieran desvirtuar el resultado electoral⁷³.

Por último, el carácter secreto del voto significa que debe protegerse la confidencialidad del mismo, de manera que no pueda vincularse el sentido del voto con su emisor. En el voto presencial, el carácter secreto se garantiza introduciendo las papeletas electorales, que han de ser de características iguales de medida, color, impresión y calidad, en una urna cerrada (art. 75.2 ET). Y en el voto por correo, mediante la entrega de la papeleta en un sobre cerrado (art. 10.4 RERT).

Tratándose del voto electrónico, el cumplimiento de esta garantía dependerá estrictamente del sistema tecnológico utilizado, siendo habitual que se pueda llevar a cabo sin mayores problemas. En cualquier caso, el procedimiento de voto electrónico

⁷⁰ VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, ob. cit. pág. 2 y ss.

⁷¹ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 29.

⁷² VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, ob. cit. pág. 3 y ss.

⁷³ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 28, aludiendo a algunos laudos arbitrales que ponían de manifiesto la falta de garantías de un sistema que permitía el voto múltiple.

debe impedir que se establezca un vínculo entre el sentido del voto y la persona que lo ha emitido, y garantizar la destrucción de la información personal del elector una vez finalizado el procedimiento electoral.

6. La integridad, seguridad y fiabilidad del sistema de votación electrónica

Una condición esencial para la admisión del voto electrónico en las elecciones sindicales, es que la plataforma técnica utilizada ofrezca garantías de integridad, seguridad y fiabilidad⁷⁴. El cumplimiento de estas condiciones se tendría que verificar atendiendo al RD 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, previsto en el artículo 156.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. Se trata en definitiva de alcanzar una protección adecuada de la información tratada y de los servicios prestados, asegurando el acceso, la confidencialidad, la integridad, la trazabilidad, la autenticidad, la disponibilidad y la conservación de los datos.

La plataforma técnica debe disponer, en formato claro y sencillo, de la siguiente información: la identificación del proceso electoral; el sistema para acceder al mismo; el listado de candidaturas en una única pantalla en la que todas reciban un trato igual y sean visibles en condiciones similares de color, espacio, y medida de letra, sin que ninguna opción pueda escogerse por defecto, conforme al modelo y formato de las papeletas establecidas en la normativa electoral; y el respecto a las opciones de votación, previéndose la posibilidad votar en blanco y de confirmar o corregir el voto antes de la emisión definitiva.

En todo sistema de votación electrónica, el voto se emite de forma remota a través de un dispositivo conectado a internet, de tal manera que el voto es enviado y tramitado mediante un canal cifrado, y almacenado en una urna digital protegida criptográficamente.

La mesa electoral debe coordinar toda la votación electrónica conforme a la normativa electoral y debe adicionalmente de: supervisar todo el proceso de creación de la urna digital, así como la apertura y cierre del periodo de votación electrónica; custodiar las claves criptográficas de acceso a la urna digital que permitan el escrutinio de los votos electrónicos; y resolver las incidencias tecnológicas que puedan plantearse, si fuera necesario mediante personal con competencias técnicas necesarias para garantizar la seguridad y el correcto funcionamiento de la plataforma en todas las fases del procedimiento.

⁷⁴ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 26.

La plataforma de voto electrónico también debe respetar la integridad y la inalterabilidad cualitativa y cuantitativa del voto, garantizando que la voluntad expresada por el elector es auténtica e inequívoca y que no ha sido alterada o modificada; y debe garantizar el anonimato de los votos emitidos y recibidos por cada candidatura, generando con ello listados cuya verificación algorítmica avale la autenticidad de los mismos.

Por otro lado, la plataforma de voto electrónico debe garantizar tanto la verificabilidad global de todo el procedimiento por parte de los órganos competentes, como la verificabilidad individual por parte del elector, que podrá comprobar el voto emitido y disponer, si así lo considera, de un justificante que se podrá descargar del sistema, dejando constancia de la efectiva emisión del voto, de su depósito en la urna electrónica, y posteriormente de su cómputo en la fase de escrutinio, justificantes que a su vez pueden utilizarse como prueba documental en procesos judiciales ante posibles impugnaciones.

La plataforma de voto electrónico también debe garantizar la seguridad técnica de los procedimientos de transmisión y almacenado de la información, con medidas que aseguren la trazabilidad, y con medidas contra adiciones, sustracciones, manipulaciones, suplantaciones o tergiversaciones del procedimiento de voto. Además, la plataforma ha de asegurar la transparencia y la objetividad en el escrutinio; la auditoria del procedimiento mediante las herramientas oportunas con la finalidad de comprobar la corrección del proceso de votación; y el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales.

Aunque la plataforma técnica utilizada ofrezca estas garantías, nunca podrá descartarse que durante el desarrollo de la votación se produzcan incidencias, para las cuales la ayuda técnica permanente constituye un requisito imprescindible para garantizar el éxito del proceso electoral online⁷⁵. Y todo ello sin olvidar la posibilidad de suspender o interrumpir la votación cuando concurriera una causa de fuerza mayor, como contempla el artículo 5.5 RERT⁷⁶.

⁷⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, ob. cit. pág. 355 y ss.

⁷⁶ GARRIDO PÉREZ, E., “Cuestiones conflictivas en materia de votación, escrutinio y asignación de resultados”, ob. cit. pág. 185.

IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DURANTE EL PROCESO ELECTORAL ONLINE

1. La protección de datos de carácter personal en el uso de medios telemáticos

El proceso electoral implica el tratamiento de datos personales de los trabajadores que integran la plantilla. Así, por ejemplo, el empresario ha de entregar a la mesa electoral, el censo laboral (arts. 74.2 y 3 ET) que incluye el nombre, apellidos, sexo, fecha de nacimiento, DNI, categoría o grupo profesional y antigüedad de los trabajadores (art. 6.3 RERT), y es sobre la base de ese documento que la mesa electoral elaborará y publicará la lista de electores y elegibles⁷⁷. Y nada impide que en el censo laboral que publique la mesa electoral aparezcan los mismos datos, a efectos de comprobar la condición de elector y elegible en los términos previstos en el artículo 69.2 ET.

Siendo ello así, la digitalización de las diferentes fases del proceso electoral ha de tener presente las exigencias impuestas por su ordenación legal y reglamentaria, pero también el respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal recogido en el artículo 18.4 de la CE y desarrollado tanto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y Garantías de los Derechos Digitales (LOPD) como por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de datos de las personas físicas respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos (RGPD).

En principio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.1 RGPD y en el artículo 8.1 LOPD, el tratamiento de datos que se lleve a cabo durante el proceso electoral, será de entrada lícito, sin necesidad de obtener el consentimiento de las personas interesadas.

Sin embargo, uno de los principios rectores en el tratamiento de datos es el llamado principio de minimización, en virtud del cual, los datos personales han de ser adecuados, pertinentes y limitados en lo necesario en relación con los fines para los que son tratados [art. 5.1.c) RGPD]. Y este principio puede incidir en distintas fases del proceso electoral, especialmente en los actos de publicidad⁷⁸.

Un primer ámbito donde el derecho a la protección de datos de carácter personal puede verse afectado es en la publicación del censo laboral. Ello significa que, en virtud del principio de minimización en el tratamiento de datos, la publicación del censo laboral, y en general del resto de documentación que se ha de dar a conocer a través del tablón de anuncios (proclamación de candidatos, resultados de las votaciones etc.) deberá

⁷⁷ LANTARÓN BARQUÍN, D., "Aristas del procedimiento de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores", ob. cit. pág. 5 y ss.

⁷⁸ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 4.

hacerse a través de plataformas digitales restringidas a las que solo puedan acceder electores y elegibles. En caso contrario se vulneraría el derecho a la protección de datos de carácter personal, como así lo han entendido algunos pronunciamientos judiciales que han abordado esta cuestión⁷⁹.

Naturalmente, ello no impide que determinados sindicatos con un interés directo (aquellos que quieran presentar alguna candidatura o aquellos a los que se les haya reconocido esta posibilidad por convenio colectivo) puedan también acceder al censo laboral⁸⁰.

Un segundo ámbito donde el derecho a la protección de datos de carácter personal puede verse afectado es en el de la distribución de la propaganda electoral, ya que la misma puede implicar el acceso a las direcciones de correo electrónico de los trabajadores electores, sucediendo que la dirección de correo electrónico corporativo es un dato de carácter personal y su cesión por parte de la empresa a las diferentes candidaturas supone un tratamiento de datos de carácter personal⁸¹.

En este punto, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)⁸² ha recordado que el artículo 28.1 CE habilita a que las empresas comuniquen las direcciones de correo electrónico de los trabajadores a los sindicatos sin necesidad del consentimiento del trabajador afectado, al existir una norma legal de cobertura (actual art. 8.1 LOPD), pero en tal caso, los sindicatos sólo tendrán derecho a acceder a aquellos datos que resulten imprescindibles para el cumplimiento de las funciones que legalmente tienen atribuidas y no podrán utilizarlos para fines distintos de los que motivaron la cesión.

Por otro lado, la AEPD también ha reconocido que, de existir procedimientos automatizados que puedan permitir la satisfacción del derecho a la libertad sindical sin necesidad de realizar una cesión de datos, sería necesario fomentar tales mecanismos⁸³. Así sucede con las llamadas listas de distribución, que funcionan mediante el envío de la

⁷⁹ SAN de 18 de octubre de 2013 (Sentencia n.º 4402/2013) en unas elecciones sindicales de personal funcionario de un ayuntamiento en que un sindicato publicó en su página web y con acceso abierto, el censo electoral en el que se detallaba el nombre, apellido, DNI, categoría profesional y fecha de ingreso de 77 personas, entre las que figuraban 31 policías municipales.

⁸⁰ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 45.

⁸¹ Véase: SOLÀ I MONELLS, X., *El derecho de la representación unitaria y sindical a utilizar los instrumentos empresariales de comunicación digital*, ed. Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 83 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, R.: "El tratamiento por los representantes de los trabajadores y por las organizaciones sindicales de los datos personales de los trabajadores: entre lo tácticamente posible, lo socialmente conveniente y lo jurídicamente aceptable", *Revista Española de Protección de Datos*, n.º 1, 2006, pág. 217 y ss.

⁸² Informe n.º 437/2010 e Informe n.º 101/2008.

⁸³ CORDERO GORDILLO, V., "Trabajo a distancia y derechos de representación colectiva", ob. cit. pág. 134; NIETO ROJAS, P., "Derechos colectivos de los trabajadores a distancia: ¿pueden enviarme información sindical? ¿puedo negarme? ¿cómo y dónde voto?", ob. cit. pág. 2.

información que se quiere distribuir, a una dirección genérica, a partir de la cual se distribuye entre todas las direcciones de correo electrónico incluidas en la lista. Y de haberse cedido la dirección de correo electrónico de los trabajadores, el sindicato, en su condición de cesionario, estaría obligado a reconocer el derecho de éstos a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical.

A la hora de abordar el uso del correo electrónico para difundir propaganda electoral durante unas elecciones sindicales, los pronunciamientos judiciales⁸⁴ también han recordado que el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad, manteniendo el equilibrio necesario con otros derechos fundamentales (como es el derecho a la libertad sindical), con arreglo al principio de proporcionalidad. Por tal motivo si el empresario no facilitase las direcciones de correo electrónico a los sindicatos para que éstos pudieran efectuar la oportuna propaganda electoral, la comunicación entre sindicato y trabajadores durante el proceso electoral devendría imposible, debiendo prevalecer en tales casos el derecho fundamental a la libertad sindical, máxime cuando en la empresa la mayoría de los trabajadores prestan sus servicios fuera de sus dependencias.

Desde esta perspectiva, la protección de datos de carácter personal no debiera de ser un obstáculo para el ejercicio del derecho de libertad sindical, y ello en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha recordado que el derecho de los sindicatos a presentarse a las elecciones sindicales se integra en el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical⁸⁵.

En este sentido, la misma AEPD⁸⁶ también ha entendido que: “en lo referente a la información sindical remitida a los trabajadores en período electoral, debe concluirse que durante dicho período electoral debe prevalecer el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la LOLS sobre el derecho fundamental a la protección de datos”. Por ello, durante el proceso electoral, los trabajadores no pueden oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que realice el sindicato de los mismos sea adecuado para los fines del proceso electoral.

Ahora bien, los trabajadores pueden oponerse a que los sindicatos les remitan información a través de la dirección de correo electrónico si concurren motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal, quedando los sindicatos obligados a atender el ejercicio del referido derecho contestando la petición del afectado

⁸⁴ SJS n.º 22 de Barcelona de 26 de julio de 2022 (Sentencia n.º 278/2022).

⁸⁵ STC n.º 64/2016 de 11 de abril, y STC n.º 200/2006, de 3 de julio, entre otras.

⁸⁶ Resoluciones de la AEPD de 2 de abril de 2018 (n.º 417/2018) de 27 de marzo de 2018 (n.º 416/2018) y de 7 de febrero de 2018 (n.º 103/2018).

Y en este punto la AEPD señala: “a tenor de las previsiones contenidas en la LOPD acerca del derecho de oposición, debe reconocerse el derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical y, consiguientemente, la obligación de los sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes”.

De manera similar, un sector de la doctrina científica⁸⁷, ha afirmado que la normativa sobre protección de datos no puede llevar una limitación de la acción sindical en el ámbito del proceso electoral, básicamente por dos motivos: porque al tratarse de una dirección de correo corporativo (que no personal) su uso seguiría siendo para el ámbito laboral, y porque la utilización por parte de los sindicatos estaría delimitada únicamente al proceso electoral.

De hecho, entender que la empresa no está obligada a facilitar las direcciones de correo electrónico a los sindicatos para que éstos pudieran efectuar la oportuna propaganda electoral al amparo de la normativa de protección de datos, resultaría incongruente con lo dispuesto en el artículo 6.3 RERT, que obliga al empresario a entregar el censo laboral a la mesa electoral con detalle de datos personales como son el “*nombre, apellidos, sexo, fecha de nacimiento y DNI de los trabajadores*”, censo que será a su vez publicado por la mesa electoral.

Por último, en aquellas fases del proceso electoral en que interviene la oficina pública dependiente de la autoridad laboral a través de portales informáticos en que se tramitan telemáticamente formularios de preaviso, se registran y publican resultados electorales y se expiden certificados de representatividad sindical, también debe asegurarse el cumplimiento de las garantías legales en materia de protección de datos de carácter personal, garantías que se hacen extensivas al tratamiento de todos aquellos datos personales presentes en los diferentes trámites telemáticos y donde el Departamento autonómico correspondiente se convierte en el órgano responsable del fichero de registro de elecciones sindicales⁸⁸.

⁸⁷ MORARU, G.F., “Elecciones sindicales durante el tiempo de pandemia: a propósito del laudo arbitral dictado el 5 de octubre de 2020 en Vigo”, ob. cit. pág. 208 y ss.; GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, ob. cit. pág. 81 y ss.; GALLEGO MONTALBÁN, J., “El correo electrónico como herramienta necesaria para el procedimiento electoral, a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social 22 de Barcelona de 26 de julio de 2022”, ob. cit. pág. 4 y ss.

⁸⁸ Artículo 10 de la ORDEN EMO/378/2011, de 31 de octubre, por la que se aprueba la aplicación informática del Registro de elecciones sindicales Electi@ para la tramitación electrónica del procedimiento de comunicación de preavisos, registro de actas, altas y bajas de representantes, así como las certificaciones de representatividad; y artículo 9 de la ORDEN n.º 6678, de 20 de noviembre de 2003, de la Consejería de Empleo del País Vasco por la que se establecen los criterios generales del procedimiento de presentación y tramitación telemática de diversa documentación relativa a las elecciones a órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones Públicas.

2. La protección de datos de carácter personal en el sistema de votación electrónica

Muchas de las actuaciones que se lleven a cabo en el marco de un sistema de votación electrónica, también pueden provocar el tratamiento de datos personales⁸⁹. Y siendo ello así, todo sistema de votación electrónica debe respetar la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, aplicando las medidas técnicas y organizativas que fueran necesarias, y teniendo en cuenta la naturaleza de los datos, la gravedad y la probabilidad de los riesgos, y los derechos y libertades de las personas afectadas.

De hecho, el riesgo de afectación al derecho de protección de datos adquiera una nueva dimensión si se tiene en cuenta que los sujetos que intervienen en el tratamiento de datos se incrementan con la presencia de la empresa proveedora de la plataforma técnica.

Pensemos que la empresa en la que se están realizando las elecciones sindicales (aunque sea a través de la mesa electoral), deberá proporcionar a la empresa proveedora del servicio de voto electrónico el censo laboral con todos los datos personales de los trabajadores que componen la plantilla. Y la empresa proveedora se encargará de introducir los datos necesarios para hacer posible la votación electrónica, pasando a convertirse por ello en la responsable del tratamiento (art. 4.1.7 RGPD) o si acaso en la encargada del tratamiento (art. 4.1.8 RGPD).

Para evitar afectaciones innecesarias, será importante firmar entre ambas empresas un contrato de acceso en los términos establecidos en el RGPD y en la LOPD, para así garantizar la confidencialidad de los datos puestos a disposición⁹⁰. Por lo demás, existen certificaciones como el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica que permitirán identificar a aquellos proveedores con mayor grado de seguridad en el tratamiento de los datos de la empresa y de sus trabajadores.

V. CONCLUSIONES

I. El proceso de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, previsto tanto en el ET (arts. 69 a 76) como en el RD 1884/1994, de 9 de septiembre, se caracteriza por su carácter físico o presencial. Y así, por ejemplo, la publicación del censo laboral y del escrutinio se lleva a cabo en los tableros de anuncios y el acto de votación se efectúa mediante papeletas que se introducen físicamente en

⁸⁹ SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ob. cit. pág. 43.

⁹⁰ LÓPEZ CUMBRE, L., "Elecciones sindicales online", ob. cit. pág. 355 y ss.

urnas cerradas. Se trata por tanto de normas que fueron elaboradas en un contexto en que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no tenían el grado de implantación que disponen actualmente, y por tal motivo dichas normas resultan obsoletas. A la espera de una futura reforma legal sobre esta materia, la actual regulación puede ser interpretada en clave garantista, admitiendo el uso de medios telemáticos en las distintas fases del proceso electoral, y la implantación de sistemas de votación electrónica. Y todo ello sin perjuicio del papel que pueda desarrollar la negociación colectiva al respecto.

II. Por lo que se refiere al recurso a medios telemáticos, y pese al silencio normativo, muchas de las actuaciones llevadas a cabo durante las elecciones sindicales pueden digitalizarse y formalizarse en soporte electrónico. Así se desprende de una interpretación sociológica y finalista de las normas vigentes conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil. El principal inconveniente que presenta la implantación de instrumentos de comunicación digital en las distintas fases del proceso electoral, es determinar si el empresario está obligado en tales casos a facilitar los medios precisos para el normal desarrollo del proceso. En este punto los pronunciamientos judiciales han aplicado analógicamente la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 281/2005, de 7 de noviembre conforme a la cual, si bien no es obligatorio que las empresas deban dotarse de una infraestructura informática, en cambio, de existir ésta previamente, no pueden negar su puesta a disposición del sindicato, siempre y cuando su uso no perturbe la actividad normal de la empresa, se respete la finalidad por la que dichos instrumentos fueran creados, y no genere gravámenes adicionales, especialmente económicos, para el empresario.

III. Dos son los instrumentos de comunicación digital más importantes que pueden utilizarse en un proceso electoral, y en concreto: el tablón digital y el correo electrónico. Tanto la doctrina científica como ciertos pronunciamientos judiciales han validado el recurso al tablón virtual ubicado en la intranet empresarial para publicar el censo electoral, siempre que se garantice que la información publicada en los tabloneros pueda ser consultada por quienes tengan derecho a acceder a la misma. Y también se ha permitido el recurso al correo electrónico para distribuir información o propaganda electoral durante las elecciones. La implantación de ambos instrumentos digitales en las distintas fases del proceso resultaría además coherente con el papel de la oficina pública electoral a la hora de recibir los preavisos de convocatoria de elecciones, registrar actas electorales o expedir certificados de representatividad, donde los medios telemáticos suelen estar plenamente extendidos.

IV. Con la salvedad del ámbito de la función pública [art. 44.a) EBEP], el vigente marco normativo tampoco contempla la utilización de sistemas de votación electrónica en

las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa. Pese al silencio normativo, son muchos los argumentos jurídicos que pueden esgrimirse a favor de su implementación. Los más importantes serían los siguientes: la inexistencia de una previsión normativa que prohíba expresamente el voto electrónico; una interpretación de las normas vigentes “ex” artículo 3.1 del Código Civil conforme a la realidad social vigente en que las nuevas tecnologías están plenamente implantadas, pero también conforme a su finalidad, que es contribuir a facilitar la participación de los trabajadores en el proceso electoral; por los menores costes económicos que comporta en comparación con la creación de una mesa itinerante, o por las menores disfuncionalidades que genera en comparación con el voto por correo; por el hecho de que ya se esté recurriendo a sistemas de votación electrónica por el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; y por las mayores garantías de seguridad y fiabilidad que presenta.

V. El recurso a sistemas de votación electrónica también dependerá del grado de desarrollo tecnológico de la propia empresa, y de si su implantación va a generar costes económicos adicionales o no. Si el empresario decide finalmente recurrir a dicho sistema, podrá hacerlo unilateralmente o podrá contratar los servicios de empresas proveedoras especializadas. Tanto en un caso como en otro, será necesaria la colaboración empresarial, proporcionando la información y la formación técnica a las distintas partes que intervienen en el proceso, facilitando a los trabajadores los dispositivos electrónicos necesarios para poder ejercer su derecho de voto, y a la mesa electoral los equipos necesarios para desarrollar sus funciones.

VI. El voto electrónico, al igual que el presencial, debe ser personal, directo, libre y secreto y en este punto, las plataformas de voto electrónico deben preservar y garantizar estas características mediante mecanismos de autenticación e identificación, de confidencialidad y de ausencia de manipulación. Por otra parte, la plataforma técnica utilizada debe garantizar la integridad y la inalterabilidad cualitativa y cuantitativa del voto, el anonimato de los votos emitidos y recibidos por cada candidatura, la seguridad técnica de los procedimientos de transmisión y almacenado de la información, la transparencia y la objetividad en el escrutinio, y el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales.

VII. La digitalización de las diferentes fases del proceso electoral también debe respetar el derecho a la protección de datos de carácter personal previsto en el artículo 18.4 CE, en el RGPD y en la LOPD. Respecto al uso de medios telemáticos, la publicación del censo laboral, y en general del resto de documentación que se ha de dar a conocer a través de tableros de anuncios, deberá hacerse a través de plataformas digitales restringidas, a las que solo puedan acceder electores y elegibles. Y respecto a

la utilización del correo electrónico para difundir propaganda electoral, el empresario deberá facilitar a los sindicatos intervinientes las direcciones de correo electrónico de los trabajadores, o en cualquier caso las llamadas “listas de distribución”, prevaleciendo el derecho fundamental a la libertad sindical sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal siempre que se reconozca a los trabajadores su derecho de oposición a recibir mensajes con contenido sindical. Respecto a la implantación de sistemas de votación electrónica, la empresa proveedora también deberá garantizar la confidencialidad de los datos puestos a su disposición, pasando a convertirse por ello en responsable o encargada de su tratamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Los derechos colectivos en el trabajo a distancia: los derechos de información, centro de trabajo, voto electrónico, negociación colectiva y huelga”, en AA.VV. *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BLASCO PELLICER, C., *El nuevo procedimiento de “elecciones sindicales”: aspectos críticos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CABEZA PEREIRO, J., *Las elecciones sindicales*, ed. Bomarzo, Albacete, 2018.

COLLADO GARCÍA, L., RÓMERO RODENAS, M.J., TARANCÓN LÓPEZ, E., *Elecciones sindicales del personal laboral, funcionario y estatutario*, ed. Bomarzo, Albacete, 2022.

CORDERO GORDILLO, V., “Trabajo a distancia y derechos de representación colectiva”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 157, 2021.

DOMÍNGUEZ MORALES, A., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto Ley 28/2020 de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, n.º 3, 2021.

GALLEGO MOLTALBÁN, J., “La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital telemático”, *Revista de Derecho Social*, n.º 99, 2022.

GALLEGO MONTALBÁN, J., “El correo electrónico como herramienta necesaria para el proceso electoral, a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social 22 de Barcelona de 26 de julio de 2022”, *Butlletí d'Actualitat Jurídica i Sindical*, n.º 77, 2022.

GARCÍA NINET, I., “Sobre el uso del correo electrónico por los sindicatos utilizando los medios de la empresa, o las nuevas tecnologías al servicio de la libertad sindical. El caso COMFIA-CCOO contra BBVA-Argentaria: del “ius usus inoqui” de las nuevas tecnologías”, *Tribuna Social*, n.º 181, 2006.

GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., LANTARÓN BARQUÍN, D., AGUT GARCÍA, G., *Los laudos arbitrales de las elecciones sindicales (antología)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1997.

GARRIDO PÉREZ, E., “Cuestiones conflictivas en materia de votación, escrutinio y asignación de resultados”, en AA.VV. *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, ed. Bomarzo, Albacete, 2006.

GARRIDO PÉREZ, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, *Revista de Derecho Social*, n.º 80, 2017.

GIL OTERO, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, en AA.VV. *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT*, ed. MTMSS, Madrid, 2019.

GOERLICH PESET, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, n.º 92, 2019.

GOERLICH PESET, J.M., “La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a la representación unitaria (sentencia 165/2022 de 22 de diciembre)”, *El foro de Labos*, 9 de febrero de 2023.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

LANTARÓN BARQUÍN, D., “Aristas del procedimiento de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, n.º 110, 2024.

LÓPEZ CUMBRE, L., “Elecciones sindicales online”, en AA.VV. *Seminario Internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

MEJÍAS, A., *Elecciones sindicales: el preaviso electoral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MORARU, G.F., “Elecciones sindicales durante el tiempo de pandemia: a propósito del laudo arbitral dictado el 5 de octubre de 2020 en Vigo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020.

NIETO ROJAS, P., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia: ¿pueden enviarme información sindical? ¿puedo negarme? ¿cómo y dónde voto?”, *El foro de Labos*, 8 de octubre de 2020.

PASTOR MARTÍNEZ, A., “Trabajo a distancia y derechos colectivos en el Real Decreto-Ley 28/2020 de trabajo a distancia”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 7, 2021.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., PÉREZ BORREGO, G., *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

ROQUETA BUJ, R., “El uso sindical de los sistemas de comunicación electrónica de las empresas. A propósito de la STC de 7 de noviembre de 2005”, *Actualidad Laboral*, n.º 3, 2006.

RON LATAS, P., “Los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º. 15, 2021.

SEMPERE NAVARRO, A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre”, *Aranzadi Social*, n.º 17, 2005.

SOLÀ I MONELLS, X., *El derecho de la representación unitaria y sindical a utilizar los instrumentos empresariales de comunicación digital*, ed. Bomarzo, Albacete, 2021.

SOLÀ I MONELLS, X., *Informe sobre la implementación del voto electrónico y otros medios telemáticos en las elecciones de la representación unitaria laboral*, ed. UAB, Bellaterra, 2022.

TAPIA HERMIDA, A., “Uso del correo electrónico para transmitir información de naturaleza laboral y sindical a los trabajadores por las organizaciones sindicales en los centros de trabajo y durante la jornada laboral”, *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, n.º 276, 2006.

TASCÓN LÓPEZ, R.: “El tratamiento por los representantes de los trabajadores y por las organizaciones sindicales de los datos personales de los trabajadores: entre lo tácticamente posible, lo socialmente conveniente y lo jurídicamente aceptable”, *Revista Española de Protección de Datos*, n.º 1, 2006.

VALDÉS DE LA VEGA, B., “La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. Comentario a la STC 281/2005”, *Revista de Derecho Social*, n.º 33, 2006.

VIVERO SERRANO, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* n.º 14, 2016.

CUESTIONES ACTUALES EN TORNO A LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Por

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

portega@ugr.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: El presente estudio analiza algunas cuestiones actuales conflictivas en la decisión empresarial de proyectar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo concluyendo que la posibilidad más correcta de abordar estos problemas se encuentra en criterios empíricos de casuismo. En efecto, partiendo de la inseguridad jurídica existente en la temática, se abordan las modificaciones de las condiciones de los trabajadores en supuestos dudosos en los que se relaciona con el derecho de emergencia, con condiciones más beneficiosas, con reducciones de jornadas, posibilidades de vacantes, pactos colectivos, negociaciones con la buena fe como elemento clave o con la necesaria documentación a aportar durante el período de consultas.

PALABRAS CLAVE: Modificación; sustancial; buena fe; beneficio; reducción; vacante; pactos; consulta.

SUMARIO: I. El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.- II. Condición más beneficiosa y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.- III. La reducción de jornada del contrato de trabajo a tiempo completo y su alteración a contrato de trabajo a tiempo parcial: problemas interpretativos en su transformación y obstáculos en vacantes.- IV. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.- V. Algunas cuestiones en torno al período de consultas en la modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo. 1. La buena fe en los períodos de consulta para la implantación de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. 2. Perspectivas jurisprudenciales respecto a la documentación e información a facilitar por la mercantil durante el período de consultas.- VI. Alteraciones o modificaciones como “no sustanciales” en época de Covid-19 consecuencia del Derecho de emergencia.- VII. Algunas reflexiones jurídicas.- VIII. Bibliografía.

CURRENT ISSUES SURROUNDING THE SUBSTANTIAL MODIFICATION OF WORKING CONDITIONS

ABSTRACT: This study analyzes some current conflicting issues in the business decision to project a substantial modification of working conditions, concluding that the most correct possibility of addressing these problems is in empirical criteria of casuism. Indeed, on the basis of the existing legal uncertainty on the subject, we address the modifications of the conditions of workers in dubious cases in which it is related to the Right of emergency, with more beneficial conditions, with

reductions in working hours, possibilities of vacancies, collective agreements, negotiations with the good faith as key element or with the necessary documentation to be provided during the consultation period.

KEYWORDS: Modification; substantial; good faith; benefit; reduction; vacancy; agreements; consultation.

SUMMARY: I. The concept of substantial modification of working conditions.- II. More beneficial condition and substantial modifications of working conditions.- III. The reduction of working hours of the full-time employment contract and its alteration to a part-time employment contract: interpretative problems in its transformation and obstacles in vacancies.- IV. Substantial modifications of working conditions in collective agreements or pacts or enjoyed by employees by virtue of an unilateral decision of the employer with collective effects.- V. Some issues regarding the consultation period in the substantial collective modification of working conditions. 1. Good faith in the consultation periods for the implementation of a substantial modification of the working conditions. 2. Jurisprudential perspectives regarding the documentation and information to be provided by the company during the consultation period.- VI. Alterations or modifications as “non-substantial” in times of Covid-19 as a consequence of the Right of emergency.- VII. Some legal reflections.- VIII. Bibliography.

I. EL CONCEPTO DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo solo se justifican por la concurrencia de alguna de las causas establecidas por el legislador. Además, no toda decisión empresarial que altera la prestación de servicios del trabajador constituye una modificación sustancial. La configuración de lo que se entiende por tal se fundamenta en la delimitación del poder de gestión y organización empresarial¹. No cualquier modificación de una de esas condiciones ha de ser necesariamente sustancial, sino que en cada caso habrá que analizar la medida empresarial adoptada para definir su naturaleza sustancial o accidental -no sustancial-. Y no lo es cuando la medida adoptada no supone alteración valorable de las condiciones de trabajo².

Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquellos cambios de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellos, los previstos en la lista “*ad exemplum*” del art. 41.2 ET³, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen la condición de sustanciales siendo manifestaciones del poder de dirección y del “*ius variandi*” empresarial⁴.

¹ STS 4 de diciembre de 2018 y STS 3 de abril de 2018.

² STS 22 de enero de 2013 .

³ STS 17 de junio de 2021 .

⁴ Muy interesante la perspectiva de MONEREO PÉREZ, J. L.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones individuales y colectiva. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y

Incidimos en la idea de que el art. 41 ET enumera un listado de condiciones que son susceptibles de producir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En efecto, no se trata de una lista cerrada, sino abierta, siendo su enumeración meramente ejemplificativa y no exhaustiva, ya que en el mismo precepto se precisa que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales las que afecten a dichas materias “*entre otras*”. Por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que pasa a ser otra distinta de un modo notorio, debido a la ausencia de una regla que nos diga cuándo una modificación es sustancial⁵; tal adjetivo implica un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser valorado en cada caso concreto⁶.

Para el Tribunal Supremo, la lista no comprende todas las modificaciones que son sustanciales; pero tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas⁷. Con lo que podemos concluir, utilizando expresión del todo gráfica, “*que ni están todas las que son ni son todas las que están*”⁸.

Pero, aparte de la distinción relevante entre “sustancial” y “accidental” de la propia alteración o modificación, localizamos unas zonas grises que bien requieren de un estudio jurisprudencial y doctrinal profundo como los que traemos a colación y que vienen marcando la senda de los tribunales en esta materia durante los últimos años.

II. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

En relación con el concepto y delimitación de las condiciones más beneficiosas (lo que debe ponerse en relación con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo), el Tribunal Supremo ha tomado como punto de partida la tarea, nada sencilla, de detectar su existencia frente a la que se exige analizar si concurre, de un lado, una sucesión de los actos sobre los que se apoya y, de otro -lógicamente, ambos aspectos a modo concurrente-, una voluntad inequívoca de la empresa como origen de la citada condición que mejora el marco legal o convencional aplicable⁹. La consecuencia de su

ÁLMENDROS GONZÁLES, M. Á. (Dir.) *et al.*: *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, ORTEGA LOZANO, P. G. y MARÍN ALONSO, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 103-211.

⁵ PRECIADO DOMÈMMECH, C. H.: *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, tesis doctoral dirigida por el prof. García-Perrote Escartín, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2017.

⁶ STS 12 de septiembre de 2016 .

⁷ Un listado jurisprudencial de casos concretos se localiza en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Poder de Dirección, Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y Movilidad geográfica”, en *Blog. Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2023.

⁸ STS 26 de abril de 2006 .

⁹ STS 7 de enero de 2020 y STS 27 de febrero de 2020 .

apreciación es la incorporación de la mejora al paquete obligacional del contrato de trabajo que se viene disfrutando¹⁰.

Para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es necesaria la adquisición y el disfrute de la misma en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama por obra de una voluntad inequívoca de su concesión¹¹, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho. Pero hasta aquí la fórmula doctrinal sería imperfecta; es por ello que se advierte de que hace falta otro requisito más: la condición de probar la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supere a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo¹². Y es precisamente esa incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que posteriormente debe impedir poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, manteniéndose, en definitiva, el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas¹³. Por tanto, la condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa diferente o mientras la condición no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente-, más favorable que modifique el estatus anterior en materia homogénea¹⁴.

Se argumenta también por la doctrina judicial que la expresión condición más beneficiosa, dentro del ámbito laboral, se viene utilizando en dos sentidos¹⁵: en sentido vertical y en sentido horizontal. En sentido vertical se refiere a la mejora que en las condiciones de trabajo o empleo se introduce por las partes sobre la regulación de esas condiciones contenida en la normativa estatal o convencional. De este modo, la condición más beneficiosa termina relacionándose con el efecto regulador normal del contrato de trabajo, que, de conformidad al art. 3.1.c) ET, puede introducir condiciones más favorables que las establecidas “en las disposiciones legales y convenios

¹⁰ STS 22 de septiembre de 2011 , STS 4 de marzo de 2013 , STS 15 de junio de 2015 y STS 21 de abril de 2016 .

¹¹ STS 12 de julio de 2011 , STS 21 de noviembre de 2006 , STS 29 de marzo de 2000 , STS 16 de septiembre de 1992 , STS 21 de febrero de 1994 , STS 31 de mayo de 1995 y STS 8 de julio de 1996 .

¹² STS 25 de enero de 1995 .

¹³ STS 16 de septiembre de 1992 .

¹⁴ GALA DURÁN, C.: “El principio de condición más beneficiosa a la luz de la última Jurisprudencia”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo), pp. 165-190.

¹⁵ STS 12 de mayo de 2008 .

colectivos”. Pero descendiendo dentro de este sentido vertical, de manera específica, la propia condición más beneficiosa se vincula con las condiciones de este carácter que pueden surgir de una conducta unilateral del empresario, planteándonos, de este modo, la problemática de, en qué medida, esa conducta expresa realmente una voluntad de reconocimiento del beneficio a efectos de su incorporación al vínculo contractual y de su resistencia ante actos posteriores de desconocimiento. Esto enlaza con el segundo uso del término en sentido horizontal dentro del marco de la sucesión normativa: la condición más beneficiosa como una regulación que por este carácter puede subsistir frente a otra -más restrictiva- que la sucede en el tiempo.

En síntesis, para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa, ésta debe haberse adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio reclamado, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual *“en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho”* y se pruebe, en fin, *“la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo”*¹⁶.

Y trasladando el disfrute de la condición más beneficiosa a un caso concreto de posterior modificación sustancial, localizamos este interesante supuesto en el que se confirma la concurrencia de la condición más beneficiosa por cuanto (según resulta del relato de hechos probados), *“los trabajadores han venido disfrutando sus vacaciones anuales a su elección hasta el año 2015 de forma constante, repetida y reiterada en el tiempo sin limitación alguna, de lo que resulta la voluntad inequívoca de la empresa de mantener estable y permanentemente tal condición, que por ello se ha incorporado al nexo contractual”*. De modo que, adquirida tal condición o mejora, la misma no puede ser eliminada unilateralmente sin seguir el procedimiento previsto para ello, que no es otro que el de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET. En este sentido, cuando los *“trabajadores venían tomando sus vacaciones anuales en las fechas de su elección, sin limitación alguna por parte de la empresa”*, y, *“a partir de 2015 el referido colectivo de trabajadores ha visto limitada esa libertad de elección, siendo la empresa la que impone a su conveniencia los períodos vacacionales”*, tal condición o mejora no puede ser suprimida unilateralmente sin seguir el procedimiento regulado en el art. 41 ET¹⁷.

¹⁶ STS 4 de abril de 2007 , STS 21 de noviembre de 2006 y STS 29 de marzo de 2000 .

¹⁷ STS 7 de enero de 2020 .

Probada la voluntad empresarial de atribuir a los trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación laboral¹⁸, en otros términos, adquirida la condición más beneficiosa, habrá que atender estrictamente al art. 41 ET (y a su calificación como sustancial). Aplicando la citada doctrina jurisprudencial, ¿cómo puede adquirirse esa condición más beneficiosa a disfrutar por el trabajador? Al respecto, *“el “plus de desplazamiento” consistía en una cantidad fija, que se abonaba en nómina, en doce mensualidades, se venía abonando a todos los trabajadores desplazados dentro del territorio nacional durante cinco años, a partir de los cuales al empleado se le consideraba local y al centro al que fue desplazado se consideraba como “centro de referencia”, a tener en cuenta a efecto de nuevos desplazamientos. La cuantía estaba condicionada por la distancia existente entre la población del centro de trabajo de origen y la población del centro de trabajo al que el empleado iba destinado. Es claro que determinadas condiciones disfrutadas por los trabajadores en concepto de “plus de desplazamiento”, en concreto el período de cinco años de abono del plus, obedecían a la voluntad unilateral del empresario que, sin que existiera norma convencional, pacto o acuerdo individual que lo impusiera, venía concediendo este plus a los trabajadores que cumplían los requisitos establecidos”*. Con estos antecedentes la voluntad inequívoca de concesión del beneficio es patente ya que el mismo se ha venido otorgando durante un periodo duradero en el tiempo (*“de trece años ininterrumpidos”*). A diferencia de lo que ha sucedido con otros extremos del plus y otros pluses, *“el periodo de cinco años de disfrute del beneficio no ha sufrido modificación alguna”*. Se trata, por lo tanto, de una condición más beneficiosa de la que venían disfrutando los trabajadores. Considerada condición más beneficiosa resta examinar si nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Y, en este sentido, cuando la reducción del periodo durante el que se va a abonar el plus de desplazamiento pasa de cinco a tres años (se suprimen dos años de abono del mismo), evidentemente, se trata de una modificación calificada de sustancial por afectar de forma directa al importe de los emolumentos que va a recibir el trabajador, *“puesto que pasa de percibirlo cinco años a percibirlo únicamente durante tres años, y a que a partir de dicho momento se le considere local y al centro al que fue desplazado como centro de referencia”*¹⁹.

Considerándose también condición más beneficiosa al hecho de que las empresas reconozcan de forma tácita el derecho de los trabajadores *“a imputar los reposos domiciliarios prescritos por facultativo al efecto, ya fueran propios o de familiares, a las*

¹⁸ STS 25 de enero de 1995, STS 31 de mayo de 1995 y STS 8 de julio de 1996.

¹⁹ STS 27 de febrero de 2020 .

35 horas que el convenio sectorial reconoce para asistencia a consultas médicas”, por lo que, a partir de ahí, la decisión empresarial de suprimir o modificar dicha condición no puede considerarse válida si se obvian los cauces exigidos por el artículo 41 ET²⁰.

III. LA REDUCCIÓN DE JORNADA DEL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO COMPLETO Y SU ALTERACIÓN A CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS EN SU TRANSFORMACIÓN Y OBSTÁCULOS EN VACANTES

La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial -y viceversa- tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo [ex art. 12.4.e) ET]. Además, el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar la conversión, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [ex arts. 51 y 52.c)]. Asimismo, de conformidad con la cláusula 5.2 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, “*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*”. Lo que no se producirá cuando lo que se reduce es un contrato a tiempo parcial (pues ya venía siendo parcial)²¹.

El Tribunal Supremo viene manteniendo que para calificar a una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, en distribución horizontal [reducción de horas al día], vertical [disminución de días al año] o mixta [horas/día y días/año], sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada. Para ello recuérdese el contenido del art. 12.2 ET con sujeción a la concreta modalidad del contrato a tiempo parcial; el precepto establece “*cuando se haya acordado*”. Por tanto, esa ausencia de voluntad se localiza en supuestos tales como la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza

²⁰ STS 29 de marzo de 2022 .

²¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Poder de Dirección, Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y Movilidad geográfica”, en *Blog. Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2023.

mayor [art. 47 ET]; la reducción derivada del ejercicio de un derecho del trabajador, por guarda legal o cuidado directo de familiar [art. 37.5 ET]; y las limitaciones en trabajos con riesgo especial para la salud [arts. 34.7, 36.1 y 37.1 ET; y Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo²². El precepto [art. 12.4.e) ET], con bastante contundencia, también establece que la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Lo que significa que la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectiva] e incluso la modificación colectiva acordada con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de contrato a tiempo parcial únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que, en todo caso, requiere de la voluntad acorde del trabajador²³.

Surge entonces la siguiente cuestión: ¿es preciso, antes de extinguir el contrato por causas organizativas, que se lleve a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del art. 41 ET para adaptar la jornada a las reales necesidades empresariales? A lo que parece que el Tribunal Supremo da respuesta entendiendo como lícito el acto del empresario que, ante la concurrencia de causas organizativas y productivas, ya no precisa de la totalidad de la jornada de un trabajador contratado a tiempo completo, por lo que, una vez se ha negado éste (en referencia al empleado) a aceptar la modificación del contrato de trabajo en otro a tiempo parcial, puede procederse a ejecutar un despido objetivo sin necesidad de atender a la figura jurídica de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo²⁴.

Para el alto tribunal, en el art. 12.4.e) ET opera precisamente la 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 del trabajador, cabe siempre que se lleve a cabo la extinción del contrato por esas causas objetivas, naturalmente, cuando las mismas queden

²² STS 14 de mayo de 2007 .

²³ STS 14 de mayo de 2007 . MURCIA CLAVERÍA, A.: “La reducción de jornada como modificación sustancial de condición de trabajo, el principio de voluntariedad del contrato a tiempo parcial y la garantía de indemnidad”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 203, 2017, pp. 271-278. QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “Sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo como cauce válido para la reducción de jornada y sobre el necesario sometimiento de su causa justificativa al juicio de idoneidad”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 198, 2017, pp. 281-288.

²⁴ STS 30 de mayo de 2018 .

acreditadas. En el caso planteado, la empresa, ante la evidente minoración de la actividad que tenía encomendada, ofreció al trabajador la disminución de su jornada para adaptarla a las necesidades objetivas decrecientes, *“lo que motivó que se llevase a cabo el despido objetivo por la vía del art. 52 c), como permite el referido precepto, sin que la contratación de otro trabajador a tiempo parcial que se adaptase a esas necesidades de la empresa suponga fraude alguno, sino mera ejecución de las posibilidades legales que la propia negativa del trabajador propiciaba, teniendo en cuenta que la empresa en ningún caso podía aplicar el art. 41 ET”* para modificar la naturaleza del contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial²⁵.

Materia que no está exenta de problemática es aquella referida a la excedencia voluntaria y el posterior reingreso que también vinculamos, una vez más, con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo²⁶. En lo que se refiere al tipo de contrato que sustenta una posible vacante, la doctrina es unánime en el sentido de confirmar que, si el trabajador poseía la condición de indefinido con anterioridad a la excedencia, la vacante que debe ofrecérsese es aquella que conlleve la misma situación contractual. Lo cual significa que si la empresa no posee vacantes de puestos de trabajo fijo (como el que el trabajador venía ocupando), se le podrá ofrecer una vacante temporal que el trabajador o aceptará o rechazará. En caso de que el trabajador haya decidido aceptar el puesto de trabajo temporal, una vez finalizado el contrato de trabajo anterior no se extinguirá, sino que se mantendrá suspendido con un derecho preferente al reingreso en la primera vacante que se produzca en la empresa. En caso de que el trabajador haya decidido no aceptar el puesto de trabajo temporal, continuará como excedente manteniendo el derecho al reingreso en la empresa en la primera vacante que se produzca en la empresa. Misma situación se produce cuando la empresa sin vacantes a tiempo completo ofrece al trabajador en excedencia una vacante a tiempo parcial, conforme a la cuál, el trabajador será libre de aceptar o rechazar, pero, en ambas situaciones, mantendrá su derecho a que se le reincorpore en una vacante a tiempo completo. En suma, la doctrina jurisprudencial es coherente y viene aplicando aquella que establece que el trabajador excedente tiene preferencia al reingreso frente a otros trabajadores de su misma categoría que hayan visto convertido su contrato de trabajo temporal y/o a tiempo parcial en otro indefinido y/o a jornada completa tras producirse la solicitud de reingreso²⁷.

²⁵ STS 30 de mayo de 2018 .

²⁶ FABREGAT MONFORT, G.: “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 17, 2016, pp. 32-44.

²⁷ STS 12 de febrero de 2015 .

Al hilo de lo anterior, tal y como ya hemos referido, también es importante tener en cuenta el contenido de art. 12.4.e) ET referido, expresamente, a la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa, lo que siempre tendrá carácter voluntario para la persona trabajadora, sin que pueda imponerse unilateralmente por la empresa, ni siquiera mediante una modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41.1.a) ET²⁸. Precepto del que se obtiene la afirmación de que convertir una modalidad contractual a otra exigirá siempre la voluntariedad de la persona trabajadora -con independencia del sentido de tal novación²⁹-. En consecuencia, en la transformación de un tipo de jornada a otra -completa a parcial o parcial a completa- siempre debe mediar el consentimiento individual del trabajador. En el caso que ahora se plantea, la trabajadora, al aceptar su reincorporación mediante un contrato a tiempo parcial expresamente manifestó, *“que tal aceptación no implicaba renuncia a su reingreso a una jornada a tiempo completo. Evidenciaba claramente de este modo, su negativa a producir una novación de su contrato de trabajo que fuera definitiva”*. Con esa manifestación la trabajadora expresaba que no consentía la novación de su contrato indefinido en un contrato a tiempo parcial y que, si aceptaba la reincorporación mediante un contrato a tiempo parcial, esto no podía significar -en modo alguno- que renunciase a ser reincorporada en las mismas condiciones que regían antes de la excedencia de la que disfrutaba. El hecho de que la empresa le advirtiera a la trabajadora *“que la aceptación de la oferta supondría el agotamiento del derecho al reingreso derivado de la excedencia”* termina siendo absolutamente inocuo pues esa manifestación de parte no fue en ningún caso aceptada por la trabajadora y, por sí sola no podía producir una modificación contractual, por lo que no puede aceptarse *“una novación del inicial contrato a tiempo completo por un contrato a tiempo parcial por impedirlo expresamente el artículo 12.4.e) ET”*³⁰. La opción correcta es reconocer el derecho de la trabajadora a la reincorporación en las mismas condiciones anteriores a la excedencia: por tanto, su reingreso con una jornada a tiempo completo³¹.

Y con absoluta claridad -a nuestro juicio de manera muy acertada-, este tribunal inferior nos confirma que el empleador no puede imponer de manera unilateral la

²⁸ STC 21 de julio de 2005.

²⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: “Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial”, en *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 517-521.

³⁰ STS 24 de mayo de 2023.

³¹ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la reducción y suspensión de jornada tras la reforma laboral”, en AA. VV.: *La reforma laboral 2012: su impacto en la economía y el empleo*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 109-121.

transformación de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial, ni puede obligar al trabajador a convertir un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo: “es necesario para ello contar con la aquiescencia del trabajador. Así, la conversión conforma una novación contractual que tiene que canalizarse contando siempre con la voluntad del trabajador, siendo imposible legalmente efectuar la transformación a través del cauce del artículo 41 del ET”.

IV. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN ACUERDOS O PACTOS COLECTIVOS O DISFRUTADAS POR LOS TRABAJADORES EN VIRTUD DE UNA DECISIÓN UNILATERAL DEL EMPRESARIO DE EFECTOS COLECTIVOS

De conformidad con el art. 41.2 ET, “las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”³². Por consiguiente, la utilización del art. 41 ET por parte de la mercantil solo será posible cuando no exista convenio colectivo que tenga la naturaleza de estatutario con arreglo al citado Título III³³. Lo que se refrende en el art. 41.6 ET al disponer que “la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3”. Al hilo de lo anterior, en un convenio colectivo estatutario, instrumento normativo éste al que expresamente se refiere el art. 41.6 ET, cuando dispone imperativamente que las modificaciones de las condiciones pactadas en él deberán realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET, quiere decir, *a contrario sensu*, que cualquier otro acuerdo o pacto no sometido a las reglas de su Título III habrá de seguir los trámites previstos en el art. 41 ET³⁴. Diferencias importantes que han desembocado en la distinción que realiza la propia norma al establecer que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos estatutarios solo podrán producirse con acuerdo entre la empresa y los representantes legales³⁵; mientras que la

³² Vid. MELLA MÉNDEZ, L.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo: el período de consultas y su análisis jurisprudencial”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 217, 2009, pp. 27-39.

³³ STS 19 de septiembre de 2017 .

³⁴ STS 23 de octubre de 2015 .

³⁵ LÓPEZ INSUA, B. M.: “Negociación colectiva gestional, flexiseguridad y modificación sustancial de las condiciones de trabajo en un marco jurídico de reflexión. A propósito de la STJUE (Sala 4ª) de lo Social de 24 de julio de 2015”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2016, pp. 156-166.

modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (que deriven de cualquier otra fuente diferente de convenio colectivo estatutario) se podrá acordar por el empresario, pero con la obligación de celebración de un período de consultas³⁶.

Al hilo de lo anterior, en este supuesto, aunque la sentencia acierta cuando entiende que el acuerdo no es un convenio estatutario, sino extraestatutario, yerra cuando entiende que, aunque hubo diálogo, la negociación no basta para modificar el sistema compensatorio del pago de dietas, sistema cuya modificación requiere la negociación y el acuerdo conforme al art. 41 ET por tratarse de un concepto retributivo, aunque no salarial. Con esta errónea afirmación se olvida de la doctrina del Tribunal Supremo respecto los acuerdos extraestatutarios y que el artículo 41 ET da un tratamiento diferente en sus números 5 y 6 a las modificaciones contractuales colectivas, según vengan establecidas en convenios colectivos estatutarios (los del Título III del ET) o extraestatutarios: *“para el primer supuesto debe seguirse el trámite del artículo 82.3 del ET y se requiere acuerdo, mientras que en el segundo la modificación la puede acordar el empresario, tras la negociación, aunque esta finalice sin acuerdo”*³⁷.

Debe declararse como nula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando lo que se está alterando es el régimen jurídico de la distribución de la jornada regulada en el convenio colectivo, puesto que solo puede llevarse a cabo a través del procedimiento de “descuelgue” o inaplicación de la norma paccionada (regulado en el art. 82.3 ET): así, cuando lo que se produce es un *“aumento relevante de días de apertura en domingos y festivos de los centros comerciales de la empresa”* hasta el punto de alterar el régimen jurídico convencional de distribución de la jornada de *“3.500 trabajadores”*, únicamente puede llevarse a cabo mediante la adopción consensuada de medidas a través del procedimiento regulado en el art. 82.3 ET de modo que, en caso de inexistencia de acuerdo alguno, *“las partes podrían haber sometido la discrepancia a la Comisión Paritaria del convenio y, si tampoco se llegara al acuerdo, en su caso, acudir a las posibilidades procedimentales establecidas en el propio artículo 83”*. Al no haberse seguido este procedimiento, se ha vulnerado el artículo 41.6 ET en relación con el 82.3 ET, lo que comporta, indefectiblemente la declaración de nulidad -conforme a lo dispuesto en el artículo 138 LRJS-³⁸.

La doctrina jurisprudencial hoy es diáfana al establecer que, de conformidad con el artículo 41.2 ET, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán

³⁶ STS 23 de octubre de 2015 y STS 23 de octubre de 2012. En sentido similar, STS 22 de julio de 2013 y STS 11 de diciembre de 2013 (esta última para un caso en el que resultaba de aplicación el art. 82.3 ET).

³⁷ STS 22 de julio de 2013 .

³⁸ STS 11 de diciembre de 2013 .

afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Lo que implica que, por el contrario, el artículo 82.3 ET, como excepción a la eficacia general del convenio colectivo, regula la posibilidad de dejar de aplicar, en el ámbito de una empresa, determinadas condiciones establecidas por el convenio colectivo estatutario, de empresa o sector, que resulte de aplicación en dicha empresa. Aunque las causas que autorizan uno y otro supuesto son económicas, técnicas, organizativas o productivas, ni coinciden las condiciones de uno u otro supuesto, ni el procedimiento, ni los efectos³⁹.

¿Y en qué categoría introducimos los acuerdos colectivos? Es una distinción importante y que ha sido -y sigue siendo- judicialmente conflictiva. Los acuerdos de empresa no son convenios colectivos de carácter estatutario. Si bien es cierto que *“los firmantes confirieron a tales acuerdos el carácter de pactos que ponían fin a un conflicto colectivo y que, expresamente, lo hicieron para dotarles de la eficacia prevista en el artículo 156.2 LRJS; esto es, la misma eficacia atribuida por el artículo 82 ET a los convenios colectivos: fuerza vinculante y eficacia general; pero que tuvieran dicha eficacia no implica que tales pactos sean convenios colectivos, pues para ello debían contener las restantes exigencias que a tales convenios impone el Título III ET; entre otras, el contenido mínimo exigido por el artículo 85.3 ET y las exigencias de registro, depósito e inscripción previstas en el artículo 90 ET”*. Por otro lado, *“resulta que la empresa no pretendía modificar las condiciones que se pactaron en los referidos acuerdos de empresa, al contrario, lo que pretendía era, precisamente, prolongar parte de su contenido”*. En efecto, en la medida en que la vigencia de dichos pactos finalizaba de inmediato y ante la posibilidad de que volvieran a regir las condiciones previstas en el convenio colectivo, cuya vigencia había finalizado con anterioridad a los pactos, merced a la hipotética aplicación de la tesis contractualizadora de tales condiciones convencionales, cuando la empresa (a través precisamente de una modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, aplicable solo a las condiciones contractuales) quiere evitar la aplicación del régimen salarial previsto en el convenio, dado que no puede sostenerse que las condiciones derivadas del convenio extinguido continúen vigentes con carácter normativo, única posibilidad para que hubiera sido exigible el procedimiento del artículo 82.3 ET, *“el único procedimiento modificativo aplicable era el seguido por la empresa; esto es, el artículo 41 ET”*⁴⁰. Tribunales inferiores han seguido estas mismas argumentaciones jurídicas confirmando que *“el*

³⁹ STS 7 de junio de 2018 .

⁴⁰ STS 7 de junio de 2018 .

acuerdo obtenido en vía judicial como medio de punto final de un proceso de conflicto colectivo no es un convenio colectivo, puesto que los sujetos intervinientes no contaban con la legitimación requerida para negociar un convenio colectivo de ámbito estatal como el que regula su relación laboral, pero sí estaríamos ante un pacto extraestatutario que dejó verdaderamente solventado el conflicto”⁴¹.

Conflictividad que se ha planteado cuando, desarrollándose una negociación del convenio colectivo, se plantea también una modificación sustancial de las condiciones de trabajo -coincidiendo en el tiempo-. Y a la pregunta de si es posible plantear una modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando coincide en el tiempo con las negociaciones del convenio colectivo, el Tribunal Supremo ha sido rotundo indicando que sí es posible. Esto es lo que sucede en este caso en donde las condiciones de trabajo de cuya modificación se trata dimanar de un acuerdo no estatutario -a pesar de que estén en la mesa de negociación del convenio colectivo-. En efecto, se suscita aquí la duda sobre un hipotético incumplimiento del deber de negociar de buena fe -ex art. 89.1 ET- por el mero hecho de poner en marcha ese mecanismo de la modificación sustancial de condiciones de trabajo en un momento en que ya se ha abierto el proceso de negociación colectiva encaminada a la suscripción de un nuevo convenio colectivo estatutario. En este sentido, los recurrentes argumentan que la empresa estaría privada de utilizar la iniciativa del art. 41 ET siempre que la mesa de negociación colectiva estuviera ya constituida. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, el planteamiento de los recurrentes no puede ser compartido por lo que no puede excluirse la posibilidad de que, aun cuando se esté negociando un convenio colectivo, puedan surgir las circunstancias que se configuran como causas legales válidas para la adopción de las medidas modificativas de las condiciones de trabajo, las cuales están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico como instrumentos de respuesta a situaciones negativas que vienen a justificar una actuación efectiva e inmediata, ligada a la coyuntura, sin otro blindaje que el que provenga de la regulación por convenio colectivo (puesto que, en este caso, el procedimiento correcto sería el descuelgue o inaplicación de la norma paccionada). En todo caso, el convenio colectivo que resulte de la negociación colectiva *“fijará el marco de condiciones de trabajo a aplicar en su ámbito y, en su caso, afectará a aquéllas que se hubieran visto alteradas por la medida empresarial, como también lo haría de llevarse a cabo la modificación con acuerdo”*. Además, la actuación en el marco del art. 41 ET, no necesariamente se extiende al mismo ámbito del convenio que pueda estar en negociación, ni siquiera exige que la configuración del banco social (los legitimados activos) sea la misma que la que la ley establece para la correcta

⁴¹ STSJ Madrid 21 de enero de 2019.

conformación de la comisión negociadora de un convenio colectivo. Lo que pone de relieve con la siguiente afirmación: *“piénsese en lo que sucedería si el ámbito del convenio colectivo fuera superior o si la comisión constituida al amparo del art. 41.4 ET no estuviera integrada por los mismos sujetos legitimados que están negociando el convenio colectivo”*. Por todo ello, la respuesta es contundente: no puede sostenerse que la empresa esté impedida de poner en marcha el trámite de la modificación sustancial por la coincidencia en el tiempo con las negociaciones del convenio colectivo⁴².

En la extensa doctrina sobre límites de los pactos individuales se confirma que⁴³, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva que ha quedado plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, sistema que viene determinado por la fuerza vinculante de los convenios que se encuentra constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE⁴⁴. Un pacto extraestatutario no puede, por tanto, contradecir derechos reconocidos en convenio colectivo. Con otros términos: las condiciones de trabajo mantenidas en un convenio colectivo estatutario no pueden quedar enervadas, ni tampoco ser relegadas, consecuencia de la aplicación de un pacto extraestatutario, ya sea anterior o posterior en el tiempo. Aplicado al caso concreto que vino a dirimir el asunto, no procede la inaplicación del plus de antigüedad o del derecho a dos días de descanso semanal consecutivos que se regulan en el convenio estatutario y que resulta más beneficioso para el trabajador por tratarse de una norma que debe ser respetada en virtud del principio de jerarquía normativa. Esta solución viene sustentándose jurídicamente por el Tribunal Supremo cuando nos confirma que *“un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir los derechos fundamentales, ni las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual, como expresión de la voluntad de las partes y fuente de los derechos y obligaciones que integran la relación laboral, de modo que carecen de virtualidad en lo que respecta a las cláusulas y condiciones que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de superior rango, legales, reglamentarias o convencionales, y eso es justamente lo que se dice en el artículo 3.1.c) al condicionar la validez de la voluntad de las partes manifestada en el contrato, a que su objeto sea lícito y sin que en ningún caso puedan*

⁴² STS 19 de septiembre de 2017 .

⁴³ Vid. GARCÍA MURCIA, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo de alcance colectivo mediante negociación directa del empresario con los trabajadores de su plantilla. STS-SOC núm. 706/2019, de 10 de octubre”, en Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL), núm. 8, 2019.

⁴⁴ STS 6 de septiembre de 2021 .

establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados⁴⁵. Por lo que es evidente, como ya hemos manifestado, que el contenido establecido en convenio colectivo estatutario no puede ser desplazado por otro que lo empeore y proceda de un pacto carente de la eficacia (normativa y general) propia de los convenios suscritos al amparo del Título III ET (es decir, los estatutarios).

V. ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL PERÍODO DE CONSULTAS EN LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL COLECTIVA DE CONDICIONES DE TRABAJO

1. La buena fe en los períodos de consulta para la implantación de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo

En cualquier tipo de medida de flexibilidad interna, lógicamente, es fundamental el papel que la negociación colectiva tendrá que desarrollar con la que se permitirá, creemos, una mejor adaptación de medidas internas y externas de flexibilidad, con especial referencia a la buena fe negociada⁴⁶. Podemos considerar a la buena fe como sinónimo de honradez, probidad o lealtad que una persona pone en sus actos⁴⁷. Es una cualidad o conjunto de cualidades inherentes a una persona en su trato social de la que deriva sensación de seguridad y confianza. En el aspecto jurídico, su aparición en la vieja Roma es paralela a la del *ius gentium* cuando aparecen situaciones que no integran el marco del *ius strictum* y que obliga al pretor a dejar en manos del juez la resolución del caso, lo que convierte a la *fides* en un mecanismo jurídico corrector de posibles desigualdades entre las partes de la relación contractual; pero la interpretación romanista de la buena fe en relación al ET nos permite deducir que la *fides* ha quedado reducida a lo puramente contractual, de acuerdo con el Código Civil que a su vez desemboca en los artículos 5 y 20 ET⁴⁸.

La buena fe viene a responder a un principio fundamental que comprende y se desarrolla en todo el sistema de derechos y obligaciones que disciplina la conducta del hombre en sus relaciones jurídicas con los demás que no es otro que el de la *bona fides* que entroncado con el *honeste vivere* del derecho clásico, se concreta en la exigencia de

⁴⁵ STS 27 de octubre de 2021.

⁴⁶ Vid. ORTEGA LOZANO, P. G.: "Cuestiones problemáticas vinculadas a la negociación colectiva", en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 385-426. ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. et al: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, *passim*.

⁴⁷ STSJ Comunidad Valenciana 17 de octubre de 2017. Vid. MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, *passim*.

⁴⁸ Vid. CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 136 y 137.

un obrar acorde con las reglas naturales y comúnmente recibidas de la honestidad y de la rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes⁴⁹, principio general de necesaria observancia que preside la contratación al estar implícito en el nacimiento, perfección y desarrollo de todo negocio jurídico acorde con la ley. Buena fe que se conecta directamente con la significación fundamental que en la relación de trabajo alcanzan tales normas como expresión de probidad en el cumplimiento del servicio encomendado, que debe desempeñarse con todo celo y pulcritud en aras del buen orden laboral y de los intereses de las partes.

En sentido objetivo la buena fe es considerada como un estándar jurídico consistente “en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija”⁵⁰. Pero este modelo no ha impedido delimitar la buena fe dentro del ámbito de los principios generales del derecho, convirtiéndose en principio fundamental del ordenamiento jurídico que informa la interpretación de sus normas y representa un determinante instrumento de integración⁵¹. En suma, el principio de buena fe completa el contenido del negocio más allá de las concretas previsiones que realizan las partes e incluso más allá de lo que puede disponer la norma que regula el negocio⁵².

La buena fe constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o, más extensamente, un principio general de derecho que impone un comportamiento comedido a valoraciones éticas que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos, convirtiéndose en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza⁵³. Además, se caracteriza por la rectitud y honestidad de la ejecución del contenido de las prestaciones que se han asumido en el contrato⁵⁴ -por todos los intervinientes-⁵⁵, así como en la efectiva voluntad de

⁴⁹ STSJ Madrid 10 de julio de 2017, STSJ Madrid 19 de enero de 2017, STSJ Madrid 10 de abril de 2015 y STS 11 de noviembre de 1981 .

⁵⁰ STS 11 de mayo de 1988 .

⁵¹ MOLINA NAVARRETE, C.: “Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-aborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992, p. 340.

⁵² RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTOYA MELGAR, A., MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coords.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), Madrid, 1990, p. 554.

⁵³ STS 4 de marzo de 1991 .

⁵⁴ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Dapp, Pamplona, 2010, p. 137.

⁵⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Wolters Kluwer, 2010, p. 257.

reciprocidad en la confianza y seguridad ajena que a su vez es excluyente de engaño y de toda finalidad de transformar el equilibrio de la relación contractual⁵⁶.

Concretando más, la buena fe ha sido vista como un concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales. Su existencia ha buscado la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilización, capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad⁵⁷. Por ello, a la hora de decidir sobre su contenido, ha de partirse de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución, alcanzadas por la sociedad en un determinado momento de su desarrollo cultural. En consecuencia, lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe, no podrá estar en desacuerdo con mandatos constitucionales, toda vez que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico a la que se debe acomodar cualquier otro texto normativo, así como la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales⁵⁸. Partiendo de la exigencia mutua y recíproca de la buena fe, no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales que “*aparece contradicho por la propia existencia de conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional*”⁵⁹.

La esencia del periodo de consultas estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo⁶⁰. La regla de que, durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe⁶¹, con vistas a la consecución de un acuerdo, queda transcrito en los artículos 40.2 ET, 41.4 ET y 51.2 ET. Con la buena fe se pretende evitar que el periodo de consultas se convierta en una simple formalidad a cumplir a la que se acuda como requisito o *conditio sine qua non* previo a la adopción de la medida por parte del empresario sin voluntad real de negociar⁶². En consecuencia, el

⁵⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 927.

⁵⁷ STSJ Galicia 10 de julio de 2017.

⁵⁸ STC 192/2003, de 27 de octubre.

⁵⁹ STC 120/1983, de 15 de diciembre.

⁶⁰ STS 18 de julio de 2014.

⁶¹ *Vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites de la inamovilidad de las posiciones empresariales durante el periodo de consultas”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2012, pp. 3 y ss. ARUFE VALERA, A.: “Preaviso, negociación de buena fe e indemnización en caso de cierre del negocio en los Estados Unidos. Un estudio desde la perspectiva del derecho español”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 6, 2014, pp. 77 y ss.

⁶² GUINDO MORALES, S.: *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021. GUINDO MORALES, S.: “La suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –ETOP– tras la irrupción del coronavirus: los expedientes de regulación temporal de

periodo de consultas es un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe. Y, en modo alguno, constituye un mero requisito de forma para proceder a la realización de los despidos colectivos, por lo que no basta con una actuación de las partes tendente a la simple observancia formal del trámite; se requiere de algo más: se precisa la adopción de una conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido. Se pretende lograr así lo que constituye el objetivo principal de la Directiva: que los despidos colectivos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores⁶³.

Se trata de saber, en definitiva, si el hecho de que el empresario rechace a lo largo del periodo de consultas cualquier alternativa de actuación diferente a las suscitadas en el momento inicial del periodo implica que incumple su obligación de buena fe negocial⁶⁴. ¿Y qué dicen los tribunales al respecto? Existen pronunciamientos judiciales a favor y en contra de ambos supuestos.

La inamovilidad de las posiciones empresariales implicará vulneración del deber de buena fe cuando venga cualificada, normalmente, por un mayor número de indicios. Aunque, en ocasiones, será preciso algo más. Verbigracia⁶⁵: por la inexistencia de toda explicación empresarial respecto del rechazo de las propuestas de los trabajadores; o

empleo –ERTES–”, en AA.VV.: *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 103-127.

⁶³ STJUE 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, C-201/15 y STS 21 de mayo de 2014 .

⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derechos a la información y a la consulta (artículo 21)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 773 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (artículo 29)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 905 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 27. Derecho de la información y consulta de los trabajadores en la empresa”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 597 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales a los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 120, 2013, pp. 439 y ss. GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020, pp. 15 y ss. GUINDO MORALES, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020, p. 20.

⁶⁵ GOERLICH PESET, J. M^a: “Desarrollo y contenido de las consultas”, en AA. VV., *Los periodos de consultas. XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013, p. 113.

por la firmeza en una oferta manifiestamente irrazonable por contener, por ejemplo, extremos ilegales. No se olvide que la buena fe está instrumentada al objetivo de la consecución de un acuerdo (“con vistas a la consecución de un acuerdo”, de conformidad con el art. 41.4 ET), lo que no ocurre cuando las mercantiles no dan opciones durante el periodo de consultas⁶⁶.

Más detenidamente, existe mala fe cuando la patronal está “*encaminada a cerrar las bases aéreas de las Islas Canarias y a convertir la base que explota en el Aeropuerto de Girona en una base de temporada o estacional al menor coste posible*”⁶⁷. Y ello puede deducirse de la acción de realizar al colectivo de pilotos (al día siguiente de comunicar la intención del cierre de las bases) una oferta de permisos sin sueldo por un año, traslados y recolocaciones en empresas del grupo. Tal oferta, lejos de suponer un acto de transparencia empresarial, suponen ya de inicio vaciar de contenido el ulterior periodo de consultas, cuyo inicio fue de forma deliberada retrasado por la empresa, sustrayendo parcialmente parte de su contenido esencial cual es la adopción de medidas tendentes a paliar las consecuencias del mismo. Así pues, considera el tribunal que, contrariamente a la previsión legal y con evidente intención de vaciar de contenido el periodo de consultas, la empresa de forma unilateral ha decidido negociar medidas que implican movilidad geográfica (traslados), recolocaciones en empresas del grupo y suspensiones del contrato de trabajo de forma directa con parte de los trabajadores afectados, como forma para eludir las mejores condiciones que pudieran haber obtenido de manera colectiva, con el consiguiente asesoramiento sindical, lo cual vicia de nulidad la totalidad del procedimiento de despido colectivo⁶⁸. En efecto, la negociación directa con los trabajadores afectados de medidas encaminadas a evitar o paliar las consecuencias de un despido colectivo, por aplicación de la doctrina de las negociaciones individuales en masa, quiebran el deber de negociación que impone el artículo 51.2 ET y vician de nulidad el despido colectivo en su totalidad. En suma, la “*empresa acudió al periodo de consultas con una decisión predeterminada e irrevocable, y que en ningún momento tuvo intención de abordar una negociación en los términos del artículo 51.2 ET*”⁶⁹.

En este mismo sentido, se considera que la entrega de documentación en lengua inglesa (o en cualquier otro idioma que no sea el de los negociadores) implica una manifiesta intención de dificultar el análisis de la documentación e información por parte de las personas que asesoran a los representantes sindicales, con independencia de

⁶⁶ STS 16 de diciembre de 2014.

⁶⁷ SAN 17 de abril de 2020.

⁶⁸ SAN 17 de abril de 2020, SAN 7 de mayo de 2018 y STS 29 de diciembre de 2019.

⁶⁹ STCo. 238/2005, de 26 de septiembre, STCo. 105/1992, de 1 de julio, STCo. 208/1993, de 28 de junio, STCo. 107/2000, de 5 de mayo y STCo. 225/2001, de 26 de noviembre.

que estos conozcan por razón de su trabajo tal idioma⁷⁰. O continuar las negociaciones una vez adoptada la decisión con una sola de las secciones sindicales, fragmentando por grupos profesionales la misma, amén de suponer una eventual lesión del derecho a la libertad sindical, evidencia un claro desprecio respecto a las secciones sindicales excluidas⁷¹. Otro dado por el que se infiere ausencia de buena fe empresarial se localiza cuando, habiendo sido objeto de negociación, se excluye, de la decisión final de empresario, el cambio en el sistema de trabajo y de descanso, para, posteriormente, implementarlo de facto mediante acuerdos individuales en masa⁷².

Sirven de pautas para analizar la negociación de la buena fe⁷³: la existencia de verdaderas propuestas y contrapropuestas; el acercamiento de posiciones; en el supuesto de que la decisión empresarial sea inmodificable por cualquier motivo debe de razonarse el motivo y negociar los extremos que se puedan (plazos, medidas paliativas, etcétera); no puede invocarse en sede judicial la quiebra de la buena fe cuando quién la denuncia podría haberla señalado en un momento anterior y subsanado en periodo de consultas; se puede rechazar una solicitud de prórroga en el periodo de consultas con la condición de que tal rechazo sea justificativo; existe mala fe cuando la medida se comunica a los trabajadores antes de concluir el periodo de consultas; existe vulneración de la buena fe por parte de la empresa cuando se reduce el número de trabajadores afectados por la medida extintiva en virtud de circunstancias ocultas durante el periodo de negociación.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se aborda el examen de la buena fe explicando que la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y (menos aún) a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero, de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar⁷⁴: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: artículo 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el artículo 89.1 ET (*“ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe”*); b) desde el momento en que el artículo 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de *“la consecución de un acuerdo”* y que el periodo de consultas *“deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus*

⁷⁰ SAN 17 de abril de 2020.

⁷¹ STS 22 de julio de 2015.

⁷² SAN 18 de octubre de 2021 .

⁷³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014, pp. 225 y ss. (recurso electrónico).

⁷⁴ STS 26 de marzo de 2014 y STS 18 de julio de 2014 .

consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento", está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial⁷⁵; c) Se evidencia la trascendencia que el legislador quiere dar al período de consultas al configurarlo, no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva entre la empresa y la representación legal de los trabajadores tendente a conseguir un acuerdo, que, en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe⁷⁶.

Para analizar el cumplimiento del deber de buena fe negocial "*habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones*"⁷⁷. Y todo ello partiendo de que la finalidad de los preceptos que se refieren a la buena fe (artículo 51.2 ET, artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE y Real Decreto 1483/2012) no es otra que la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas del despido y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente⁷⁸.

Así, respecto a lo que la jurisprudencia ha denominado como postura inamovible de la empresa, el hecho de que, al no alcanzarse un acuerdo, la decisión empresarial final se limitara a la indemnización legal de 20 días, sin otras mejoras, no puede afectar a la calificación de la actitud de la empresa durante el periodo de consultas⁷⁹. La carencia de la buena fe negocial por parte de la empresa necesita de algo más: la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio; en efecto, se niega que se haya desarrollado un verdadero periodo de consultas, no tanto porque no se moviesen las posiciones empresariales en el curso de las reuniones celebradas (en este caso concreto, tres reuniones), sino porque a lo anterior se une también el dato significativo de la referida desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final "*inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo*"⁸⁰.

Para el Tribunal Supremo, la ley establece una obligación de negociar, no de llegar a un acuerdo, y que, en este caso, "*gran parte de las propuestas formuladas por la*

⁷⁵ STS 9 de enero de 2019 , STS 27 de mayo de 2013 , STS 22 de diciembre de 2014 y STS 16 de diciembre de 2014 .

⁷⁶ STS 16 de noviembre de 2012.

⁷⁷ STS 20 de marzo de 2013 y STS 18 de febrero de 2014 .

⁷⁸ STS 31 de octubre de 2017 .

⁷⁹ STS 21 de mayo de 2014 .

⁸⁰ STS 20 de marzo de 2013 .

representación de los trabajadores eran de difícil, si no imposible asunción por la corporación en un tiempo razonable, con ciertas garantías de éxito y sin dificultades jurídicas”, propuestas a las que se vino a dar respuesta motivada durante el periodo de consultas, y es que, a pesar de que el resultado no variara respecto a la posición inicial de la empleadora, específicamente por su posición de Administración pública, dada su naturaleza y régimen jurídico aplicable, es necesario tener en cuenta las mayores dificultades jurídicas para negociar gran parte de las referidas medidas⁸¹.

Por tanto, no se vulnera el deber de negociar de buena fe cuando en el periodo de consultas se hicieron propuestas y contrapropuestas, se ha aportado la documentación preceptiva, se han aportado criterios de selección, se ha acreditado la causa de la decisión, se han celebrado diversas reuniones negociadoras (con numerosos turnos de intervenciones), sin que pueda tildarse a la parte empresarial de única culpable del fracaso de dichas reuniones y de la no consecución de un acuerdo, pues debe tenerse presente que por la parte contraria no se aceptó ninguna de las ofertas de la empresa. En esas condiciones, *“la ausencia de acuerdo, las leves protestas acerca de los criterios de designación, o las reiteradas solicitudes respecto del listado de afectados no pueden conducir a negar el cumplimiento de la referida obligación”*⁸².

Ha de reiterarse, en fin, que es la existencia de la buena fe lo que se presume y no lo contrario⁸³. Además, la buena fe es una obligación bilateral o recíproca que vincula a ambas partes: los trabajadores tienen como deberes básicos cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia; buena fe que ha de presidir las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores y que es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza bilateral genera derechos y deberes recíprocos⁸⁴.

La mercantil no negocia de mala fe cuando de la lectura del periodo de consultas se revela que se otorgó respuesta a cada una de las propuestas de los representantes de los trabajadores; incluso, la propia empresa alteró su posición *“en varias ocasiones durante el periodo de consultas, lo que acredita su disposición a dejarse convencer por las posturas de la contraparte”*⁸⁵. Sin embargo, desde la perspectiva del empresario, se vulnera la buena fe en la negociación cuando rechaza y se niega a negociar o ceder en cualquier aspecto⁸⁶; o se ocultan o alteran datos o se entrega parca o incompleta información negocial⁸⁷. Desde la perspectiva de los representantes legales de los

⁸¹ STS 18 de febrero de 2014 .

⁸² STS 31 de octubre de 2017 .

⁸³ STS 28 de enero de 2015 .

⁸⁴ STS 9 de diciembre de 1982 y STSJ de Asturias 30 de marzo de 2012.

⁸⁵ STS 27 de mayo de 2013 .

⁸⁶ STS 18 de febrero de 2014 .

⁸⁷ STS 20 de mayo de 2014 .

trabajadores, no puede alegarse incumplimiento de la buena fe del empresario cuando no se presentan propuestas serias o existe una posición obstruccionista por parte de los representantes⁸⁸; cuando los representantes no dejan margen de diálogo abandonando las reuniones por no aceptarse sus propuestas⁸⁹, sin que pueda tildarse a la parte empresarial de única culpable del fracaso de dichas reuniones y de la no consecución de un acuerdo, cuando por la parte de los trabajadores no se acepta ninguna de las ofertas propuestas por la empresa⁹⁰.

Asimismo, es indiferente el número de reuniones que se hayan celebrado, pues lo realmente importante es el contenido negocial de las mismas⁹¹. Al hilo de lo comentado, por tanto, existe buena fe cuando la empresa realiza diversas propuestas, las cuáles, fueron rechazadas por los trabajadores, más cuando la empresa varía su propuesta inicial disminuyendo el número de trabajadores despedidos y aumentando la indemnización de los mismos⁹². Tampoco se aprecia mala fe en las negociaciones por el hecho de que *“el penúltimo día de las negociaciones se hiciese alguna oferta, pues a medida que se va negociando las partes van fijando sus posiciones y conociendo las de la contraria, lo que conduce a realizar una determinada oferta en los últimos días de la negociación”*⁹³. Ni tampoco cuando, dada la grave situación económica de la empresa, la misma no tenía posibilidad real de ofrecer otras alternativas más favorables a los trabajadores, por lo que no cabe calificar de mala fe el que no formulara propuestas que mejoraran las iniciales ofrecidas en el periodo de consultas⁹⁴.

Existe también mala fe cuando la empresa decide negociar de manera paralela e individual con los trabajadores directamente afectados por el despido; de esta manera se quiebra el principio de buena fe y se transforma en fraudulento el periodo de consultas: *“esa negociación paralela con los trabajadores individualmente afectados constituyó un fraude de ley al vaciar de contenido el propio proceso negociador del periodo de consultas, impidiendo, por consiguiente, que dicho periodo alcanzase ninguno de sus objetivos”*⁹⁵. Ello constituye un claro indicio de vulneración del derecho a la libertad sindical⁹⁶, en su vertiente de negociación colectiva, al impedir que el periodo de

⁸⁸ STS 14 de octubre de 2015 .

⁸⁹ STS 22 de diciembre de 2014 .

⁹⁰ STS 26 de enero de 2016 .

⁹¹ STS 14 de octubre de 2015 .

⁹² STS 25 de marzo de 2015 .

⁹³ STS 23 de septiembre de 2014 .

⁹⁴ STS 20 de octubre de 2015 .

⁹⁵ STS 20 de mayo de 2014 .

⁹⁶ VILA TIerno, F.: “Despido nulo y vulneración del derecho a la representación de los trabajadores. Libertad sindical y prioridad de permanencia SJS Madrid núm.12, de 29 de abril 2016”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018, pp. 247 y ss.

consultas, como manifestación de la negociación colectiva, se desarrolle por los mecanismos legales y adecuados⁹⁷.

Tampoco es admisible que *“se propongan 42 despidos y se reduzcan inicialmente a 31, aunque la empresa condicionó la modificación de esa postura inicial, que mantuvo inamovible durante toda la negociación por ser la única alternativa viable, salvo que hubiera contrapropuestas y cuando estas se producen, se descartan totalmente, para reducir sin explicación alguna un número tan significativo de despidos”*⁹⁸. En este mismo sentido, no es legítimo por parte del empresario modificar los despidos planteados (aumentándolos) cuando las negociaciones han versado en un número inferior de despidos de trabajadores. Por tanto, la alteración cuantitativa de los despidos inicialmente planteados (de 76 a 136 trabajadores) exige que se hubiera abierto un nuevo periodo de consultas: *“la relevante modificación de la decisión que abrió el periodo de consultas y sobre la que versaron las negociaciones, alterada al momento del acta final y de nuevo incrementada en las posteriores comunicaciones a la Autoridad laboral, fuera ya del periodo consultivo, suponen sencillamente que el periodo de consultas legalmente exigido no se ha llevado a cabo”*. Por tanto, si la decisión empresarial es la alteración cuantitativa de la medida, debe abrirse un nuevo periodo consultivo desde su inicio no sólo para poder entablar la correspondiente negociación, sino para permitir que el empresario fundamente adecuadamente las nuevas causas invocadas y la proporcionalidad de la decisión extintiva ahora adoptada. No cabe, por lo tanto, alterar cuantitativamente la decisión extintiva inicial sobre la que basculó el periodo consultivo (76 trabajadores) y adoptar como decisión final otra notablemente más gravosa (136 trabajadores). Al no actuar así, la decisión empresarial, por lo demás sólo comunicada a la Autoridad Laboral y no a los representantes de los trabajadores, es nula porque se adopta sin dar cumplimiento al periodo de consultas previo a dicha decisión -ello determina la nulidad del despido-⁹⁹.

En efecto, la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido artículo 7 CC, precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que sea la calificación jurídica que el mismo tenga, hasta el punto de alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE. Por tanto, a la hora de determinar la licitud o ilicitud del ejercicio del derecho, es la buena fe a la que hay que atender para

⁹⁷ STS 24 de julio de 2014 .

⁹⁸ SAN 28 de marzo de 2014.

⁹⁹ SAN 29 de julio de 2014.

determinar el ámbito de actuación permitido¹⁰⁰. En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como “condicionamiento” o “límite adicional”. De manera que con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro derecho (como, por ejemplo, el del empresario a proceder a la modificación de condiciones de trabajo en las situaciones legalmente previstas) ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales¹⁰¹.

Localizamos, en la doctrina del Tribunal Supremo, determinados precedentes sobre la buena fe que sirve para la orientación de un casuismo amplio (aplicado tanto a despidos colectivos como modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; en definitiva, aplicable a cualquier periodo de consultas): a) Que en el marco de esa obligación de negociación de buena fe, ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, más tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de la información necesaria¹⁰². b) Que configurado de esta manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones¹⁰³. c) La carencia de buena fe debe ligarse a los supuestos en los que se localice ausencia de un verdadero periodo de consultas, por lo que la mala fe ha de excluirse cuando se cumplen los deberes de información, se producen numerosas reuniones y hay variación sobre las ideas iniciales de la empresa¹⁰⁴. d) Debe apreciarse falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio¹⁰⁵.

De lo que se trata es que los negociadores conozcan la intención empresarial y sus razones y puedan participar en la conformación de la misma aportando sus propuestas o mostrando su rechazo, lo que se producirá cuando la información sea suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente, sin que la ausencia de documentos intrascendentes sea

¹⁰⁰ STS 16 de julio de 2015 .

¹⁰¹ STS 17 de julio de 2014 .

¹⁰² STS 30 de junio de 2011 , STS 26 de marzo de 2014 y STS 22 de diciembre de 2014 .

¹⁰³ STS 18 de febrero de 2014 y STS 21 de mayo de 2014 .

¹⁰⁴ STS 21 de mayo de 2014 .

¹⁰⁵ STS 20 de marzo de 2013 , STS 21 de mayo de 2014 y STS 22 de diciembre de 2014 .

relevante al respecto¹⁰⁶. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo¹⁰⁷. El deber de negociar no comporta la obligación de convenir¹⁰⁸; en otros términos, la ausencia de acuerdo nada significa porque la norma obliga a negociar, pero no a pactar¹⁰⁹. Asimismo, la buena fe tampoco comporta el deber de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos¹¹⁰. En definitiva, la buena fe no exige la aceptación de las contrapropuestas, pero sí requiere la explicación sobre los motivos del rechazo¹¹¹.

2. Perspectivas jurisprudenciales respecto a la documentación e información a facilitar por la mercantil durante el período de consultas

El periodo de consultas constituye una clara manifestación de negociación colectiva compleja que exige al empleador proporcionar a la representación legal de trabajadores toda la información pertinente para que pueda alcanzar sus fines¹¹². La información pertinente es la que ofrece a los representantes de los trabajadores tener un conocimiento cabal que le permita formular propuestas constructivas que eviten o reduzcan las medidas a adoptar y alivien sus consecuencias para los trabajadores afectados, lo que obligará a que dispongan de ella en tiempo hábil¹¹³, entendiéndose por tiempo hábil el que posibilite alcanzar los objetivos de la consulta, por lo que la aportación tardía de documentación no comportará mecánicamente la nulidad. Ahora bien, si se aporta dicha documentación, la representación legal de los trabajadores no puede exigir más documentación, salvo que acredite su relevancia¹¹⁴, ni pueden exigir que el empresario elabore documentos que no existen¹¹⁵. Esa información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su

¹⁰⁶ STS 14 de octubre de 2015 y STS 27 de mayo de 2013 .

¹⁰⁷ STS 18 de julio de 2014 y STS 16 de diciembre de 2014 .

¹⁰⁸ STS 16 de julio de 2015 , STS 17 de mayo de 2011 , STS 20 de mayo de 2013 y STS 21 de octubre de 2013 .

¹⁰⁹ STS 26 de enero de 2016 .

¹¹⁰ STS 27 de mayo de 2013 .

¹¹¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014, pp. 225 y ss.

¹¹² ORTEGA LOZANO, P. G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del COVID-19: cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, Granada, Comares, 2021. ORTEGA LOZANO, P. G.: “La necesaria documentación e información de la empresa para la apertura del período de consultas”, en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs.) *et al: Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022, pp. 363-401.

¹¹³ STJCE 10 de septiembre 2009.

¹¹⁴ STS 27 de mayo de 2013 y SAN 30 de mayo de 2014.

¹¹⁵ SAN 16 de mayo de 2014 y SAN 11 de noviembre de 2014 .

adecuación con la medida¹¹⁶. Cuando no se hiciera así -ahora sí- la consecuencia a analizar sí sería la de la nulidad¹¹⁷.

Sobre la documentación a aportar, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo que, aunque ciertamente no exista previsión legal ni reglamentaria, con la finalidad de que pueda llevarse realmente a efecto la negociación exigible durante el periodo de consultas, la documentación deberá ser la suficiente para que, como establece el art. 41.1 ET, la empresa pueda acreditar los motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción que justificarían la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que pretende llevar a cabo la dirección de la empresa¹¹⁸. El objetivo de la aportación documental por parte de la empresa tiende a garantizar que el periodo de consultas pueda cumplir con su finalidad de posibilitar la negociación entre empresa y representantes de los trabajadores. Asimismo, en el precepto legal, ni se impone un número mínimo de reuniones, ni tampoco un contenido concreto; por tanto, hay que estar a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones argumentativas, y, además, puedan participar en su conformación aportando sus propuestas o mostrando su rechazo¹¹⁹. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo¹²⁰.

Es evidente que la literalidad del artículo 41.4 ET no establece una concreta obligación de entregar información específica o indeterminada y solo se limita a exigir que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo vaya precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La obligación de seguir un período de consultas es también concreción directa de la previsión general contenida en el artículo 64.5 ET, según la que los representantes de los trabajadores tendrán derecho a ser informados y consultados, entre otras cuestiones, sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios o alteraciones relevantes en cuanto *“a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, pues no cabe duda de que una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo constituye un cambio relevante*

¹¹⁶ SAN 21 de noviembre de 2012 y STS 25 de junio de 2014 .

¹¹⁷ SAN 24 de febrero de 2014.

¹¹⁸ STS 16 de diciembre de 2014 .

¹¹⁹ STS 30 de junio de 2011 y STS 26 de marzo de 2014 .

¹²⁰ STS 18 de julio de 2014 .

en los contratos de trabajo”¹²¹. El artículo 64.6 ET establece la obligación del empresario de facilitar la información al comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta. Trasladándonos al periodo de consultas del artículo 41.4 ET, dado que no hay específicamente nada previsto en el precepto, el Tribunal Supremo establece que rige el criterio general según el que el contenido de la información será apropiado si permite a los representantes de los trabajadores preparar adecuadamente la consulta. Hay que tener presente también que, de conformidad con el art. 64.1 ET, se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Es obvio que la documentación que la empresa debe facilitar posee carácter instrumental puesto que su finalidad no es otra que la de mantener el esencial derecho de información de la parte trabajadora a los efectos de poder iniciar y desarrollar el periodo de consultas con miras a alcanzar un acuerdo. Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido que las exigencias documentales no poseen valor “*ad solemnitatem*”¹²². Igualmente deben quedar excluidos los documentos que se revelen intrascendentes a los efectos de la finalidad de la norma, que no es otra que la de proporcionar información que permita una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo u otras posibles medidas paliativas, sustitutorias o complementarias¹²³. Y en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el Tribunal Supremo ha entendido que “*no es exigible toda la documentación que el RD 1483/2012 establece para el despido colectivo y, aunque se admitiera que pudiera exigirse dicha documentación, la falta de algún documento no comportaría “per se” la nulidad de la modificación*”, lo que no excluye que resulte exigible la entrega de los documentos que sean trascendentes para la consecución de la finalidad perseguida por la norma¹²⁴. En suma, cabe considerar de obligada presencia tanto aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas, como de los que justifiquen las correspondientes medidas a adoptar y, con carácter general, todos aquéllos que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas¹²⁵.

¹²¹ STS 13 de octubre de 2015 .

¹²² STS 27 de mayo de 2013 y STS 19 de noviembre de 2013 .

¹²³ STS 21 de mayo de 2014 .

¹²⁴ STS 24 de julio de 2015 .

¹²⁵ STS 8 de septiembre de 2020 , STS 16 de julio de 2015 , STS 16 de diciembre de 2014 , STS 23 de octubre de 2015 , STS 3 de noviembre de 2015 y STS 9 de noviembre de 2015 .

Los reproches sobre omisiones informativas se han convertido en el principal factor de conflictividad, lo cual obliga a la jurisprudencia a definir qué requisitos son necesarios para que la documentación complementaria sea pertinente. Trasladándonos a los criterios jurisprudenciales exigidos en supuestos de extinciones colectivas, como decíamos, la jurisprudencia ha concluido que la documentación requerida por el artículo 4 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, no tiene valor “*ad solemnitatem*”, por lo que solo provocará la nulidad del despido aquella que impida una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo¹²⁶. Esa conclusión podría hacer pensar que la documentación, contenida en el citado precepto, no es relevante por sí misma, lo que sería totalmente equivocado, puesto que su falta de aportación comportará normalmente la nulidad del despido¹²⁷, salvo cuando se acredite que su omisión no impidió que el periodo de consultas alcanzara sus fines¹²⁸, lo que sucederá normalmente cuando concluya con acuerdo¹²⁹.

Llegados a este momento, y cuando se constate que la empresa ha cumplido sus deberes legales y reglamentarios de información durante el periodo de consultas, debe despejarse si el periodo de consultas ha cumplido los objetivos previstos. Y sí se cumple con los objetivos de la normativa cuando queda acreditado que la empresa ha explicado la pertinencia de cada uno de los documentos que se solicitaron reunión tras reunión. Lo que puede también convertirse en una mala práctica por los representantes de los trabajadores cuando tienen la intención de impedir objetivamente que el periodo de consultas alcance sus fines centrando el tema de la discusión judicial en si se ha procedido a la aportación de los documentos solicitados masivamente, lo cual fomenta objetivamente que la negociación se convierta en un caos, en la que es imposible discriminar qué documentos son pertinentes y cuales no lo son, cuales se aportaron y cuales no y si los no aportados eran pertinentes o no y si, aun siéndolo, no impidieron que el periodo de consultas alcanzase sus fines. Por tanto, para la jurisprudencia, no es admisible solicitar en cascada decenas de documentos, muchos de los cuales pueden no existir, lo que obligaría a su elaboración por la empresa, sin precisar su necesidad para cumplir todos o algunos de los objetivos del periodo de consultas, porque dicha actuación desborda claramente los límites de la buena fe exigible durante el periodo de consultas, puesto que desvía el foco de atención del objeto de debate, para centrarlo en una discusión permanente y desordenada sobre la aportación desmedida de documentación¹³⁰.

¹²⁶ STS 27 de mayo de 2013 y STS 18 de febrero de 2014 .

¹²⁷ STS 25 de febrero de 2015 .

¹²⁸ STS 18 de julio de 2014 .

¹²⁹ STS 19 de noviembre de 2013 .

¹³⁰ SAN 13 de noviembre de 2015.

En suma, lo importante es que exista una interrelación entre la documentación que la empresa debe entregar y el cumplimiento de la finalidad del periodo de consultas, para que los representantes de los trabajadores puedan disponer de una información suficientemente expresiva para conocer las causas de la medida y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente¹³¹. Por lo tanto, no toda insuficiencia en la documental entregada acarrea la declaración de nulidad, sino solo aquella que impida la consecución de la finalidad del precepto, es decir, que no proporcione a los representantes de los trabajadores la información suficiente para poder negociar con cabal conocimiento de la situación de la empresa y de las causas que alega¹³². Lo que es evidente es que se produce una negociación correcta cuando existen propuestas y contrapropuestas efectivas, acreditando, de este modo, que el periodo de consultas alcanzó ejemplarmente sus fines¹³³.

Volviendo al planteamiento de casos concretos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, el Tribunal Supremo ha confirmado su corriente doctrinal en el sentido de que el art. 41 ET no contiene previsión alguna relativa a la documentación que debe ser aportada en el período de consultas previo a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo -sin que resulte aplicable el RD 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada-. Por tanto, respecto a la documentación, se requiere la presencia de todos aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas y que justifiquen las correspondientes medidas a adoptar, pero, especialmente, todos aquellos documentos que permitan cumplir con la finalidad misma de la celebración del periodo de consultas¹³⁴.

Por tanto, facilitar determinada documentación no tiene una configuración formal, sino que ha de ser examinada desde una óptica instrumental, tratando de garantizar el deber de negociar de buena fe, lo que requiere de la puesta a disposición de la información necesaria que permita una efectiva negociación entre las partes¹³⁵. Es por ello que cada caso merece ser analizado con la finalidad de examinar si la parte social se ha visto privada de información o documentación necesaria con la que poder constituir su opinión y diseñar su postura. Cuando no existe base conveniente para la parte social desde el punto de vista documental o de otras evidencias, no se está ante un verdadero periodo de consultas. La conveniencia se construye sobre la naturaleza de las causas alegadas

¹³¹ STS 5 de abril de 2017 , STS 16 de junio de 2015 y STS 20 de marzo de 2013 .

¹³² STS 21 de mayo de 2014 .

¹³³ STS 27 de mayo de 2013 , STS 30 de junio de 2011 y SAN 21 de noviembre de 2012 .

¹³⁴ STS 16 de julio de 2015 , STS 16 de diciembre de 2014 , STS 23 de octubre de 2015 y STS 9 de noviembre de 2015 .

¹³⁵ STS 19 de abril de 2016 .

para justificar la medida, de manera que la documentación presentada puede resultar esencial o relevante en unas pruebas y no en otras. Los artículos 4 y 5 del RD 1483/2012 pueden servir de guía práctica, pero la falta absoluta de documentación necesaria o la situación de desventaja en que se coloca a la parte social puede transgredir el mandato de la buena fe y, por tanto, la materialización de la consulta¹³⁶.

Parece que la técnica más adecuada sería la del análisis del caso por caso¹³⁷. Asimismo, no todo incumplimiento formal comporta la consecuencia de nulidad, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada¹³⁸; igualmente también debe negarse la nulidad por falta de prueba por la parte social de la trascendencia de los documentos que se reclaman¹³⁹. Por el lado contrario, se ha confirmado la nulidad de la medida por defectuoso cumplimiento al no exponer la empresa con la necesaria claridad las causas que justificaban la modificación: *“aunque parece que pudiera haberseles entregado los pliegos de condiciones y los mencionados cuadros empresariales de distribución de jornadas, no se acompañó durante las consultas, la necesaria explicación técnica de los criterios seguidos en su elaboración”*¹⁴⁰. También debe declararse la nulidad cuando no se ha aportado por la empresa la documentación económica necesaria para que los representantes de los trabajadores afronten las consultas con plenas garantías y con total conocimiento de las circunstancias concurrentes: *“la empresa proporcionó tardíamente -cuando ya habían transcurrido doce días desde el inicio de las consultas- las cuentas auditadas del ejercicio 2012, y no entregó, a pesar de que habían sido solicitadas reiteradamente por la contraparte, las cuentas provisionales del ejercicio 2013. Tampoco la empresa ofreció explicación alguna ni entregó información sobre las razones por las que se reducía el salario a unos trabajadores y a otros no, ni tampoco las diferencias porcentuales de disminución salarial entre los diferentes trabajadores afectados y ello pese a que la comisión negociadora representativa de los trabajadores había insistido sobre la necesidad de contar con dicha información en varias de las reuniones del periodo de consultas”*¹⁴¹.

Por otro lado, el Tribunal Supremo considera nula la decisión empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo por no facilitar la empresa la información adecuada a la representación de los trabajadores durante el periodo de

¹³⁶ STS 9 de noviembre de 2015 .

¹³⁷ STS 19 de abril de 2016 .

¹³⁸ STS 24 de julio de 2015 .

¹³⁹ STS 14 de octubre de 2015 .

¹⁴⁰ STS 3 de noviembre de 2014 .

¹⁴¹ STS 13 de octubre de 2015 .

consultas, entendiéndose que para cumplir con esa obligación no basta con la aportación de una ingente cantidad de documentos de imposible entendimiento que carecen de una correcta explicación de su contenido y de una eficiente exposición de la incidencia que esos datos hayan de tener en las medidas que la empresa pretende aplicar, hasta el punto de hacerlos inmanejables y prácticamente ininteligibles para la representación de los trabajadores. Por tanto, no debe tenerse en cuenta solo el número y la cantidad de documentos aportados por la mercantil, sino también de la calidad de la información contenida en los mismos, pues no debe olvidarse que la finalidad del periodo de consultas consiste en que los negociadores dispongan de forma efectiva de toda la información necesaria para negociar de conformidad a las reglas de la buena fe. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina jurisprudencial entiende que *“en muchas ocasiones deberá entregar la empresa farragosos documentos técnicos para cuya correcta interpretación sea incluso necesario que la representación de los trabajadores deba recurrir a expertos y asesores externos”*, lo que no supone que la mercantil esté incumpliendo los deberes de información que les corresponden cuando la naturaleza de esos datos vaya indisolublemente unida su inevitable complejidad técnica que impida cualquier otra forma posible de facilitar esa singular información. Pero esto no es lo que ha ocurrido en este caso en el que se destaca *“la enorme complejidad que conllevaba la simple inteligibilidad de los documentos en orden a acreditar su fiabilidad; la fuente utilizada para su elaboración; y el método de cálculo empleado”*, advirtiendo el tribunal, precisamente, que podría haberse subsanado fácilmente mediante la elaboración del correspondiente informe técnico que perfectamente estaba al alcance de la empresa, tal y como lo *“demuestra que aportara al acto de juicio un informe pericial en el interés de convencer al órgano judicial”*, lo que no se hizo durante el periodo de consultas porque no se quiso transmitir a la representación de los trabajadores la información oportuna para asegurar una negociación efectivamente informada¹⁴².

VI. ALTERACIONES O MODIFICACIONES COMO “NO SUSTANCIALES” EN ÉPOCA DE COVID-19 CONSECUENCIA DEL DERECHO DE EMERGENCIA

Las circulares emitidas por la Administración para la modificación temporal y excepcional de las condiciones de jornada y horarios del personal laboral a consecuencia del Covid-19 no se han considerado sustanciales. Debe partirse de que las circulares fueron consecuencia de la crisis sanitaria que había provocado el Covid-19 y que motivó que se declarase el estado de alarma en el que se otorgaba carácter preferente al trabajo no presencial. Y se considera que es justo a esa situación a la que

¹⁴² STS 26 de junio de 2018 .

atienden las circulares que, ante ese momento excepcional y temporal, dentro del poder de organización y dirección que ostenta el empleador, se vinieron a fijar unas determinadas medidas en relación con el trabajo no presencial, lo que no puede calificarse de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Lo que se está valorando es determinar si las alteraciones producidas constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debiera ser adoptada por la vía del art. 41 ET. Y, en ese sentido, es unánime el criterio jurisprudencial al considerar que no se puede entender que sea tal ni, por ende, que se tuviera que adoptar previa negociación. Alteraciones que se han justificado en la especial situación de crisis sanitaria que estaba sufriendo el país y que vino a motivar que, por razones de salud pública, “*se tuviera que acudir al trabajo no presencial, para proteger frente al contagio*”¹⁴³. En definitiva, todas estas medidas se deben considerar razonables y no constituyen modificación sustancial encajable en el art. 41 ET.

Cuando la empresa ha adoptado unilateralmente una serie de medidas de modificación de jornadas, horarios y sistemas de trabajo, en razón de la excepcional situación surgida tras la declaración del estado de alarma, tales decisiones empresariales deben considerarse excepcionales -consecuencia de la situación derivada del estado de alarma producido por el Covid-19-, por lo que no pueden constituir una modificación de las condiciones de trabajo catalogada de sustancial¹⁴⁴. Se trata de supuestos excepcionales en los que las empresas -y Administraciones públicas como luego referiremos- han venido a limitarse al cumplimiento de la aplicación de la normativa -a ese denominado Derecho de emergencia-, lo que se inició tras la publicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19, medidas que, a su vez, debían vincularse con la normativa de prevención de riesgos laborales, y, en todo caso, con la finalidad de preservar la vida y la integridad de los trabajadores ante una situación excepcional y temporal dentro del adecuado marco del poder de dirección y organización asignado a la empresa (art. 20 ET). Situación que no puede constituir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET¹⁴⁵. Y es congruente el Tribunal Supremo cuando afirma lo siguiente: “*y basta una simple reflexión sobre este particular, para destacar que bajo la situación de pandemia no parece lo más razonable admitir mayores dosis de flexibilidad, que dejen en manos de cada uno de los trabajadores los momentos de incorporación al trabajo o de realización de las pertinentes pausas, sino que debe prevalecer una rigurosa ordenación de los tiempos de trabajo que impida la*

¹⁴³ STS 7 de abril de 2022 .

¹⁴⁴ STS 20 de octubre de 2021 .

¹⁴⁵ STS 15 de julio de 2021 y STS 12 de mayo de 2021 .

*eventual acumulación que pudiere derivarse de la incontrolable utilización por cada uno de ellos de esa mayor flexibilidad horaria*¹⁴⁶.

En esa misma sintonía, fueron varias las Administraciones públicas que dictaron circulares por las que se modificaron, temporal y excepcionalmente, las condiciones de las jornadas y horarios del personal funcionario y laboral, así como comunicaciones sobre medidas de salud preventivas, ejecución del trabajo y condiciones laborales, además de criterios internos de actuación en relación con las condiciones de retorno progresivo a la actividad presencial en los centros de trabajo. A pesar de todo ello (creemos que con lógica), el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que, amparándose en la situación tan excepcional sobrevenida, dichas alteraciones no pueden considerarse una modificación sustancial. Más que todo, porque empresas y Administraciones se han limitado a aplicar una normativa excepcional para hacer frente a una situación anómala y temporal ejecutada dentro del marco del poder de dirección y organización asignado al empresario¹⁴⁷.

Situaciones generadas que derivaron en muchas otras cuestiones, todas ellas resueltas en el mismo sentido. Al respecto, tampoco se considera modificación sustancial cuando se aumenta la bolsa de horas disponibles como consecuencia de las desprogramaciones derivadas de la falta de actividad por la Covid-19. Se trata, en este caso, de una materia concreta que ha merecido una respuesta específica y coyuntural, precisando que la aplicación del artículo 34.2 ET permite, sin necesidad de pacto previo, que el empresario distribuya de forma irregular hasta el 10 por ciento de la jornada anual, sin que con la distribución irregular de la jornada se haya producido una modificación convencional, ni tampoco una modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹⁴⁸.

Mismo criterio aplicado cuando se considera que la distribución de la jornada fue producto de una situación de emergencia que no vulnera las normas de salud de los trabajadores ni les supone la imputación de un coste, sino que se trata de una medida de distribución irregular derivada de la situación excepcional consecuencia del Covid-19, que exigió medidas de flexibilización interna, que, además, fueron pactadas con la representación sindical mayoritaria. Y no atentando el acuerdo de compensación a normas indisponibles, como imputación a vacaciones, sino a una bolsa de excedente horario, el mismo se halla incardinado plenamente en los términos de legalidad del

¹⁴⁶ STS 20 de octubre de 2021 .

¹⁴⁷ STS 14 de febrero de 2023 .

¹⁴⁸ SAN 22 de abril de 2021 y confirmada por STS 17 de marzo de 2022 .

artículo 34 ET, sin que suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹⁴⁹.

Si avanzamos en la cuestión, se declara también la inexistencia de modificación sustancial a pesar de que no se abone el anticipo de la retribución variable de determinado personal por encontrarse dicho complemento indisolublemente unido al cumplimiento de unos objetivos que no se alcanzaron consecuencia de la excepcional situación derivada del estado de alarma, tratándose, además, de una medida temporal: *“el complemento va indisolublemente unido al cumplimiento de unos objetivos, que iba a ser cero ante la previsión de cierre del ejercicio 2020 en unos 478 millones de pérdidas”*, medida que, además, *“ha sido temporal”*. No estamos ante una modificación que pueda ser calificada de sustancial, sino ante una variación temporal circunstancial que impide que se pueda respetar lo pactado por concurrir circunstancias excepcionales y razonables como las provocadas por la pandemia¹⁵⁰.

Mismo criterio es el utilizado para validar la adopción de medidas de carácter temporal con finalidad de preservar la salud de los empleados y clientes, así como el desarrollo de la actividad empresarial. Medidas adoptadas que se vinculan estrictamente a la importancia de su finalidad, especialmente, la de minimizar la magnitud de los riesgos de un posible contagio y preservar la salud de las personas trabajadoras frente al Covid-19¹⁵¹. Adopción de medidas que no constituyen una modificación sustancial, por cuanto la mercantil se limita a aplicar la normativa de emergencia coherenciándola con la normativa de prevención de riesgos laborales dentro del adecuado marco del poder de dirección y organización asignado a la empresa. Temporalidad de la medida que también ha sido expuesta en las comunicaciones empresariales: *“la misma no implicará cambio en las condiciones de trabajo en lo que se refiere a salario, categoría y jornada y que, si por necesidades del servicio fuera preciso realizar una modificación de la jornada establecida en contrato, esta sería por el tiempo del desplazamiento”* y que *“en el momento en que, bien por decisión de la empresa, bien por tu parte o por transcurso del tiempo establecido, se pusiera fin al desplazamiento, volverás a prestar servicios en tu tienda, en el sistema organizativo y horario de la misma”*. Frente a tal situación -dada la excepcionalidad de la situación y el derecho de emergencia sanitaria- no nos

¹⁴⁹ STS 16 de diciembre de 2021 .

¹⁵⁰ STS 20 de octubre de 2021 .

¹⁵¹ POQUET CATALÁ, R.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: ¿es aplicable en la era COVID-19?”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 249, 2022, pp. 103-140. GARCÍA DIÉGUEZ, G. y ALCANIZ SOBRINO, I.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el descuelgue del convenio en época de crisis”, en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. (Dir.) *et al: Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 133-150.

encontramos ante una modificación sustancial, ni ante una inaplicación o descuelgue del convenio colectivo, sino ante una variación temporal impuesta por la normativa excepcional aplicable a partir del estado de alarma. Situación temporal en el que la empresa actúa en cumplimiento de un mandato normativo excepcional y perentorio, sin que en tal cumplimiento se aprecie que se haya excedido en la adopción de las medidas, ni que se hayan vulnerado derechos fundamentales, pues es evidente que también debe atenderse a la integridad física del trabajador y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales [art. 4.2.d) ET y art. 15 CE], en plena relación con el derecho de los trabajadores a su protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14 LPRL), lo que supone, no sólo a la adopción de medidas que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores, sino que éstas han de ser eficaces. No debe olvidarse que el empresario se convierte en garante de la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos, circunstancias o condiciones de trabajo. Ahora bien, en modo alguno puede el empresario ser dueño de un poder omnímodo en la adopción de tales medidas, pues el poder de dirección habrá de respetar en todo caso el mandato normativo, sin que pueda excederse del mismo. Entre la legislación vigente en cada momento -incluido el convenio colectivo- se encuentra la normativa reguladora del estado de alarma por lo que -en todo caso- ha de estarse a lo que dicha normativa establezca con el carácter de temporalidad que la norma excepcional posee¹⁵².

Mismo criterio que justifica la decisión empresarial de que *“los trabajadores que debían prestar servicios en prevención de incendios forestales y que debían incorporarse en fecha 30 de marzo de 2020, dejarían de trabajar esas horas hasta el 11 de abril de 2020. La medida se prorrogó hasta el 24 de abril de 2020. La empresa acordó la compensación de las horas ordinarias no trabajadas desde el 1 de octubre al 31 de diciembre de 2020”*. Supuesto al que se le debe aplicar la regulación establecida en el art. 34.2 ET que, en defecto de pacto, permite que la empresa pueda distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo. Por lo que, no superado el citado porcentaje, no es necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores¹⁵³.

¹⁵² STS 12 de mayo de 2021 .

¹⁵³ STS 20 de octubre de 2021 .

VII. ALGUNAS REFLEXIONES JURÍDICAS

La ciencia jurídica es consciente de que el Derecho no crea la empresa, sino que trata de captarla y configurarla a través de las categorías jurídicas¹⁵⁴. Es un fenómeno multidimensional que es constituido en centro de referencia de diversos conjuntos normativos. Pero la institución de la empresa es una realidad en continuo cambio y, como era de prever, no han cesado de producirse cambios cualitativos sobre las formas de organización empresarial, su dirección y en los mecanismos de colaboración entre los empresarios. La aproximación a la empresa contemporánea exige la utilización de una metodología "ideal-tipológica" que trata de construir tipos abstractos con base a la realidad objetiva del fenómeno de la empresa en su fisonomía actual. Todo tipo ideal (*v.gr.*, empresa red, empresa horizontal, empresa posfordista, grupos de empresas, empresa desmaterializada, etcétera) incorpora puntos de conexión o rasgos comunes y debe ser capaz de insertar las diferencias específicas, incluso como desviaciones del tipo ideal elaborado atendiendo a los hechos¹⁵⁵.

Como decíamos, el supuesto del art. 41 ET solo contempla los casos en que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se produce por iniciativa unilateral de la empresa, pero al amparo de causas determinadas. En efecto, la norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, tales como garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)¹⁵⁶. Lo que es evidente es que, de una u otra manera, no hay duda de que la calificación de una modificación como sustancial

¹⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011. MONEREO PÉREZ, J. L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (II). Teoría jurídica y modelos de regulación de la empresa", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011.

¹⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social"", en *Relaciones Laboral: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2001. MONEREO PÉREZ, J. L.: "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología (pp. IX a CLII.)", estudio preliminar a WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Granada, Comares (Col. Crítica de Derecho), 2001.

¹⁵⁶ STS 28 de enero de 2023 en los términos de la STC 22 de enero de 2015.

constituye un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación no está exenta de polémica¹⁵⁷.

Como todo concepto jurídico indeterminado, el de la flexibilidad laboral no es fácil de delimitar¹⁵⁸. Según la RAE, flexibilidad es la “*cualidad de flexible*”. Y la palabra “flexible” tiene varias acepciones: 1) “*Que tiene disposición para doblarse fácilmente*”. 2) “*Que se adapta con facilidad a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro u otros*”. 3) “*Que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas*”. 4) “*Susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades*”. 5) “*Cable formado de hilos finos de cobre recubiertos de una capa aislante, que se emplea como conductor eléctrico*”. De entre todas las citadas acepciones parece que la cuarta es la que mejor se adapta al concepto de flexibilidad interna y flexibilidad externa como categoría que venimos utilizando en material laboral. Concepto de flexibilidad que tiene un denominador común: cambios, modificaciones o variaciones que dependerán de circunstancias objetivas.

Es la tensión clásica entre la certeza del derecho y la indeterminación del lenguaje jurídico y de la técnica regulativa, lo que supone aceptar el juego interpretativo del juez que conoce del caso concreto¹⁵⁹: así, el art. 41 ET constituye una textura abierta dejando facultades amplias para que el operador resuelva el caso atendiendo al hecho relevante desde el punto de vista jurídico¹⁶⁰. En la valoración judicial de los conceptos jurídicos indeterminados, el juez deberá realizar un análisis comparativo sustentado en criterios objetivos-normativos -no subjetivos- que justifiquen el interés de prevalencia en el caso concreto. Solo se exige un juicio adecuado de razonabilidad: es decir, una resolución fundada en derecho -aun cuando posea elementos de discrecionalidad- que respete los hechos y el precepto aplicable al caso concreto.

Es evidente que cada caso, a pesar de sus semejanzas y analogías con otros, indudablemente va a poseer unas específicas circunstancias que lo hará singular, especial y diferente, lo que terminará impidiendo cualquier similitud o equivalencia en los hechos o conductas a valorar judicialmente: en efecto, cada situación apreciada y

¹⁵⁷ STS 12 de septiembre de 2016 y STS 26 de septiembre de 2018 .

¹⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ÁLMENDROS GONZÁLES, M. Á. (Dir.) *et al: Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, ORTEGA LOZANO, P. G. y MARÍN ALONSO, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 1-32.

¹⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 165.

¹⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 30.

valorada por los tribunales será distinta a cualquier otra, aunque se fundamente en un mismo precepto. Concluimos así con la imposibilidad de trazar una noción dogmática de modificación sustancial y la absoluta conveniencia -y única posibilidad real- de acudir a criterios empíricos de casuismo tales como los que hemos traído a colación en este estudio.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al.*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Wolters Kluwer, 2010.

ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

ARUFE VALERA, A.: “Preaviso, negociación de buena fe e indemnización en caso de cierre del negocio en los Estados Unidos. Un estudio desde la perspectiva del derecho español”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 6, 2014.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Poder de Dirección, Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y Movilidad geográfica”, en *Blog. Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2023.

CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 1984.

FABREGAT MONFORT, G.: “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 17, 2016.

GALA DURÁN, C.: “El principio de condición más beneficiosa a la luz de la última Jurisprudencia”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo).

GARCÍA DIÉGUEZ, G. y ALCAÑIZ SOBRINO, I.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el descuelgue del convenio en época de crisis”, en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs.) *et al.*: *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, Laborum, Murcia, 2022.

GARCÍA MURCIA, J.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo de alcance colectivo mediante negociación directa del empresario con los trabajadores de su plantilla. STS-SOC núm. 706/2019, de 10 de octubre”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 8, 2019.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites de la inamovilidad de las posiciones empresariales

durante el periodo de consultas”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2012.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: “Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial”, en *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

GOERLICH PESET, J. M^a.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, en AA. VV., *Los periodos de consultas. XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013.

GUINDO MORALES, S.: *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020.

GUINDO MORALES, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020.

GUINDO MORALES, S.: “La suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –ETOP– tras la irrupción del coronavirus: los expedientes de regulación temporal de empleo –ERTES–”, en AA.VV.: *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Murcia, Laborum, 2020.

GUINDO MORALES, S.: *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021.

HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la reducción y suspensión de jornada tras la reforma laboral”, en AA. VV.: *La reforma laboral 2012: su impacto en la economía y el empleo*, Madrid, Dykinson, 2013.

LÓPEZ INSUA, B. M.: “Negociación colectiva gestional, flexiseguridad y modificación sustancial de las condiciones de trabajo en un marco jurídico de reflexión. A propósito de la STJUE (Sala 4^a) de lo Social de 24 de julio de 2015”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2016.

MELLA MÉNDEZ, L.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo: el período de consultas y su análisis jurisprudencial”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 217, 2009.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-aborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la “cuestión social””, en *Relaciones Laboral: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología (pp. IX a CLII.)”, estudio preliminar a WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Granada, Comares (Col. Crítica de Derecho), 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I) y (II). La empresa en transformación permanente”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 27. Derecho de la información y consulta de los trabajadores en la empresa”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales a los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 120, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derechos a la información y a la consulta (artículo 21)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (artículo 29)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones individuales y colectiva. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y

ÁLMENDROS GONZÁLES, M. Á. (Dirs) *et al: Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, ORTEGA LOZANO, P. G. y MARÍN ALONSO, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022.

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ÁLMENDROS GONZÁLES, M. Á. (Dirs) *et al: Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, ORTEGA LOZANO, P. G. y MARÍN ALONSO, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022.

MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001.

MURCIA CLAVERÍA, A.: “La reducción de jornada como modificación sustancial de condición de trabajo, el principio de voluntariedad del contrato a tiempo parcial y la garantía de indemnidad”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 203, 2017.

ORTEGA LOZANO, P. G.: *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del COVID-19: cuestiones prácticas a propósito del despido colectivo*, Granada, Comares, 2021.

ORTEGA LOZANO, P. G.: “Cuestiones problemáticas vinculadas a la negociación colectiva”, en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-COVID-19 y recientes reformas*, Murcia, Laborum, 2022.

ORTEGA LOZANO, P. G.: “La necesaria documentación e información de la empresa para la apertura del período de consultas”, en ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. (Dirs.) *et al: Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022.

ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. *et al: Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Granada, Comares, 2022.

POQUET CATALÁ, R.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: ¿es aplicable en la era COVID-19?”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 249, 2022.

PRECIADO DOMÈMMECH, C. H.: *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, tesis doctoral dirigida por el prof. García-Perrote Escartín, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2017.

QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “Sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo como cauce válido para la reducción de jornada y sobre el necesario sometimiento de su

causa justificativa al juicio de idoneidad”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 198, 2017.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTROYA MELGAR, A., MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coords.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), Madrid, 1990.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014.

TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Dapp, Pamplona, 2010.

VILA TIERNO, F.: “Despido nulo y vulneración del derecho a la representación de los trabajadores. Libertad sindical y prioridad de permanencia SJS Madrid núm.12, de 29 de abril 2016 (AS 2017,1762)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018.

LA INCLUSIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ALUMNADO EN PRÁCTICAS: ÚLTIMOS CAMBIOS NORMATIVOS Y NUEVOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS

Por

JOSEP MORENO GENÉ ¹
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

josep.moreno@udl.cat

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: Antes de la efectiva entrada en vigor de la nueva regulación de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del alumnado en prácticas prevista en la DA 52ª TRLGSS, el Real Decreto-Ley 8/2023 ha procedido a introducir diferentes e importantes previsiones que afectan al régimen jurídico de esta materia. Asimismo, ante las innumerables dudas interpretativas que planteaba la efectiva entrada en vigor de dicha disposición normativa, se han planteado innumerables consultas que han sido resueltas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. En este comentario se procede precisamente a exponer de una forma ordenada las diferentes modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2023 en el régimen jurídico aplicable a la inclusión en la Seguridad Social del alumnado en prácticas, así como los criterios interpretativos elaborados por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre la aplicación de la DA 52ª TRLGSS.

PALABRAS CLAVE: prácticas no laborales, cotización, prestaciones, alumnado universitario, alumnado de formación profesional.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Ámbito subjetivo de la inclusión del alumnado en prácticas en el Régimen General de la Seguridad Social. 1. ¿Quedan incluidas las prácticas desarrolladas en el marco de las enseñanzas artísticas superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo? 2. ¿Se incluyen las prácticas no curriculares del alumnado universitario? 3. ¿Se incluye la formación profesional para el empleo? ¿Y la formación profesional básica? 4. ¿Quedan incluidas en la DA 52ª TRLGSS las prácticas laborales? 5. ¿Se incluyen los alumnos que se encontraban desarrollando sus prácticas en el momento de entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS? 6. ¿Dónde se pueden desarrollar las prácticas no laborales? 7. ¿Qué ocurre con las prácticas que se desarrollan en el extranjero? 8. ¿Se aplica la DA 52ª a los migrantes en situación irregular? 9. ¿Quedan incluidos los alumnos en prácticas que se encuentren en las siguientes situaciones?: ¿Los incluidos previamente en el Sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad? ¿Los que se encuentren en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar? ¿Los que se encuentren en periodos que tengan la condición de cotizados a efectos de prestaciones? ¿Y los que tengan la condición de pensionistas?- III. Los actos de encuadramiento: ¿Cuándo deben comunicarse las altas y las bajas en las prácticas formativas no remuneradas?- IV. El objeto y dinámica de la cotización: ¿Cuál es la cuantía de la cotización a la

¹ El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido y financiado por la Generalitat de Cataluña "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2021 SGR 00460.

seguridad social de las prácticas formativas para el año 2024?- V. La acción protectora. 1. ¿Es compatible el Seguro Escolar con la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas? 2. ¿Afecta la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de Seguridad Social? 3. ¿Cuáles son los efectos de la DA 52ª TRLGSS sobre el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado? 4. ¿A cuántos días cotizados equivale cada día de prácticas formativas no remuneradas? ¿Y cuándo se encuentre el alumnado en prácticas en situación de incapacidad temporal? 5. ¿Cómo se calcula la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales en las prácticas formativas no remuneradas?- VI. El convenio especial: ¿pueden los antiguos becarios de investigación suscribir el convenio para la recuperación de periodos de cotización previsto en la DA 52ª TRLGSS?- VII. Conclusiones.- VIII. Bibliografía

INCLUSION IN THE SOCIAL SECURITY OF STUDENTS IN INTERNSHIP: LATEST REGULATORY CHANGES AND NEW INTERPRETATIVE CRITERIA

ABSTRACT: Before the effective entry into force of the new regulation of the inclusion in the General Social Security Regime of trainee students provided for in the DA 52nd TRLGSS, Royal Decree-Law 8/2023 has proceeded to introduce different and important provisions that affect the legal regime of this matter. Likewise, given the innumerable interpretative doubts raised by the effective entry into force of said regulatory provision, innumerable queries have been raised that have been resolved by the General Directorate of Social Security Regulation. In this comment, we proceed precisely to explain in an orderly manner the different modifications introduced by Royal Decree-Law 8/2023 in the legal regime applicable to the contribution of students in internships, as well as the interpretative criteria developed by the General Directorate of Planning of Social Security on the application of DA 52nd TRLGSS.

KEYWORDS: non-work internships, contributions, benefits, university students, vocational training students.

SUMMARY: I. Introduction.- II. Subjective scope of the inclusion of intern students in the General Social Security Regime. 1. Are the practices developed within the framework of higher artistic education, professional artistic education and sports education of the educational system included? 2. Are non-curricular practices for university students included? 3. Is vocational training for employment included? And basic vocational training? 4. Are labor practices included in the DA 52nd TRLGSS? 5. Are students who were developing their internships at the time the DA 52nd TRLGSS came into effect included? 6. Where can non-work practices be developed? 7. What happens with internships that take place abroad? 8. Does DA 52nd apply to migrants in an irregular situation? 9. Are interns already included in the Social Security System included?- III. Formal obligations: When should registrations and cancellations in unpaid training internships be communicated?- IV. The purpose and dynamics of the contribution: What is the amount of the social security contribution for training practices for the year 2024?- V. Protective action. 1. Is School Insurance compatible with the inclusion of intern students in the RGSS? 2. Does the inclusion of interns in the RGSS affect the right to receive benefits from the Social Security system? 3. What are the effects of DA 52nd TRLGSS on the State's Special Regime for Passive Classes? 4. How many days of contributions is equivalent to each day of unpaid training internships? And, in the event that the intern students are in a situation of temporary disability? 5. How is the regulatory basis for temporary disability derived from professional contingencies in unpaid training internships calculated?- VI. The special agreement: can former research fellows sign the agreement for the recovery of contribution periods provided for in the DA 52nd TRLGSS? VII. Conclusions.- VIII. Bibliography.

I. INTRODUCCIÓN

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, Real Decreto-Ley 2/2023), procedió a añadir la disposición adicional quincuagésima segunda (en adelante, DA 52ª) al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), en la que se introducía 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” (en adelante, alumnado en prácticas)².

Mediante esta nueva regulación se ampliaba notablemente el ámbito de aplicación de esta inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, 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 RGSS 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, Real Decreto 1493/2011)³, puesto que la misma pasa a alcanzar a todo el alumnado universitario y de formación profesional en prácticas con independencia de que las mismas sean remuneradas o no, sin perjuicio de la diferente regulación que se prevé para cada uno de estos supuestos⁴.

² Sobre el alcance inicial de esta norma 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. 35, 2023, págs. 69 a 94 y VELA DÍAZ, R.: “La inclusión del alumnado en prácticas en el sistema de la Seguridad Social: ¿una aplicación definitiva de la cobertura de protección social a las prácticas no laborales?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 36, 2023, págs. 61 a 80. Específicamente sobre el impacto de esta norma en el alumnado universitario vid. CABERO MORÁN, E.: “La seguridad social del estudiantado universitario, setenta años de soledad (1953-2023)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023, págs. 1 a 12.

³ Sobre el alcance de esta norma vid. MORENO GENÉ, J.: “La Seguridad Social de los participantes en programas de formación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 345, 2011, págs. 5 a 50.

⁴ Ya en relación con el Real Decreto-Ley 28/2018, GUINDO MORALES, S. Y ORTEGA LOZANO, P.: “El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pág. 378, indicaban que esta medida “era un verdadero acierto desde la perspectiva social”. En la misma dirección, ORTEGA LOZANO, P.: “Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios”, VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.), Laborum, Murcia, 2022, págs. 267 y 268, consideraba que la ampliación de la protección social a las prácticas no laborales no remuneradas debía darse por

Para evitar lo que había sucedido con el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (en adelante, Real Decreto-Ley 28/2018)⁵, que no se había llegado a implementar por la falta del desarrollo reglamentario previsto en dicha norma, el Real Decreto-Ley 2/2023 no se ha limitado a prever la incorporación en el RGSS del alumnado en prácticas, sino que, además, fija el íntegro régimen jurídico con el que debe tener lugar esta inclusión, lo que la convierte en una norma plenamente aplicable en lo sustancial, sin necesidad de desarrollo reglamentario⁶.

Inicialmente, la entrada en vigor de esta nueva regulación estaba prevista para el 1 de octubre de 2023, pero ante las quejas de los centros de formación y las empresas y otras entidades en las que se desarrollan las prácticas, que consideraban que no tendrían tiempo suficiente para adaptarse a la nueva regulación, la misma se pospuso hasta el 1 de enero de 2024 (art. 212 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la Isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante, Real Decreto-Ley 5/2023).

varios motivos: “primero y principal, para erradicar el fraude y el trabajo precario; en segundo lugar: por una cuestión de lógica empresarial. Es decir: cuando la empresa o empresario tiene un coste económico en la propia formación del alumno (...) es un indicio suficiente de que la empresa necesita contratar a jóvenes preparados, y si ha elegido a ese alumno, piensa que puede ser un activo valioso en el futuro por lo que le va a dar una correcta formación a ese alumno en prácticas”. Igualmente, PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios”, VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Laborum, Murcia, 2022, pág. 186, proponía “una ampliación del campo de protección de los “becarios”, con una mayor integración en la Seguridad Social, para todos los tipos de prácticas “no laborales”, ya se reciba o no contraprestación económica por ello.

⁵ Un análisis de dicha norma en GUINDO MORALES, S. Y ORTEGA LOZANO, P.: “El régimen jurídico de seguridad social...” cit. págs. 357 y ss.

⁶ De la misma opinión, CABERO MORÁN, E.: “La seguridad social del estudiantado...” cit. pág. 9, que constata que “en esta ocasión, el texto de la disposición adicional regula con detalle los distintos extremos, por lo que se evita la remisión al desarrollo reglamentario para posibilitar la entrada en vigor, a diferencia de lo sucedido en la redacción de 2018. Se ha preferido, por tanto, la introducción de la regulación de este asunto, por primera vez, en el TRLGSS” y VELA DÍAZ, R.: “La inclusión del alumnado en prácticas...” cit. pág. 71, indica que la DA 5ª TRLGSS “puede aplicarse en todas las cuestiones que resultan esenciales, sin que sea necesario un desarrollo reglamentario”. En parecidos términos, CAMAS RODA, F.: “Prácticas formativas no laborales e inclusión en el sistema de Seguridad Social”. En *El Diario de Ferran Camas*, 22 de marzo de 2023, mantiene que “la norma que regula la inclusión de las prácticas formativas no laborales en la Seguridad Social será eficaz sin necesidad de desarrollo reglamentario”. Este documento puede consultarse en: <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/practicas-formativas-no-laborales-e-inclusion-en/ia568>

Pues bien, antes de la efectiva entrada en vigor de esta nueva regulación de la inclusión en el sistema de Seguridad Social del alumnado en prácticas, el Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (en adelante, Real Decreto-Ley 8/2023), ha procedido a introducir diferentes e importantes previsiones que afectan al régimen jurídico de esta materia⁷.

Asimismo, ante las innumerables dudas interpretativas que planteaba la efectiva entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS, se produjeron innumerables consultas que han tenido que ser resueltas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (en adelante, DGOSS)⁸.

En este contexto, en los próximos apartados procedemos a exponer de una forma ordenada las diferentes modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2023 en el régimen jurídico aplicable a la cotización del alumnado en prácticas, así como los criterios interpretativos elaborados por la DGOSS sobre la aplicación de la DA 52ª TRLGSS.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA INCLUSIÓN DEL ALUMNADO EN PRÁCTICAS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. ¿Quedan incluidas las prácticas desarrolladas en el marco de las enseñanzas artísticas superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo?

El Real Decreto-Ley 2/2023 delimita el ámbito subjetivo de la inclusión en el RGSS de los alumnos en prácticas que dicha norma contempla. A tal efecto, el apartado primero de la DA 52ª TRLGSS lleva a cabo una primera delimitación genérica de su ámbito de aplicación, 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”.

⁷ Una primera aproximación a los contenidos básicos de esta norma en MORENO GENÉ, J.: “Un nuevo capítulo en el largo serial de la cotización del alumnado en prácticas. A propósito del Real Decreto-Ley 8/2013”, *Briefs AEDTSS*, 78, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024. Este documento puede consultarse en: <https://www.aedtss.com/un-nuevo-capitulo-en-el-largo-serial-de-la-cotizacion-del-alumnado-en-practicas-a-proposito-del-real-decreto-ley-8-2023/>

⁸ Los criterios establecidos por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) sobre la aplicación de la DA 52ª TRLGSS pueden consultarse en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/8cede0c4-890b-4771-b590-c50af07d8120>

Tras lo cual, el mismo apartado primero de la DA 52ª TRLGSS lleva a cabo una delimitación más específica, en virtud de la cual en la redacción inicial se indicaba de forma expresa que “las prácticas a que se refiere el párrafo anterior comprenden”:

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.

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 lleva a cabo una delimitación muy amplia del ámbito de aplicación de esta inclusión en el RGSS, puesto que la misma alcanzará a todos los alumnos universitarios y de formación profesional en prácticas a los que se refiere dicha norma con independencia de que las mismas sean remuneradas o no, lo cual debe valorarse como un importante avance en materia social.

Pese a ello, el redactado de la norma planteó la cuestión de si en el mismo podían encontrar encaje las prácticas desarrolladas por los alumnos de las enseñanzas artísticas superiores, las enseñanzas artísticas profesionales y las enseñanzas deportivas. A tal efecto se plantearon diferentes cuestiones que fueron abordadas y resueltas por la DGOSS.

Por una parte, el Criterio de la DOGSS 11/2023 relativo a la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del 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 relación con la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los estudiantes de enseñanzas artísticas superiores que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas (en adelante Criterio 11/2023), como su título anticipa, se ha pronunciado, precisamente, sobre la inclusión en la DA 52ª TRLGSS de las referidas enseñanzas artísticas superiores, concluyendo que “se entenderán incluidas en el apartado 1 a) de la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, las prácticas realizadas por los alumnos de enseñanzas artísticas superiores definidas en el art. 54 c) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de educación”.

Para llegar a esta conclusión la DOGSS constata que “si bien los alumnos de enseñanzas artísticas superiores no se encuentran expresamente comprendidos en los apartados a) y b) del punto 1 de la citada disposición adicional, la normativa en materia de educación establece la equivalencia entre los títulos de grado y posgrado de las enseñanzas artísticas superiores con los títulos universitarios de grado y postgrado”.

Por otra parte, el Criterio 11/2023. Ampliación 1ª. Consultas relativas a la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del 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, Criterio 11/2023. Ampliación 1ª), aborda en la consulta séptima la inclusión en la DA 52ª TRLGSS del estudiantado en prácticas de las enseñanzas artísticas profesionales y las enseñanzas deportivas. A tal efecto, cabe recordar que estas enseñanzas, a diferencia de las enseñanzas artísticas superiores que se equiparan a las enseñanzas universitarias, quedarían equiparadas a las de formación profesional.

En este punto, la DGOSS recuerda que el objetivo de la DA 52ª TRLGSS es la ampliación y mejora de la regulación de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación. Por ello, concluye que deben entenderse incluidas en el apartado 1 b) de la DA 52ª TRLGSS “tanto las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño como las enseñanzas deportivas definidas en los arts. 31 a 33 y 63 a 65, respectivamente, de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación”.

Con estos precedentes, el apartado primero del art. 80 del Real Decreto-Ley 8/2023 ha añadido una letra c) en el apartado 1 de la DA 52ª TRLGSS, en virtud de la cual pasan a incluirse de forma expresa dentro de las prácticas que dan lugar a la referida inclusión en el Sistema de Seguridad Social “(...) c) Las realizadas por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo”.

Dado que la redacción inicial de la DA 52ª TRLGSS, como se acaba de exponer, había planteado dudas respecto del alumnado de estas enseñanzas que realizaran prácticas formativas o prácticas académicas externas, en aras del principio de seguridad jurídica, se ha considerado necesario aclarar de forma expresa esta cuestión. En consecuencia, no se trata de una auténtica ampliación del ámbito subjetivo de la DA 52ª TRLGSS, sino de una mera aclaración de su alcance subjetivo, coincidente, por lo demás, con el criterio de la DGOSS.

Este criterio, por lo demás, es coincidente con la redacción que se contenía en el frustrado “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa” (en adelante, “Estatuto del Becario”), que también amparaba en su ámbito de aplicación las prácticas desarrolladas por el alumnado de estas enseñanzas artísticas superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo. A tal efecto, el apartado b) del art. 1.2 del frustrado “Estatuto del Becario”

recogía en su ámbito de aplicación la “formación tutorizada en empresas u organismos equiparados vinculados a las enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo”⁹.

2. ¿Se incluyen las prácticas no curriculares del alumnado universitario?

Por lo que respecta a las prácticas realizadas por alumnos universitarios, la delimitación que lleva a cabo el Real Decreto-Ley 2/2023 es amplísima y parecía recoger *a priori* todas las prácticas no laborales de los alumnos universitarios previstas y reguladas 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, Real Decreto 592/2014). A tal efecto, el art. 2 de esta 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”.

El art. 4 del Real Decreto 592/2014, sin embargo, 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 Real Decreto 592/2014, es decir, las prácticas 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 (...)”¹⁰.

Precisamente, en este punto, se ha planteado la cuestión de si la DA 52^a TRLGSS ampara tanto las prácticas curriculares como las extracurriculares o si, por el contrario, únicamente ampara las curriculares, dejando al margen de su ámbito de aplicación a las

⁹ Vid. MORENO GENÉ, J.: “Un análisis jurídico-laboral del frustrado “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 66, 2023, págs. 209 y 210.

¹⁰ Un estudio sobre el alcance de las prácticas universitarias externas en MORENO GENÉ, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

extracurriculares. A tal efecto, se ha considerado que, de lo dispuesto en dicha disposición adicional, parece deducirse que únicamente quedarían incluidas las prácticas dirigidas a la obtención de un título vinculado a los estudios correspondientes, mientras que las prácticas extracurriculares, tendrían carácter voluntario por parte del alumnado y no formarían parte del Plan de Estudios de que se trate.

Pues bien, esta cuestión ha sido abordada por la DGOSS en su Criterio 11/2023. Ampliación 3ª. Consultas relativas a la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del 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, Criterio 11/2023. Ampliación 3ª). A tal efecto, en dicho criterio, en respuesta a la consulta segunda, se dispone que “como resulta fácil de deducir, las prácticas extracurriculares, en tanto son de carácter voluntario y no forman parte del Plan de Estudios, no pueden considerarse dirigidas a la obtención de las titulaciones que relaciona la letra a) del apartado 1 de la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, por lo que su realización no permite el alta en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena al amparo de la citada disposición adicional”.

A partir del criterio que se acaba de exponer, la DGOSS no nos indica qué sucede con el alumnado que desarrolla prácticas extracurriculares, si bien todo hace pensar que tratándose por lo general de prácticas retribuidas, las mismas seguirán amparadas por el Real Decreto 1493/2011, que comprende a “quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la seguridad social”.

En este punto, nos parece más acertado el criterio adoptado por el frustrado Estatuto del Becario, que amparaba en su ámbito de aplicación de una manera unitaria a todas las prácticas académicas externas, tanto las curriculares como las extracurriculares. A tal efecto, el apartado d) del art. 1.2 del frustrado “Estatuto del Becario” recogía en su ámbito de aplicación “las prácticas académicas externas de las Universidades, tanto curriculares como extracurriculares”¹¹.

¹¹ Vid. MORENO GENÉ, J.: “Un análisis jurídico-laboral del frustrado “Estatuto...” cit. págs. 211 a 214.

3. ¿Se incluye la formación profesional para el empleo? ¿Y la formación profesional básica?

Como ya se ha indicado, la DA 52ª TRLGSS incluye en su ámbito de aplicación a las prácticas “realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en régimen de formación profesional intensiva”. Esta delimitación también parecía *a priori* muy amplia, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (en adelante, Ley Orgánica 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 especialización¹².

En este contexto, se había considerado que, si bien la literalidad de la norma podía hacer pensar que la inclusión en el sistema de Seguridad Social únicamente se aplicaría a las prácticas señaladas en las letras a) y b) del apartado primero de la DA 52ª - alumnado universitario y de formación profesional-, el verbo “comprender” que se contiene en dicha norma tiene un carácter inclusivo, pero no excluyente en el sentido de que las prácticas formativas no laborales universitarias o de formación profesional sean únicamente las señaladas por el precepto para ser objeto de inclusión en el sistema de Seguridad Social. Por ello, se concluía que también podrían quedar incluidas otras prácticas que, al margen de estos ámbitos educativos, se realizaran en el marco de la formación para el empleo o para el trabajo¹³.

En este punto, sin embargo, también se ha pronunciado la DGOSS en su Criterio 11. Ampliación 2ª. Consultas relativas a la aplicación de la disposición adicional

¹² 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, pág. 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.

¹³ Vid. CAMAS RODA, F. “Prácticas formativas...” cit. En apoyo de esta afirmación, el autor acude a la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 2/2023, de la que deduce que “las prácticas formativas son de diversa tipología, muchas de ellas reguladas, y otras no reguladas pero toleradas. Dentro de esta galaxia de prácticas, se incluyen determinadas realizadas en el ámbito universitario y de formación profesional. Leyendo la Exposición de motivos, parecería que todas ellas, las últimas y las primeras referenciadas en este párrafo, se incluirían en el sistema de Seguridad Social”.

quincuagésima segunda del 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, Criterio 11. Ampliación 2ª), resolviendo las dudas -consulta tercera- planteadas por distintas comunidades autónomas sobre la aplicabilidad o no de la DA 52ª a las prácticas profesionales no laborales vinculadas a acciones de formación profesional para el empleo no conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad.

A tal efecto, la DGOSS concluye que la DA 52ª TRLGSS “solo afectaría a las prácticas realizadas en el ámbito de la formación universitaria y de formación profesional, entendiendo por formación profesional la regulada por la Ley Orgánica 3/2022, que incluye los títulos de formación profesional del sistema educativo, y la formación profesional acreditable de grados a), b) y c), vinculada a certificados profesionales (certificados de profesionalidad), regulada en dicha ley”. Por el contrario, no se aplicarán las obligaciones con la Seguridad Social establecidas en la DA 52ª TRLGSS “a la realización de prácticas profesionales no laborales en empresas vinculadas a acciones formativas de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (formación en el trabajo) vinculadas al Catálogo de Especialidades Formativas, no conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad”.

A mayor abundamiento, en otra consulta, la cuarta, resuelta por la DGOSS en el Criterio 11. Ampliación 2ª, se concluye que “la obtención de un certificado profesional o, anteriormente, de un certificado de profesionalidad está comprendida en el ámbito de las ofertas formativas de los centros de formación profesional, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, por lo que a las prácticas formativas dirigidas a la obtención de dicho certificado, así como de la precedente certificación de profesionalidad, les es de aplicación la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS”.

Este criterio ha merecido duras críticas en un sector de la doctrina, que considera que con este y otros Criterios, la DGOSS no se limitaría a interpretar la normativa aplicable, sino que también estaría haciendo funciones de legislador¹⁴. Específicamente, se indica que con este criterio la DGOSS delimita esta materia de forma restrictiva hasta el punto de recortar lo que “a mi modo de ver perseguía la extensión de la cotización a cualquier tipo de práctica formativa no laboral; con este criterio de la DGOSS solo se aplica la Disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de Seguridad Social a las prácticas realizadas por la Universidad y la formación profesional, resultando que

¹⁴ Vid. CAMAS RODA, F.: “La historia interminable de la regulación del acceso al sistema de Seguridad Social de las personas que hagan prácticas formativas no laborales”, en *El Diario de Ferran Camas*, 10 de enero de 2024. Este documento puede consultarse en: <https://www.ferrancam.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/formaci%C3%B3n-cotizaci%C3%B3n/ia606>

dentro de este último ámbito se engloban todas las acciones formativas que lleven a la obtención de las acreditaciones de Grado A, B, C “vinculada a certificados” profesionales según la Ley 2/2022. No obstante, se ha de tener en cuenta que, según esta ley, el Grado A da lugar a acreditaciones parciales, el Grado B a certificados de competencia, y solo el Grado C) a certificados profesionales. Si se lee el criterio, se ve una contradicción, ya que si los certificados han de ser profesionales (Grado C), entonces no se incluyen en el régimen de cotización a la Seguridad Social a las prácticas de los Grados A y B, a no ser que la DGOSS admita ello pero solo en el ámbito educativo, no en el laboral”¹⁵.

Por lo demás, se considera que con la afirmación de la DOGSS según la cual la DA 52ª TRLGSS no se aplica a la realización de prácticas profesionales no laborales en empresas vinculadas a acciones formativas de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (formación en el trabajo) vinculadas al Catálogo de Especialidades Formativas, no conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, “se dejarían fuera del sistema de acceso a la Seguridad Social de las prácticas formativas derivadas de la formación gestionada en el marco del sistema de formación en el trabajo que son competencia del Servicio Público de Empleo Estatal”¹⁶.

Para evitar estas dudas interpretativas que llevan a restringir el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS en los términos que se acaban de exponer, sería conveniente una regulación de la materia similar a la que se introducía en el frustrado “Estatuto del Becario”, que incorporaba en su ámbito de aplicación de forma expresa tanto la formación profesional reglada como la formación profesional para el empleo.

Así, por un lado, el apartado a) del art. 1.2 del frustrado Estatuto del Becario incluía la “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”, que se estaría refiriendo de forma particular a las prácticas no laborales desarrolladas en el marco de la tradicional formación profesional reglada; y, por otro lado, el apartado c) del art. 1.2 de la referida norma, incluía “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”¹⁷.

¹⁵ Vid. CAMAS RODA, F.: “La historia interminable...” cit.

¹⁶ Vid. CAMAS RODA, F.: “La historia interminable...” cit.

¹⁷ Vid. MORENO GENÉ, J.: “Un análisis jurídico-laboral del frustrado “Estatuto...” cit. págs. 208 a 209 y 210 a 211.

Una última cuestión que se ha planteado en relación a la delimitación de las prácticas de formación profesional que quedan incluidas en el ámbito subjetivo de la DA 52ª TRLGSS ha sido la relativa a si dicho precepto resulta de aplicación a los alumnos menores de 14 años que realicen prácticas por recibir Formación Profesional Básica. Esta cuestión también ha sido abordada por la DGOSS en su Criterio 11. Ampliación 3ª, habiéndose considerado, en respuesta a la consulta tercera, que “dado que la inclusión de los alumnos en prácticas se efectúa en la condición de asimilados a los trabajadores por cuenta ajena y a efectos de establecer un límite de edad en el ámbito de aplicación de la disposición adicional 52, de forma análoga, debe aplicarse el artículo 6 del TRLET, que limita la edad laboral a 16 años”. A criterio de la DGOSS, de esta forma se evitan agravios comparativos con aquellas personas que no pueden ejercer una actividad laboral con la correspondiente protección social antes de los 16 años.

4. ¿Quedan incluidas en la DA 52ª TRLGSS las prácticas laborales?

En el apartado primero de la DA 52ª TRLGSS se exceptúan de un modo expreso del campo de aplicación de esta norma aquellas prácticas que se presten en régimen de formación profesional intensiva.

En este punto, cabe tener en cuenta que el Capítulo II de la Ley Orgánica 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 Ley Orgánica 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 el

alumnado en el régimen de formación profesional intensiva queden excluidas del campo de aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023, no en vano, en este supuesto, ya nos encontramos ante trabajadores por cuenta ajena, incluidos en el RGSS. Por el contrario, en la formación profesional dual en régimen general, sí nos encontramos ante prácticas no laborales, susceptibles de quedar amparadas por lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 2/2023.

Esta cuestión también ha sido aclarada por la DGOSS en su Criterio 11. Ampliación 2ª, en respuesta a la consulta octava. A tal efecto, se recuerda que la DA 52ª TRLGSS se refiere a las “realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que las mismas no se presten en el régimen de formación profesional intensiva”. Asimismo, se recuerda que el art. 67.1 LO 2/2022 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”. Todo ello permite concluir a la DGOSS que “las prácticas a que se refiere la disposición adicional quincuagésima segunda son aquellas que no revisten carácter laboral”.

Siendo plenamente justificada la exclusión del campo de aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023 de las prácticas realizadas por alumnos de formación profesional que se presten en el régimen de formación profesional intensiva, resulta extraño que esta misma previsión no se haya contemplado de forma expresa también en relación con las prácticas del alumnado universitario que se desarrollen en el marco de la formación dual universitaria, puesto que en estos supuestos, los alumnos 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)¹⁸. En todo caso, cabe recordar que “nada tiene que ver la regulación de las prácticas no laborales, remuneradas o no, con la inclusión en la Seguridad Social de estudiantes que, en el marco de la realización de sus estudios reglados, mantienen una relación laboral”¹⁹.

A tal efecto, la DGOSS se ha pronunciado sobre esta cuestión de forma general en el Criterio 11/2023. Ampliación 1ª, considerando, en respuesta a la consulta quinta, que “a efectos de que opere la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena de las personas a que se refiere la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, ha de tratarse de alumnos universitarios o alumnos de formación profesional que realicen prácticas formativas en

¹⁸ 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, págs. 188 a 234.

¹⁹ Vid. CABERO MORÁN, E.: “La seguridad social del estudiantado...” cit.

empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación o que realicen prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, en los términos y condiciones que en dicha disposición se establecen; sin que la realización de tales prácticas formativas o prácticas externas dé lugar al establecimiento de una relación laboral, por lo que, al tramitarse el alta de los referidos estudiantes en virtud de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, no habrá de aportarse contrato laboral”.

5. ¿Se incluyen los alumnos que se encontraban desarrollando sus prácticas en el momento de entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS?

También con afectación en el ámbito subjetivo de aplicación de la inclusión en el RGSS, el apartado primero de la disposición transitoria décima del Real Decreto-Ley 8/2023 aborda una cuestión trascendental que, de un modo sorprendente, no había sido abordada de forma expresa en la redacción inicial de la DA 52ª TRLGSS, que no es otra que el régimen transitorio aplicable a quienes en el momento de entrada en vigor de dicho precepto ya se encontraran realizando sus prácticas, lo que planteaba importantes dudas interpretativas.

Ante la ausencia de previsión al respecto, cabe recordar que, si se trataba de prácticas remuneradas, los mismos ya se vendrían rigiendo por lo dispuesto por el Real Decreto 1493/2011, debiendo pasar a regirse por la nueva regulación a partir de ese momento. Por el contrario, si se trataba de prácticas no remuneradas, hasta el momento de la entrada en vigor de lo preceptuado por el art. 34 del Real Decreto-Ley 2/2023, no habría obligación de cotizar por las mismas, iniciándose dicha obligación únicamente a partir de la entrada en vigor de la referida DA 52ª TRLGSS. Esta interpretación, sin embargo, podía resultar discutible ante la falta de previsión normativa expresa en tal sentido.

Frente a ello, el apartado primero de la disposición transitoria décima del Real Decreto Ley 8/2023 prevé de forma expresa que, a las prácticas reguladas en dicho precepto, “iniciadas y no concluidas antes del día 1 de enero de 2024, les resultará de aplicación el régimen jurídico previsto en la citada disposición adicional únicamente desde dicha fecha”.

Con esta previsión, queda meridianamente claro que al alumnado que en el momento de la entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS ya se encontraba desarrollando sus prácticas le serán de aplicación las previsiones recogidas en dicho precepto a partir del 1 de enero de 2024.

Por lo demás, el Boletín de Noticias Red nº 16/2023, de 29 de diciembre de 2023 (en adelante, BNR nº 16/2023) establece para estos supuestos que el alta se efectuará al inicio de las prácticas en el año 2024.

6. ¿Dónde se pueden desarrollar las prácticas no laborales?

Como ya se ha indicado, el Real Decreto-Ley 2/2023 delimita el ámbito subjetivo de la inclusión en el RGSS de los alumnos en prácticas que dicha norma contempla. Para ello, el apartado primero de la DA 52ª TRLGSS lleva a cabo una primera delimitación genérica de su ámbito de aplicación, 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”.

La referencia expresa que contiene dicho precepto a las “empresas o entidades” como lugares en los que se pueden desarrollar las practicas pone de manifiesto la amplitud de los posibles receptores del alumnado en prácticas, de modo que, aunque de modo coloquial se acostumbra a referirse a las prácticas, como prácticas en empresas, no cabe duda que cualquier otra entidad, incluidas las administraciones públicas, pueden ser receptoras de alumnos en prácticas y, por tanto, activar las obligaciones en materia de seguridad social que se derivan de la DA 52ª TRLGSS.

Pese a la claridad de este razonamiento, la DGOSS se ha tenido que pronunciar de forma expresa sobre esta cuestión en la consulta décima del Criterio 11/2023. Ampliación 2ª, concluyendo de forma contundente que “a los efectos de la Seguridad Social las administraciones públicas tienen la naturaleza de empresarios por lo que, si se dan las condiciones y requisitos dispuestos en la norma, a dichas administraciones públicas les resultará de aplicación lo dispuesto en la citada DA 52 TRLGSS”.

La amplitud con la que la DOGSS identifica las entidades en las que se pueden desarrollar las prácticas se refleja en la respuesta dispensada a la consulta cuarta del Criterio 11/2023. Ampliación 3ª, relativa a si quedan incluidas en la DA 52ª las prácticas que realizan los alumnos de la UNED que son a su vez reclusos en centros penitenciarios y que realizan tales prácticas en las dependencias de dichos centros penitenciarios. A tal efecto, la DOGSS concluye que “la disposición sólo exige que se efectúen al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, por lo que cumpliendo este requisito no existe obstáculo alguno para que los alumnos de la UNED que son a su vez reclusos en centros penitenciarios y realizan tales prácticas en las dependencias de los centros penitenciarios queden incluidos en el Régimen General

como asimilados a trabajadores por cuenta ajena conforme a lo establecido en la disposición adicional”.

En cualquier caso, para evitar dudas al respecto y con efectos ejemplarizantes, no estaría de más establecer una previsión como la que se contenía en el frustrado “Estatuto del Becario” que, aunque se refería a los periodos de formación práctica no laboral que se pueden realizar “en el ámbito de la empresa”, el apartado 3 del art. 1 de dicha norma precisaba 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”²⁰. Ello no puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que 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.

7. ¿Qué ocurre con las prácticas que se desarrollan en el extranjero?

La DGOSS también ha resuelto diferentes cuestiones sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la DA 52^a, en relación a los estudiantes que se desplazan al extranjero para realizar prácticas internacionales. A tal efecto, la consulta cuarta del Criterio 11/2023. Ampliación 1^a. aborda diferentes cuestiones relativas a esta cuestión.

En primer lugar, qué sucede si la práctica se inicia en España y después el alumno se traslada al extranjero. A tal efecto, la DGOSS diferencia dos supuestos distintos. Si se trata de alumnos que habiendo iniciado las prácticas en España se desplazan temporalmente al extranjero para la realización de un curso universitario o de formación profesional y, como consecuencia de dicho curso, realizan las prácticas correspondientes en una Universidad o centro extranjero, se considera que, si durante la realización del referido curso los alumnos quedan matriculados en una Universidad o centro extranjero quedarían fuera del sistema español de Seguridad Social. Por el contrario, si durante la realización del curso los alumnos quedan matriculados en una Universidad o centro español, mantendrán el alta y la cotización en el sistema español de Seguridad Social en los términos establecidos en la referida disposición adicional quincuagésima segunda.

En segundo lugar, qué sucede si la práctica ya se inicia en el extranjero. En este punto, de forma coherente con el criterio que se acaba de exponer, se considera que, en el caso de que las prácticas se inicien en el extranjero como consecuencia de la realización de un curso universitario o de formación profesional en el extranjero y, durante su realización, los alumnos quedan matriculados en una Universidad o centro extranjero, los alumnos quedarían fuera del sistema español de Seguridad Social;

²⁰ Vid. MORENO GENÉ, J.: “Un análisis jurídico-laboral del frustrado “Estatuto...” cit. pág. 207.

mientras que, en el supuesto que las prácticas se inicien en el extranjero como consecuencia de la realización de un curso universitario o de formación profesional en el extranjero y, durante su realización, los alumnos quedan matriculados en una Universidad o centro español, en dicho supuesto, los alumnos mantendrían el alta y la cotización en los términos establecidos en la citada DA 52ª TRLGSS.

Finalmente, específicamente respecto a la aplicación de la DA 52ª TRLGSS a las becas Erasmus+, la DOGSS también diferencia dos supuestos distintos. Por una parte, si se trata de estudiantes de otros Estados Miembros que se desplacen temporalmente a España y se matriculen en una Universidad o centro español y, como consecuencia de dicha matriculación, realicen prácticas en España en los términos y condiciones establecidos en la citada DA 52ª TRLGSS, se considera que dichos estudiantes quedarán incluidos dentro del ámbito de aplicación de la referida norma. Por otra parte, si se trata de estudiantes españoles que se desplacen temporalmente a otros Estados miembros para la realización de un curso universitario o de formación profesional y, como consecuencia de dicho curso, realizan las prácticas correspondientes en una Universidad o centro extranjero, se considera que, si durante la realización del referido curso los alumnos quedan matriculados en una Universidad o centro extranjero, quedarían fuera del sistema español de Seguridad Social; mientras que, si durante la realización del curso los alumnos quedan matriculados en una Universidad o centro español, mantendrían el alta en el sistema español de Seguridad Social.

A mayor abundamiento, en relación con los estudiantes comunitarios que vienen con beca Erasmus+ o con algún otro tipo de financiación, sin tener el Número de Identificación de Extranjeros (en adelante, NIF) la consulta quinta del Criterio 11/2023. Ampliación 1ª mantiene que “si dichos estudiantes se desplazan temporalmente a España y se matriculan en una Universidad o centro español y, como consecuencia de dicha matriculación, realizan prácticas en España en los términos y condiciones establecidos en la referida disposición adicional quincuagésima segunda (...) se considera que, dichos estudiantes, quedarían incluidos dentro del ámbito de aplicación de la referida disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS”.

Para estos supuestos, la DGOSS prevé que “por lo que respecta a la posibilidad de dar de alta a los referidos estudiantes comunitarios en prácticas, se considera que podrá tramitarse el alta de los referidos estudiantes aunque no dispongan del NIF siempre y cuando en el momento del alta lo hayan solicitado y dispongan del correspondiente pasaporte; y ello por considerar dicho pasaporte como documentación suficiente que acredite su nacionalidad y como exige el art. 42 del Real Decreto 86/1996, de 26 de enero”.

Supuesto distinto es el abordado por la DGOSS en la consulta sexta del Criterio 11/2023. Ampliación 2ª, en el que se cuestiona si una persona residente fuera de España, pero matriculada en una universidad española que realiza prácticas on line en España quedaría incluida en nuestro sistema de Seguridad Social por aplicación de la DA 52ª TRLGSS.

A la hora de abordar esta cuestión, la DGOSS recuerda que “para quedar comprendido en el sistema de Seguridad Social, como trabajadores por cuenta ajena, o asimilados a ellos, es condición indispensable residir en España, además de encontrarse legalmente en nuestro país en lo que a los extranjeros se refiere, sin que las excepciones relativas a personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español, o a trabajadores transfronterizos afecten al supuesto consultado”.

A partir de esta premisa, en respuesta a la consulta planteada, se concluye que “los alumnos que se matriculan en Universidad on line desde sus países y hacen las prácticas también en sus países no tienen vinculación con el territorio nacional en el sentido del citado artículo 7 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social quedando, en consecuencia, excluidos del ámbito de aplicación de la referida disposición adicional quincuagésima segunda”.

8. ¿Se aplica la DA 52ª a los migrantes en situación irregular?

No cabe duda que una de las cuestiones que ha planteado mayores consultas a la DGOSS Social ha sido la de determinar cuál es la situación en la que quedan las personas extranjeras sin permiso de residencia ni de trabajo (es decir, migrantes en situación irregular) que estén realizando algún tipo de formación y, en el marco de la misma, desarrollando las correspondientes prácticas formativas no laborales.

En la consulta cuarta del Criterio 11. Ampliación 2ª, la DGOSS, partiendo de la base que la obtención de un certificado profesional a través de una actividad formativa de formación profesional está comprendida en el ámbito de las ofertas formativas de los centros de formación profesional, mantiene que “las prácticas formativas dirigidas a la obtención de dicho certificado, así como de la precedente certificación de profesionalidad, les es de aplicación la disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS”. Parecería de esta respuesta que, por tanto, las personas migrantes extranjeras debían cotizar por las prácticas formativas no laborales que hicieran²¹.

No obstante, en ese mismo documento de la DGOSS responde a otra consulta, la novena, estableciendo un tratamiento distinto de esta cuestión. A la consulta titulada

²¹ Vid. CAMAS RODA, F.: “La historia interminable...” cit.

"Alumnado en situación irregular en España, sin documentación", se responde que "en virtud del artículo 7 del TRLGSS, podrá tramitarse el alta en el Régimen General de la Seguridad Social siempre y cuando tales alumnos residan y se encuentren legalmente en España y ello aunque no dispongan de autorización previa para trabajar, y ello por considerar que la inclusión en el sistema de Seguridad Social de tales personas en virtud de lo dispuesto en la citada disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, lo es como asimilados a trabajadores por cuenta ajena al no suponer la realización de tales prácticas, stricto sensu, la realización de un trabajo por cuenta ajena. Del mismo modo se indica que, caso de que no dispongan del NIE, podrá tramitarse el alta con el pasaporte sin perjuicio de que tales alumnos deben solicitar dicho NIE y aportarlo cuando se les conceda".

A partir de esta respuesta, parece que sólo se puede cotizar por alumnado en situación regular, no irregular (sin autorización de residencia).

Esa afirmación de que solo los extranjeros regulares pueden darse de alta a la Seguridad Social por prácticas formativas se ve reconfigurada posteriormente en la "Revisión del Criterio 11/2023. Ampliación 2ª, al contestar la DGOSS una consulta, la novena, relativa a "Alumnos residentes en España, en situación irregular. Alumnos que no disponen de permiso de trabajo ni de NIE". A la misma, responde la DGOSS que: "En consecuencia, las personas extranjeras que se hallen en España en situación irregular, no podrán quedar incluidas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la disposición adicional quincuagésima TRLGSS, ni ser dadas de alta en el sistema por ninguna otra vía, puesto que carecen de un requisito esencial para ello, como es la residencia legal en territorio nacional. Cuestión distinta es el supuesto de alumnos extranjeros que, residiendo en España legalmente, no dispongan de permiso de trabajo o de NIE. En el primer caso, procede señalar que el permiso de trabajo no resulta exigible en el caso de la realización de prácticas no remuneradas al amparo de la disposición adicional quincuagésima segunda TRLGSS, puesto que el alta en la Seguridad Social de dichos alumnos no se realiza en calidad de trabajadores sino de asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Por último, si el alumno, de manera transitoria, no dispusiera de NIE, podrá admitirse el pasaporte como documento acreditativo de su identidad y procedencia, si bien deberá asumir el compromiso de solicitarlo, en su caso, y aportarlo tan pronto como disponga de él".

Como acertadamente se ha indicado, parece que con esta respuesta quedaba resuelta la cuestión de las personas extranjeras en situación irregular, ya que la "DGOSS afirma que al carecer de autorización de residencia, no puede cotizarse por ellas a la Seguridad Social por la realización de prácticas formativas no laborales; otra cosa es que esa persona tenga permiso de residencia (con lo cual ya no es irregular), en cuyo caso si

podrá cotizar; y por lo demás, otro matiz que añade la DGOSS a Criterios anteriores es que la falta de NIE debe serlo "de manera transitoria" (aunque no dice en que supuestos puede suceder ello); tal vez, a lo que el criterio se refiere no es a la falta de NIE sino de la tarjeta TIE)²².

No obstante, este periplo no acaba aquí, ya que esta temática es objeto de reconfiguración por el Criterio 11/2023. Ampliación 3, que al resolver una consulta que lleva por título "Inclusión en el ámbito de aplicación de la mencionada disposición adicional quincuagésima segunda de los alumnos que se encuentran en situación irregular en España, es decir, sin disponer de NIE ni de pasaporte", se indica que "Como antecedente, por parte de la TGSS se hace referencia a un criterio suyo anterior, avalado por esta Dirección General, relativo a la posibilidad de dar de alta a los estudiantes que no disponen de autorización previa para trabajar ni de NIE. La TGSS ha considerado que en dicha situación es posible tramitar el alta de los estudiantes, siempre que residan y se encuentren legalmente en España, sin necesidad de permiso de trabajo (puesto que no son trabajadores, sino asimilados) y aportando, de no disponer de NIE, su pasaporte (sin perjuicio de la obligación de solicitar dicho número y aportarlo cuando lo obtengan. Sin embargo, el supuesto que ahora se plantea es distinto, puesto que se trata de alumnos que carecen de NIE y de pasaporte, hallándose en España en situación irregular. En tales supuestos, a falta de NIE y de pasaporte, la TGSS considera que el alta y la afiliación de los mismos en la Seguridad Social, "únicamente sería posible si disponen de algún tipo de documentación oficial expedida por los organismos competentes". Procede recordar al respecto que, de acuerdo con la normativa anteriormente citada, las personas extranjeras en situación irregular no pueden ser incluidas en el sistema de la Seguridad Social puesto que para ello es requisito indispensable acreditar que residan o se encuentren legalmente en España mediante la resolución administrativa de autorización de residencia- incluido el arraigo para la formación- y/o trabajo".

²² Vid. CAMAS RODA, F.: "La historia interminable..." cit.

9. ¿Quedan incluidos los alumnos en prácticas que se encuentren en las siguientes situaciones?: ¿Los incluidos previamente en el Sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad? ¿Los que se encuentren en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar? ¿Los que se encuentren en periodos que tengan la condición de cotizados a efectos de prestaciones? ¿Y los que tengan la condición de pensionistas?

También en relación con el ámbito subjetivo de la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas, si bien, ahora desde una vertiente negativa, el apartado primero del art. 80 del Real Decreto-Ley 8/2023 ha añadido un nuevo apartado 11 a la DA 52ª TRLGSS, en virtud del cual, “no estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición adicional las personas que durante la realización de las prácticas a las que se refiere el apartado 1 figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva”.

Con esta previsión, la inclusión del alumnado en prácticas en el RGSS como asimilado a las personas trabajadoras por cuenta ajena pasa a ser subsidiaria de todas las situaciones descritas -alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, asimilada al alta con obligación de cotizar o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones y tener la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social-, evitándose las dudas que se podían plantear sobre si en estos supuestos debía o no procederse a la cotización del alumnado en prácticas.

A tal efecto, el BNR nº 16/2023 establece que “próximamente” se informará del procedimiento a seguir, para la no inclusión en el ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS de estos colectivos.

III. LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO: ¿CUÁNDO DEBEN COMUNICARSE LAS ALTAS Y LAS BAJAS EN LAS PRÁCTICAS FORMATIVAS NO REMUNERADAS?

Por lo que respecta a los actos de encuadramiento en el RGSS del alumnado en prácticas, cabe recordar que el apartado 4 de la DA 52ª TRLGSS regula dichos actos de encuadramiento (afiliación, altas y bajas), distinguiendo al respecto según se trate de prácticas formativas remuneradas o no remuneradas. Entre otros aspectos, la norma precisa el momento en que deben ser cumplimentadas las obligaciones de alta y baja,

estableciendo al respecto para las prácticas formativas remuneradas que “las altas y las bajas en la Seguridad Social se practicarán de acuerdo con la normativa general de aplicación” y para las prácticas formativas no remuneradas que “las altas y las bajas en la Seguridad Social se practicarán de acuerdo con la normativa general de aplicación salvo las excepciones previstas en la presente norma, efectuándose el alta al inicio de las prácticas formativas y la baja a la finalización de estas (...) A estos efectos, el plazo para comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) dicha alta y baja será de diez días naturales desde el inicio o finalización de las prácticas”.

A pesar de que, como ya se ha indicado, la entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS se pospuso en su momento del 1 de octubre de 2023 al 1 de enero de 2024, a medida que se acercaba esta última fecha, las diferentes entidades -empresas y/o centros formativos- responsables del cumplimiento de las obligaciones de encuadramiento del alumnado en prácticas no remuneradas alegaron dudas interpretativas y problemas técnicos a la hora de afrontar el cumplimiento de dichas obligaciones, llegando a proponer que se aplazara, una vez más, la entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS.

Frente a ello, el apartado segundo de la disposición transitoria décima del Real Decreto-Ley 8/2023 incorpora una solución salomónica, consistente en que no se aplaza la entrada en vigor de dicho precepto, pero en cambio, sí se amplía el plazo para el cumplimiento de las correspondientes obligaciones de comunicación a la TGSS de las altas y las bajas del alumnado en prácticas formativas no remuneradas. A tal efecto, se establece un plazo excepcional, que finalizará el día 31 de marzo de 2024, para comunicar a la TGSS las altas y las bajas en la Seguridad Social correspondientes al inicio o finalización de las prácticas formativas no remuneradas a las que se refiere la DA 52ª TRLGSS que tengan lugar en el período comprendido entre el 1 de enero y el 20 de marzo de 2024.

Con esta previsión deberían quedar solventadas las dificultades técnicas que pudieran plantearse a las entidades responsables respecto al cumplimiento en tiempo y forma de sus obligaciones en materia de encuadramiento en el RGSS del alumnado en prácticas, especialmente, cuando las mismas no son remuneradas.

Por lo demás, para el correcto cumplimiento de estas obligaciones, nuevamente debe acudir a las instrucciones que se contienen en el BNR nº 16/2023. A tal efecto, se prevén dos supuestos diferenciados:

- a) Las altas, y las bajas, que se comuniquen con fecha real de alta, o fecha real de baja, comprendida entre el 1 de enero de 2024 y el 20 de marzo de 2024, y se presenten a través del Sistema RED en el plazo de 10 días establecido en el apartado 4.b) de la DA 52ª TRLGSS, adoptarán como fecha efecto alta, o fecha efecto baja, el valor de la fecha real de alta o fecha real de baja, respectivamente.

b) Las altas, y las bajas, que se comuniquen con fecha real alta, o fecha real baja, comprendida entre el 1 de enero de 2024 y el 20 de marzo de 2024, y se presenten a través del Sistema RED en un plazo superior a los 10 días establecidos en el apartado 4.b de la DA 52ª TRLGSS, adoptarán inicialmente como fecha efecto alta, o fecha real baja, la de la fecha de presentación del alta o fecha presentación de la baja, respectivamente. No obstante, antes del término del mes de abril de 2024, en todas estas altas y bajas se modificará automáticamente la fecha efecto alta o baja, consignándose en dicho dato el de la fecha real alta o fecha real baja, respectivamente.

IV. EL OBJETO Y DINÁMICA DE LA COTIZACIÓN: ¿CUÁL ES LA CUANTÍA DE LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PRÁCTICAS FORMATIVAS PARA EL AÑO 2024?

Respecto al objeto y dinámica de la cotización prevista para el alumnado en prácticas y como consecuencia de que todavía no han sido aprobados los Presupuestos Generales del Estado para el año 2024 (en adelante, LPGE-2024), el apartado tercero de la disposición transitoria novena del Real Decreto-Ley 8/2023 asume la tarea de determinar las cuotas que los sujetos obligados deben satisfacer a la Seguridad Social, así como su proceso de determinación, distinguiéndose al respecto, de acuerdo con lo previsto en los apartados 6 y 7 DA 52ª TRLGSS, entre las prácticas formativas remuneradas y las no remuneradas. Estas previsiones deberán complementarse, a su vez, con las que dicte la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad y Migraciones, en virtud de la habilitación recogida al respecto por la disposición final undécima del Real Decreto-Ley 8/2023.

Por una parte, por lo que respecta a las prácticas formativas remuneradas, se establece que, tal como se prevé en el apartado 6 a) DA 52ª TRLGSS, se aplicarán las cuotas únicas mensuales por contingencias comunes y profesionales correspondientes a los contratos de formación en alternancia²³. A tal efecto, cabe recordar que habiendo quedado excluidas de la acción protectora dispensada al alumnado en prácticas remuneradas la protección por desempleo, la cobertura del Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA) y por Formación Profesional (apartado 3 DA 52ª TRLGSS), la cotización por el alumnado que desarrolle prácticas formativas remuneradas no alcanza

²³ Sobre la cotización en esta modalidad contractual 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. 67 a 101.

tampoco a dichas contingencias, quedando limitada, por tanto, únicamente a la cotización por contingencias comunes y por contingencias profesionales.

Asimismo, la disposición transitoria novena del Real Decreto-Ley 8/2023 prevé de forma expresa que estas mismas cuotas también se aplicarán respecto a las prácticas comprendidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1493/2011 y del 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), que contemplan supuestos de prácticas no laborales que quedan extramuros de la DA 52ª TRLGSS²⁴.

Por otra parte, por lo que respecta a las prácticas formativas no remuneradas, la letra a) del apartado 7 DA 52ª TRLGSS establece que dicha cotización “consistirá en una cuota empresarial por cada día de prácticas formativas por contingencias comunes y por contingencias profesionales, que tendrá en cuenta la exclusión de la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, que serán establecidas para cada ejercicio en la correspondiente LPGE, sin que pueda superarse la cuota máxima por contingencias comunes y profesionales que se determine, igualmente, en dicha ley”.

De conformidad con esta previsión, y en defecto de LPGE para el año 2024, el apartado tercero de la disposición transitoria novena del Real Decreto-Ley 8/2023 fija la cuantía de la referida cotización, estableciéndose que “la cotización consistirá en una cuota empresarial, por cada día de prácticas, de 2,54 euros por contingencias comunes excluida la prestación de incapacidad temporal y de 0,31 euros por contingencias profesionales, sin que pueda superarse la cuota máxima mensual por contingencias comunes de 57,87 euros y por contingencias profesionales de 7,03 euros. De la cuota diaria por contingencias profesionales de 0,31 euros, 0,16 euros corresponderán a la contingencia de incapacidad temporal y 0,15 euros a las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia”.

Asimismo, tanto para las prácticas formativas remuneradas como para las no remuneradas, se establece que a las cuotas por contingencias comunes les resultará de aplicación la reducción del 95 por ciento establecida en el apartado 5 b) DA 52ª TRLGSS, resultando una cuota empresarial por cada día de prácticas, de 0,13 euros por contingencias comunes excluida la prestación por incapacidad temporal, sin que pueda superarse la cuota máxima mensual de 2,89 euros por contingencias comunes.

²⁴ Sobre las prácticas no laborales amparadas por el Real Decreto 1543/2011, 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, págs. 65 a 102 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, págs. 77 a 118.

Como puede observarse, la referida reducción del 95 por ciento comporta que el coste de cotización real por el alumnado en prácticas sea prácticamente inexistente, de modo que no debería haber servido de excusa para justificar la disminución de la oferta de estas prácticas formativas. Pese a ello, en los últimos meses se ha tenido la oportunidad de presenciar en los medios de comunicación un espectáculo poco edificante sobre quien debía asumir los costes económicos y de gestión administrativa que se derivan de las prácticas formativas, especialmente, en el caso de las no remuneradas²⁵.

A tal efecto, cabe recordar que, si se trata de prácticas formativas no remuneradas, la normativa prevé que el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social corresponda a la empresa, institución o entidad en la que las mismas se desarrollan, pero se permite que mediante convenio o acuerdo de cooperación que, en su caso, se suscriba para la realización de las referidas prácticas se disponga que tales obligaciones corresponderán al centro de formación responsable de la oferta formativa. Pues bien, ante la negativa de las entidades en las que se desarrollan las prácticas formativas de asumir los costes económicos y de gestión administrativa que se derivan de las nuevas obligaciones en materia de Seguridad Social introducidas por la DA 52ª TRLGSS, parece que va a ser la práctica habitual que dichos costes sean asumidos por el centro de formación responsable de la oferta formativa, de modo que una opción que parecía excepcional se va a configurar como la norma habitual.

Esta circunstancia, a su vez, ha provocado la amarga queja de los centros formativos responsables de la oferta formativa en cuyo marco se desarrollan las prácticas formativas por tener que asumir los referidos costes económicos y de gestión, que parece que finalmente va a ser atendida por las administraciones públicas, estatal y autonómica, responsables en materia educativa, que vendrían a asumir, de uno u otro modo, dichos costes.

²⁵ VELA DÍAZ, R.: “La inclusión del alumnado en prácticas...” cit. pág. 73, recoge estas preocupaciones al señalar que “una de las problemáticas señaladas por la CRUE en el comunicado emitido en octubre de 2022 (...) alude al hecho de que la gestión de las altas y las bajas, así como de la cotización, exigirá una dedicación del personal de las universidades que habría que distraer de otras tareas que ahora se vienen haciendo o recurrir a nuevas contrataciones, sin que haya presupuesto para esto, dada la endémica financiación que caracteriza a las universidades”.

V. LA ACCIÓN PROTECTORA

1. ¿Es compatible el Seguro Escolar con la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas?

La mayoría del alumnado en prácticas ya se encuentra de alta en el Seguro Escolar - régimen especial de estudiantes, regulado por la Ley de 17 de julio de 1953, del establecimiento del Seguro Escolar- en tanto que ostentan la condición de estudiantes. En este punto, se plantean dudas sobre la compatibilidad del referido Seguro Escolar con el régimen de cotización y prestaciones reguladas por la DA 52ª del TRLGSS.

Esta cuestión ha sido abordada por la DGOSS en el Criterio 11/2023. Ampliación 2ª, que al dar respuesta a la consulta segunda ha acudido al art. 9 de la Orden de 11 de agosto de 1953, por la que se aprueban los Estatutos del Seguro Escolar, que en su art. 9 establece que “las prestaciones que concede el Seguro Escolar serán incompatibles con cualesquiera otras prestaciones derivadas de análogo riesgo de que pudieran ser beneficiarios los afiliados que, teniendo además la condición de trabajadores, se hallen, por tanto, sujetos al Régimen General de la Seguridad Social. En caso de que se produjese la misma prestación, tanto en el Seguro Escolar como en el Régimen General de la Seguridad Social, aquél sólo abonará la diferencia en más, si la hubiere. No obstante, se declara la compatibilidad con aquellos beneficios de índole semejante que puedan contratarse en compañías de seguros o empresas particulares”.

Pues bien, a partir de esta premisa, la DGOSS concluye que la protección del Seguro Escolar no es compatible con la cobertura prestada a través del RGSS. A tal efecto, se indica que “aunque la resolución de 25 de mayo de 1999 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social incluyó en el Seguro Escolar a los estudiantes que realizaran prácticas en empresas, autorizadas u organizadas por el centro docente, se excluían aquellas prácticas que constituyeran una relación laboral -o incluso una mera actividad- si ello implicaba la inclusión en otro Régimen de la Seguridad Social”.

Por todo ello, se concluye que, en la medida en que la DA 52ª TRLGSS incluye en el RGSS a los estudiantes que realicen prácticas no remuneradas en empresas, se considera que las prestaciones a las que aquellos tengan derecho las recibirán por el RGSS (apartado 12.2 de la Circular 3/2022 del Seguro Escolar); debiendo abonar el Seguro Escolar únicamente la diferencia que, en su caso, pudiera existir a su favor.

2. ¿Afecta la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de Seguridad Social?

El apartado primero del art. 80 del Real Decreto-Ley 8/2023 incorpora una previsión relacionada con la protección social dispensada al alumnado en prácticas, al incorporar un nuevo apartado 11 a la DA 52ª en el que se prevé que “la situación asimilada regulada en esta disposición adicional no afectará al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Asimismo, dicha inclusión no dará lugar a la modificación del título por el que se tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria salvo la asistencia derivada de contingencias profesionales”.

Con ello, se pretende garantizar que la inclusión del alumnado en prácticas en el RGSS no va a comportar un perjuicio respecto a la protección social que el mismo ya tuviera reconocida anteriormente por el sistema de Seguridad Social. Ello se pone especialmente de relieve respecto al título por el que el alumnado en prácticas tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria, que, en ocasiones, pudiera ser más favorable para el alumno. En este supuesto, se prevé de forma expresa que la inclusión en el RGSS como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena de los mismos no supondrá la modificación del título por el que se tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria, con la salvedad de la asistencia derivada por contingencias profesionales, que pasará a ser la que se deriva de la referida inclusión en el RGSS.

Esta previsión no impide, sin embargo, que de la propia realización de las prácticas no laborales se puedan derivar efectos no deseados en el normal percibo de prestaciones de Seguridad Social, entre ellas, por ejemplo, las gestionadas por el IMSERSO.

En este punto, la respuesta que dispensa la DGOSS a la consulta quinta del Criterio 11/2023. Ampliación 2ª, en relación con los efectos de la DA 52ª sobre el derecho a pensiones no contributivas, señala que en este punto debe diferenciarse los efectos que pudieran producirse si las prácticas formativas y académicas son remuneradas o no son remuneradas.

Respecto a las primeras, se señala que la inclusión en el RGSS no producirá ningún efecto sobre el derecho y la cuantía de la prestación no contributiva. En cambio, por lo que se refiere a las segundas, cabe diferenciar, a su vez, las cantidades que se perciben por compensación de gastos por las prácticas, que deben estar excluidas del cómputo de renta, de las cantidades que excedan de la compensación de gastos que sí se computarán como renta a los efectos del cálculo de la prestación no contributiva.

En la misma dirección, en la misma consulta, la DGOSS aborda la cuestión de la posible compatibilidad entre la DA 52ª y las prestaciones previstas en la Ley 39/2006, de

14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, indicando que no se aprecia incompatibilidad.

Ahora bien, la DGOSS se plantea la cuestión de si puede existir esta incompatibilidad respecto al Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, en tanto que dicha norma, en su art. 2 prevé que “1. Los cuidadores no profesionales, a los que se refiere el artículo anterior, quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción de un convenio especial regulado en este real decreto. La suscripción del convenio especial no precisará la acreditación de periodo de cotización previo. 2. No será aplicable lo dispuesto en el apartado anterior, en los supuestos en que el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social, así como en los supuestos a que se refiere el apartado siguiente”.

Bajo estas premisas, la DGOSS concluye que teniendo en cuenta que la DA 52ª TRLGSS no constituye una relación laboral o profesional, dicha inclusión es compatible con la suscripción del convenio especial previsto para los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia”.

3. ¿Cuáles son los efectos de la DA 52ª TRLGSS sobre el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado?

La DGOSS en su Criterio 11/2023. Ampliación 2ª responde de forma muy sucinta a la consulta séptima, que versaba sobre los efectos en el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado de la DA 52ª, indicando que la inclusión en el RGSS en virtud de la DA 52ª TRLGSS, a efectos del Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado, supondrá aplicar los periodos en los que los alumnos queden incluidos como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, vía cómputo recíproco, a las pensiones que deba reconocer el citado régimen especial y ello sobre la base de los datos que suministre la TGSS.

4. ¿A cuántos días cotizados equivale cada día de prácticas formativas no remuneradas? ¿Y cuándo se encuentre el alumnado en prácticas en situación de incapacidad temporal?

Respecto a las prestaciones que se deriven de las prácticas formativas no remuneradas, la letra e) del apartado 7 DA 52ª TRLGSS contiene la previsión de que

“cada día de prácticas formativas no remuneradas, será considerado como 1,61 días cotizados, sin que pueda sobrepasarse, en ningún caso, el número de días del mes correspondiente. Las fracciones de días que pudieran resultar del coeficiente anterior se computarán como un día completo”.

No cabe duda que esta previsión constituye una importante mejora en el acceso, duración y cuantía de las prestaciones a las que pueden acceder el alumnado que desarrolla prácticas formativas no remuneradas.

Pues bien, la consulta segunda del Criterio 11/2023. Ampliación 1ª, amplía esta previsión al mantener que la consideración de cada día de prácticas formativas no remuneradas como 1,61 días cotizados resultará también de aplicación a los días previstos de realización de dichas prácticas en los supuestos en que la persona que las realice se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado del menor, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y que, dicha consideración, lo es únicamente a efectos de prestaciones.

5. ¿Cómo se calcula la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales en las prácticas formativas no remuneradas?

El Real Decreto-Ley 2/2023 fija la acción protectora dispensada a los alumnos en prácticas, en el apartado 3 de la DA 52ª TRLGSS estableciendo al respecto 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”. En consecuencia, en las prácticas no remuneradas existe la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

En este punto, se han planteado, sin embargo, dudas sobre cómo debe calcularse esta prestación y, en particular, sobre cómo debe calcularse la base reguladora para el cálculo de la misma.

Para el supuesto de las prácticas formativas no remuneradas, la letra b) del apartado 7 DA 52ª TRLGSS establece que “la base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes natural con el límite, en todo caso, del importe de la base mínima de cotización mensual correspondiente al grupo de cotización 7”.

Pues bien, a partir de dicha regulación, la DGOSS en la respuesta a la consulta primera del Criterio 11/2023. Ampliación 2ª, ha resuelto que, en estos supuestos, para el cálculo de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, cabe entender que la base de cotización mensual aplicable a efectos de prestaciones será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización vigente en cada momento respecto del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes natural con el límite, en todo caso, del importe de la base mínima de cotización mensual correspondiente al grupo de cotización 7. A su vez, este resultado debe dividirse entre el número de días de alta en dicho mes.

VI. EL CONVENIO ESPECIAL: ¿PUEDEN LOS ANTIGUOS BECARIOS DE INVESTIGACIÓN SUSCRIBIR EL CONVENIO PARA LA RECUPERACIÓN DE PERIODOS DE COTIZACIÓN PREVISTO EN LA DA 52ª TRLGSS?

El Real Decreto-Ley 2/2023 no se ha limitado a prever la inclusión en el RGSS de aquellas personas que a partir del momento de su entrada en vigor vayan a encontrarse en la situación objeto de regulación de esta norma, es decir, el alumnado universitario o de formación profesional que realice las prácticas definidas en dicha norma, sino que, por el contrario, como ya hiciera en su momento el Real Decreto 1493/2011²⁶, dedica el apartado 8 DA 52ª TRLGSS al amplio colectivo de personas que, con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, ya se hubieran encontrado en la situación indicada en la misma.

A tal efecto, la redacción inicial de la norma preveía que “las personas a las que hace referencia la presente disposición que, con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, se hubieran encontrado en la situación indicada en la misma, podrán suscribir un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilite el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizados antes de la fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de dos

²⁶ Vid. sobre esta posibilidad incorporada por el Real Decreto 1493/2011, MORENO GENÉ, J.: “La recuperación de periodos de cotización de los “exbecarios” tras el Real Decreto Ley 5/2013”, *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2015, págs. 69 a 92.

años”. Posteriormente, mediante el Real Decreto-Ley 5/2023, se amplió dicho período hasta un máximo de cinco años²⁷.

El Real Decreto-Ley 2/2023 opta, por tanto, por admitir la posibilidad de que aquellas personas que han desarrollado prácticas formativas, ya sean remuneradas o no, con anterioridad a su entrada en vigor puedan cotizar y, en consecuencia, contabilizarse las cotizaciones correspondientes a dichos períodos de formación, si bien, hasta un máximo de cinco años. Debe valorarse muy positivamente que la norma no se haya limitado simplemente a prever la integración en el RGSS del alumnado en prácticas a partir de su entrada en vigor, sin considerar la situación en la que se encuentran todas aquellas personas que con anterioridad habían desarrollado prácticas formativas, especialmente, las no remuneradas, sin encontrarse incluidas en la Seguridad Social, con los indudables perjuicios que ello les provoca en sus carreras de cotización, que se han visto notablemente reducidas, lo cual va a repercutir muy negativamente en el futuro acceso de este colectivo a las diferentes prestaciones de Seguridad Social, especialmente, respecto a la pensión de jubilación. Además, debe valorarse muy positivamente la ampliación a cinco años de la posibilidad prevista en la norma de recuperar los periodos de cotización por las prácticas formativas ya realizadas.

El mecanismo previsto en la norma consiste en la suscripción de un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de manera que habrá que estar a lo que se disponga en dicho desarrollo reglamentario, si bien, es de prever que esta cuestión se regule en términos similares a como ya se hiciera por el Real Decreto 1493/2011.

La mera previsión de este mecanismo de recuperación de periodos de cotización por parte de los alumnos que realizaran prácticas formativas antes de la entrada en vigor de la DA 52^a suscitó dudas sobre cuál debía ser su alcance subjetivo. Específicamente, se había planteado la cuestión de si era aplicable al personal investigador en formación con una beca, los tradicionalmente conocidos como becarios de investigación.

Esta cuestión ha sido contestada por la DGOSS en su Criterio 11/2023. Ampliación 1^a, habiendo respondido a la consulta segunda que el personal investigador no se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación de la DA 52^a, por cuanto que se trata

²⁷ A tal efecto, el Preámbulo de dicha norma establece que “en cuanto a la ampliación del plazo de los convenios para el cómputo de las prácticas, debe adoptarse a la mayor brevedad, para dar seguridad jurídica al colectivo afectado, que quedó a su vez fuera de la protección de la normativa de Seguridad Social y que ha de ser amparado para que pueda ver colmadas sus expectativas de protección, en términos similares a los alumnos en la actualidad”.

de personal que ya se encuentra en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario o master universitario o equivalente²⁸.

A mayor abundamiento, la DGOSS recuerda que este colectivo de los becarios de investigación encajaba en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1493/2011, el cual, en términos parecidos a la DA 52^a, abría la posibilidad de suscripción de convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social para este colectivo. A tal efecto, se recuerda que el apartado 2 de la disposición adicional primera de dicha norma establecía que “se entenderán incluidas en el apartado anterior aquellas personas que hubieran participado en programas de formación de naturaleza investigadora, siempre que tal participación haya tenido lugar con anterioridad al 4 de noviembre de 2003, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprobó el Estatuto del becario de investigación, o, en su caso, a la fecha de inscripción de programas en el Registro de becas a que se refiere la disposición transitoria única del citado real decreto”.

En definitiva, la DGOSS concluye afirmando que “a efectos de la suscripción del convenio especial que reclama el personal investigador en formación en períodos anteriores a 4 de noviembre de 2003, la normativa de aplicación fue la establecida en el apartado 2, de la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, sin que dicho colectivo pueda incardinarse ahora en el apartado 8 de la DA 52^a TRLGSS.

Esta respuesta suponía *de facto* dejar fuera al colectivo de los antiguos becarios de investigación sin verdaderas opciones de poder recuperar los referidos períodos de cotización por ninguna vía, puesto que no pueden acudir a la posibilidad que se abre ahora de conformidad con la DA 52^a TRLGSS, pero tampoco pueden acudir a la posibilidad que se previó en su momento en el Real Decreto 1493/2011 y que actualmente se encuentra desactivada.

No cabe duda que esta misma problemática se podría plantear respecto a otros colectivos que también quedarán excluidos por razones similares de la posibilidad de recuperar períodos de cotización prevista en la DA 52^a TRLGSS. Por lo demás, a ello cabe añadir que el Real Decreto 1493/2011 únicamente contemplaba la posibilidad de recuperar dos años de cotización, frente a los cinco años que permite la DA 52^a TRLGSS tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2023.

Probablemente, por este motivo la disposición final undécima del Real Decreto-Ley 8/2023 complementa lo inicialmente previsto por la DA 52^a TRLGSS, al prever que se faculta a la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones

²⁸ CABERO MORÁN, E.: “La seguridad social del estudiantado...” cit. pág.11, ya se había anticipado a esta cuestión al afirmar que nada tiene que ver la regulación de las prácticas no laborales, remuneradas o no, con “el contrato de trabajo con el doctorando que se podrá celebrar por una empresa del sector privado o del sector público, así como por una Administración Pública”.

para adoptar las disposiciones normativas oportunas que posibiliten de manera extraordinaria la suscripción de un convenio especial, a solicitud de los interesados, que permita ampliar, hasta un máximo de 5 años, el cómputo como cotizado de los periodos de formación a que se refiere la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011. A tal efecto, se prevé que se entenderán también incluidos en las situaciones objeto de regulación, los periodos prestados por aquellos que, siendo graduados universitarios y a través de los correspondientes estudios oficiales de doctorado, antes de 4 de febrero de 2006, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación, hayan participado en programas de formación de naturaleza investigadora, tanto en España como en el Extranjero.

Como puede observarse, con esta previsión se amplían hasta cinco años los periodos de formación a los que se refiere la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011 que pueden computarse como cotizados, frente a los dos años previstos inicialmente por esta norma y se aclara que el referido convenio especial podrá ser suscrito por quienes hayan sido becarios de investigación predoctorales con anterioridad a la aprobación del Real Decreto 63/2006, que pasó a prever la inclusión en el sistema de seguridad social del personal investigador en formación durante los dos primeros años de disfrute de las ayudas de investigación, así como su posterior contratación laboral en prácticas, durante la tercera y cuarta anualidad de disfrute de dichas ayudas.

VII. CONCLUSIONES

Tras haberse pospuesto la entrada en vigor de la DA 52ª, de la fecha inicialmente prevista de 1 de octubre de 2023 hasta el 1 de enero de 2024 y antes de su efectiva entrada en vigor, el Real Decreto-Ley 8/2023 ha procedido a introducir diferentes e importantes previsiones que afectan al régimen jurídico de esta materia y, asimismo, ha sido del todo necesario que la DGOSS fijara diferentes criterios para hacer posible la implantación del mandato contenido en la referida disposición adicional.

Sin lugar a dudas, ello se debe a que para evitar lo que había sucedido con el Real Decreto-Ley 28/2018 que no se llegó a implementar por falta de desarrollo reglamentario, el Real Decreto-Ley 2/2023 no se limitó a prever la incorporación en el RGSS del alumnado en prácticas, sino que, además, pretendió fijar el íntegro régimen jurídico con el que debía tener lugar esta inclusión, lo que la convertía en una norma plenamente aplicable en lo sustancial, sin necesidad de desarrollo reglamentario. Pese a estas

loables intenciones, la regulación inicialmente aprobada aún suscitaba algunas lagunas e importantes dudas interpretativas que han tenido que ser abordadas por el legislador y la DGOSS. Entre las cuestiones que han sido modificadas por el Real Decreto-Ley 8/2023 y las que han sido “aclaradas” por la DGOSS cabe destacar las siguientes.

En relación con el ámbito subjetivo de la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas prevista en la DA 52ª TRLGSS, el Real Decreto-Ley 8/2023 han incluido de forma expresa dentro de las prácticas que dan lugar a la referida inclusión en el Sistema de Seguridad Social las realizadas por alumnos de enseñanzas artísticas superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo.

Si bien esta cuestión ya había sido aclarada en su momento por la DGOSS, en el sentido de considerar incluidas dichas prácticas en el ámbito de aplicación de la DA 52ª, cabe valorar positivamente que, en aras del principio de seguridad jurídica, se haya previsto de forma expresa esta cuestión.

Esta *vis expansiva* del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS, sin embargo, no se ha visto secundada por el criterio adoptado por la DGOSS en relación a otros supuestos conflictivos. A tal efecto, cabe destacar la exclusión de la formación profesional para el empleo del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS, al considerar que dicha disposición solo se aplica a las prácticas realizadas por la universidad y la formación profesional, englobándose dentro de este último ámbito únicamente las acciones formativas que lleven a la obtención de certificados de profesionalidad.

Como ya se ha anticipado, este criterio ha merecido duras críticas en el seno de la doctrina, que ha llegado a considerar que en este supuesto la DGOSS no se habría limitado a interpretar la normativa aplicable, sino que también estaría haciendo funciones de legislador. Por lo demás, con este criterio nos alejamos de lo que parece que se perseguía con la DA 52ª TRLGSS, a saber, la extensión de la cotización a cualquier tipo de práctica formativa no laboral.

También se constata esta *vis restrictiva* del ámbito de aplicación de la DA 52ª TRLGSS por parte de la DGOSS en relación con las prácticas extracurriculares del alumnado universitario, no en vano, a pesar que la delimitación que lleva a cabo dicha disposición adicional es amplísima y parecería recoger *a priori* todas las prácticas no laborales de los alumnos universitarios previstas y reguladas por el Real Decreto 592/2014, se ha concluido que, en tanto que son de carácter voluntario y no forman parte del plan de estudios, no pueden considerarse dirigidas a la obtención de las titulaciones previstas en la DA 52ª TRLGSS, de modo que su realización no permite el alta en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena al amparo de la citada disposición adicional.

En todo caso, al ser las prácticas extracurriculares del alumnado universitario normalmente retribuidas, las mismas seguirán amparadas por lo dispuesto por el Real Decreto 1493/2011 y, en consecuencia, quienes las realizan quedarán igualmente incluidos por esta vía en el RGSS como asimilados a las personas trabajadoras por cuenta ajena.

También cabe interpretar, cuanto menos, como errática la posición de la DGOSS en relación con los migrantes en situación irregular, si bien, tras ciertos titubeos parece que finalmente se ha inclinado por considerar que las personas extranjeras en situación irregular no pueden ser incluidas en el sistema de la Seguridad Social puesto que para ello es requisito indispensable acreditar que residan o se encuentren legalmente en España mediante la resolución administrativa de autorización de residencia- incluido el arraigo para la formación- y/o trabajo.

Por lo demás, la DGOSS ha procedido a aclarar otras cuestiones muy interesantes en relación con el ámbito subjetivo de la DA 52ª TRLGSS, a saber, la propia delimitación de las prácticas no laborales respecto de las laborales desarrolladas en el marco de la contratación laboral formativa, la determinación de las entidades en las que se pueden desarrollar las prácticas no laborales, incluidas las administraciones públicas, los efectos de la realización de dichas prácticas en el extranjero, etcétera.

También en relación con el ámbito subjetivo de la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas, si bien, ahora desde una vertiente negativa, el Real Decreto-Ley 8/2023 ha previsto de forma expresa que no estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición adicional las personas que durante la realización de las prácticas a las que se refiere el apartado 1 figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva. Con esta previsión, la inclusión del alumnado en prácticas en el RGSS pasa a ser subsidiaria de todas las situaciones descritas, evitándose las dudas que se podían plantear sobre si en estos supuestos debía o no procederse a la cotización del referido alumnado.

También con afectación en el ámbito subjetivo de aplicación de la inclusión en el RGSS, el Real Decreto-Ley 8/2023 ha resuelto una cuestión trascendental que, de un modo sorprendente, no había sido abordada de forma expresa en la redacción inicial de la DA 52ª TRLGSS, que no es otra que el régimen transitorio aplicable a quienes en el momento de entrada en vigor de dicho precepto ya se encontraran realizando sus prácticas, lo que planteaba importantes dudas interpretativas. Frente a ello, ahora se

prevé de forma expresa que, a las prácticas reguladas en dicho precepto, iniciadas y no concluidas antes del día 1 de enero de 2024, les resultará de aplicación el régimen jurídico previsto en la citada disposición adicional únicamente desde dicha fecha. Con esta previsión, queda meridianamente claro que al alumnado que en el momento de la entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS ya se encontrara desarrollando sus prácticas les serán de aplicación las previsiones recogidas en dicho precepto a partir del 1 de enero de 2024.

Por lo que respecta a los actos de encuadramiento en el RGSS, a pesar de que la entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS se había pospuesto en su momento del 1 de octubre de 2023 al 1 de enero de 2024, a medida que se acercaba esta última fecha, las diferentes entidades responsables del cumplimiento de las obligaciones de encuadramiento del alumnado en prácticas, especialmente, de las no remuneradas, alegaron dudas interpretativas y problemas técnicos a la hora de afrontar el cumplimiento de dichas obligaciones, llegando a proponer que se aplazara, una vez más, la entrada en vigor de la DA 52ª TRLGSS.

Frente a ello, el apartado segundo de la disposición transitoria décima del Real Decreto-Ley 8/2023 ha previsto un plazo excepcional, que finalizará el día 31 de marzo de 2024, para comunicar a la TGSS las altas y las bajas en la Seguridad Social correspondientes al inicio o finalización de las prácticas formativas no remuneradas a las que se refiere la DA 52ª TRLGSS que tengan lugar en el período comprendido entre el 1 de enero y el 20 de marzo de 2024. Con esta previsión deberían quedar solventadas las dificultades técnicas que pudieran plantearse a las entidades responsables respecto al cumplimiento en tiempo y forma de sus obligaciones en materia de encuadramiento en el RGSS del alumnado en prácticas, especialmente, cuando las mismas no son remuneradas.

Respecto al objeto y dinámica de la cotización prevista para el alumnado en prácticas y como consecuencia de que todavía no han sido aprobada la LPGE-2024, el Real Decreto-Ley 8/2023 ha asumido la tarea de determinar las cuotas que los sujetos obligados deben satisfacer a la Seguridad Social, así como su proceso de determinación, distinguiéndose al respecto entre las prácticas formativas remuneradas y las no remuneradas. Esta previsión es fundamental, puesto que la misma ha permitido la entrada en vigor de las obligaciones previstas por la DA 52ª TRLGSS en la fecha prevista del 1 de enero de 2024.

Tanto para las prácticas formativas remuneradas como para las no remuneradas, se establece, además, que a las cuotas por contingencias comunes les resultará de aplicación la reducción del 95 por ciento establecida en el apartado 5 b) DA 52ª TRLGSS. Ello supone que el coste de cotización real por el alumnado en prácticas sea

prácticamente inexistente, de modo que, en ningún caso, debería haber servido de excusa para justificar la disminución de la oferta de estas prácticas formativas por parte de las empresas. Pese a ello, en los últimos meses se ha tenido la oportunidad de presenciar en los medios de comunicación un espectáculo poco edificante sobre quien debía asumir los costes económicos y de gestión administrativa que se derivan de las prácticas formativas, especialmente, en el caso de las no remuneradas.

Ante la negativa de las entidades en las que se desarrollan las prácticas formativas de asumir los costes económicos y de gestión administrativa que se derivan de las nuevas obligaciones en materia de Seguridad Social introducidas por la DA 52ª TRLGSS, parece que va a ser la práctica habitual que dichos costes sean asumidos por el centro de formación responsable de la oferta formativa, de modo que una opción que parecía excepcional se va a configurar como la norma habitual. Esta circunstancia, a su vez, ha provocado la amarga queja de los centros formativos responsables de la oferta formativa en cuyo marco se desarrollan las prácticas formativas por tener que asumir dichos costes, que parece que finalmente va a ser atendida por las administraciones públicas, estatal y autonómica, responsables en materia educativa, que vendrían a asumir dichos costes.

En relación con la acción protectora correspondiente al alumnado en prácticas, el Real Decreto-Ley 8/2023 ha previsto que “la situación asimilada regulada en esta disposición adicional no afectará al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Asimismo, dicha inclusión no dará lugar a la modificación del título por el que se tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria salvo la asistencia derivada de contingencias comunes”. Con ello, se pretende garantizar que la inclusión del alumnado en prácticas en el RGSS no va a comportar un perjuicio respecto a la protección social que el mismo ya tuviera reconocida anteriormente por el sistema de Seguridad Social.

Más allá de esta previsión normativa, la DGOSS ha abordado otras cuestiones de interés relacionadas con la acción protectora del alumnado en prácticas que se deriva de la DA 52ª TRLGSS. En particular, cabe destacar las dudas que plantea la compatibilidad del Seguro Escolar con la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas, estableciéndose, al respecto que la protección del Seguro Escolar no es compatible con la cobertura prestada a través del RGSS.

Por lo demás, la DGOSS también ha resuelto cuestiones más técnicas en relación con el cálculo de las prestaciones que, en su caso, puedan corresponder al alumnado en prácticas, a saber, las relativas a cuántos días cotizados equivale cada día de prácticas formativas no remuneradas, en particular, cuando el alumnado en prácticas se encuentra en situación de incapacidad temporal, cómo debe calcularse la base reguladora de la

incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales en las prácticas formativas no remuneradas, etcétera.

Por último, cabe recordar que el Real Decreto-Ley 2/2023 no se limitó a prever la inclusión en el RGSS de aquellas personas que a partir del momento de su entrada en vigor se encontraran en la situación objeto de regulación de esta norma, sino que, por el contrario, dedica el apartado 8 DA 52ª TRLGSS a todas aquellas personas que con anterioridad a su fecha de entrada en vigor ya se hubieran encontrado en la situación indicada en la misma. Para este amplísimo colectivo se contempla la posibilidad de suscribir un convenio especial, por una única vez, que les posibilite el cómputo de cotización por los períodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizadas antes de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2023, inicialmente, hasta un máximo de dos años, que posteriormente, mediante el Real Decreto-Ley 5/2023, se amplió hasta un máximo de cinco.

La mera previsión de este mecanismo de recuperación de periodos de cotización por parte de los alumnos que realizaran prácticas formativas antes de la entrada en vigor de la DA 52ª ha suscitado dudas sobre cuál debía ser su alcance subjetivo. Específicamente, se había planteado la cuestión de si la misma era aplicable al personal investigador en formación con una beca, los tradicionalmente conocidos como becarios de investigación, habiendo concluido la DGOSS que dicho colectivo no se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación de la DA 52ª, por cuanto que se trata de personal que ya se encuentra en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario o master universitario o equivalente.

En este contexto, el Real Decreto-Ley 8/2023 complementa lo previsto por la DA 52ª TRLGSS al prever que se faculta a la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para adoptar las disposiciones normativas oportunas que posibiliten de manera extraordinaria la suscripción de un convenio especial, a solicitud de los interesados, que permita ampliar, hasta un máximo de 5 años, el cómputo como cotizado de los periodos de formación a que se refiere la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011. A tal efecto, se prevé que se entenderán también incluidos en las situaciones objeto de regulación, los periodos prestados por aquellos que, siendo graduados universitarios y a través de los correspondientes estudios oficiales de doctorado, antes de 4 de febrero de 2006, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 63/2006, hayan participado en programas de formación de naturaleza investigadora, tanto en España como en el Extranjero.

Con esta previsión, se amplían también hasta los cinco años los periodos de formación a los que se refiere la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011 que pueden computarse como cotizados, frente a los dos años previstos

inicialmente por esta norma y se aclara que el referido convenio especial podrá ser suscrito por quienes hayan sido becarios de investigación predoctorales con anterioridad a la aprobación del Real Decreto 63/2006, que pasó a prever, por primera vez en una norma de carácter general, la inclusión en el RGSS como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena de dichos becarios durante los dos primeros años de disfrute de las ayudas de investigación, así como su posterior contratación laboral en prácticas, durante la tercera y cuarta anualidad de disfrute de dichas ayudas.

Todo hace pensar que los cambios normativos introducidos por el Real Decreto-Ley 8/2023 así como los criterios fijados por la DOGSS que se han expuesto a lo largo de este trabajo deberían favorecer la implementación definitiva y sin mayores sobresaltos de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de todo el alumnado que realice prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, tal y como se prevé en la DA 52ª TRLGSS.

Ahora bien, a pesar de estos importantes avances, debe tenerse en cuenta que la protección social que cabe dispensar a quienes realizan prácticas no laborales es únicamente uno de los pilares en los que se debe apoyar la adecuada tipificación y normalización jurídica de este colectivo, el otro, y tal vez el más importante, sea la regulación de su íntegro régimen jurídico, que debe recogerse en el tan anunciado “Estatuto del Becario” y al que de un modo sorprendente tanto le está costando ver la luz²⁹. No cabe duda que de la adecuada coordinación entre ambos pilares dependerá el éxito de la protección “laboral” y social dispensada a quienes realizan prácticas no laborales. Por el contrario, el injustificado retraso en la aprobación del referido Estatuto, seguro que va a provocar algunos desajustes en la puesta en marcha de la DA 52ª TRLGSS, en especial, por lo que respecta a la correcta identificación del ámbito subjetivo de la inclusión en el RGSS del alumnado en prácticas prevista en dicha norma.

²⁹ A tal efecto, no se han acabado cumpliendo los deseos de que la aprobación del Real Decreto-Ley 2/2023 contribuyera a acelerar la aprobación del “Estatuto del Becario”. Vid. ROJO TORRECILLA, E.: “Unas breves notas al Real Decreto Ley 2/2023 de reforma de las pensiones, y una pregunta: ¿Contribuirá la DA 52ª del RDL 2/2023 de 16 de marzo, al desbloqueo del Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa?”. 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/2023/03/unas-breves-notas-al-real-decreto-ley.html> y MORENO GENÉ, J.: “La extinción de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales”, *Briefs AEDTSS*, 24, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.aedtss.com/la-extension-de-la-proteccion-social-a-todos-los-estudiantes-en-practicas-un-paso-en-la-dignificacion-de-las-practicas-no-laborales/>

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CABERO MORÁN, E.: “La seguridad social del estudiantado universitario, setenta años de soledad (1953-2023)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023.

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.

CAMAS RODA, F.: “Prácticas formativas no laborales e inclusión en el sistema de Seguridad Social”. En *El Diario de Ferran Camas*, 22 de marzo de 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/practicas-formativas-no-laborales-e-inclusion-en/ia568>.

CAMAS RODA, F.: “La historia interminable de la regulación del acceso al sistema de Seguridad Social de las personas que hagan prácticas formativas no laborales”, en *El Diario de Ferran Camas*, 10 de enero de 2024. Este documento puede consultarse en: <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/formaci%C3%B3n-cotizaci%C3%B3n/ia606>.

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *Criterios relativos a la aplicación de la disposición adicional quincuagésima segunda del 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*, Estos documentos pueden consultarse en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/8cede0c4-890b-4771-b590-c50af07d8120>

GUINDO MORALES, S. Y ORTEGA LOZANO, P.: “El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.

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.

MORENO GENÉ, J. “La Seguridad Social de los participantes en programas de formación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 345, 2011.

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.

MORENO GENÉ, J.: “La recuperación de periodos de cotización de los “exbecarios” tras el Real Decreto Ley 5/2013”, *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2015.

MORENO GENÉ, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

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.

MORENO GENÉ, J.: “La extinción de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales”, *Briefs AEDTSS*, 24, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Este documento puede consultarse en: <https://www.aedtss.com/la-extension-de-la-proteccion-social-a-todos-los-estudiantes-en-practicas-un-paso-en-la-dignificacion-de-las-practicas-no-laborales/>

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. 35, 2023.

MORENO GENÉ, J.: “Un análisis jurídico-laboral del frustrado “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 66, 2023.

MORENO GENÉ, J.: “Un nuevo capítulo en el largo serial de la cotización del alumnado en prácticas. A propósito del Real Decreto-Ley 8/2013”, *Briefs AEDTSS*, 78, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024. Este documento puede consultarse en: <https://www.aedtss.com/un-nuevo-capitulo-en-el-largo-serial-de-la-cotizacion-del-alumnado-en-practicas-a-proposito-del-real-decreto-ley-8-2023/>.

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.

ORTEGA LOZANO, P.: “Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios”, VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.), Laborum, Murcia, 2022.

PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de becarios”, VVAA.: *Trabajo y Seguridad Social de la Juventud. I Jornadas ITSS/AESSS*, ILLUESCA BALLESTER, H.; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.), Laborum, Murcia, 2022.

ROJO TORRECILLA, E.: “Unas breves notas al Real Decreto Ley 2/2023 de reforma de las pensiones, y una pregunta: ¿Contribuirá la DA 52ª del RDL 2/2023 de 16 de marzo, al desbloqueo del Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa?”. 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/2023/03/unas-breves-notas-al-real-decreto-ley.html>

VELA DÍAZ, R.: “La inclusión del alumnado en prácticas en el sistema de la Seguridad Social: ¿una aplicación definitiva de la cobertura de protección social a las prácticas no laborales?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 36, 2023.

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA RELACIÓN LABORAL

Por

RAQUEL POQUET CATALÁ
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Internacional de La Rioja

raquel.poquet@uv.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: En este trabajo se realiza un análisis de la afectación del derecho a la libertad religiosa en el contexto de la relación laboral, dado que el poder de dirección empresarial puede imponer ciertas restricciones y límites. El problema se halla en identificar claramente la frontera que separa el poder que tiene la empresa para tomar decisiones en aspectos relacionados con la libertad religiosa de la persona trabajadora y aquel ámbito o espacio reservado de la persona trabajadora que debe quedar protegido frente al ámbito del poder empresarial. De hecho, contamos con varias sentencias recientes muy interesantes al respecto.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa; poder de dirección empresarial; hiyab; símbolo religioso; festividad religiosa.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO NORMATIVO.- III. CONTENIDO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL.- 1. Ideas generales.- 2. Libertad religiosa e indumentaria de la persona trabajadora.- 3. Libertad religiosa y modificación de las condiciones de trabajo.- 4. Libertad religiosa y acceso al empleo.- 4.1. Sector privado.- 4.2. Sector público.- 5. Libertad religiosa y exoneración de determinadas prestaciones laborales.- 6. Libertad religiosa y descanso semanal.- IV. REFLEXIONES FINALES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

THE RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

ABSTRACT: In this work it is carried out an analysis of the impact of the right to religious freedom in the context of the employment relationship, given that the power of business management can impose certain restrictions and limits. The problem lies in clearly identifying the border that separates the power that the company has to make decisions in aspects related to the religious freedom of the worker and that area or space reserved for the worker that must be protected from the sphere of business power. In fact, we have several very interesting recent sentences in this regard.

KEYWORDS: Religious freedom; business management power; hijab; religious symbol; religious holiday.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.- II. REGULATORY FRAMEWORK.- III. CONTENT OF RELIGIOUS FREEDOM IN THE WORKPLACE.- 1. General ideas.- 2. Religious freedom and clothing of the working person.- 3. Religious freedom and modification of working conditions.- 4. Religious freedom and access to employment.- 4.1. Private sector.- 4.2. Public sector.- 5. Religious

freedom and exemption from certain labor benefits.- 6. Religious freedom and weekly rest.- IV. FINAL THOUGHTS.- V. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos y libertades fundamentales de la persona trabajadora han dado una nueva dimensión al Derecho del Trabajo, especialmente, a la hora de proceder a la interpretación y aplicación de las disposiciones laborales que afectan a esos derechos fundamentales, en lo que se ha llamado reinterpretación constitucional del Derecho del Trabajo. Ello ha afectado con más fuerza a los derechos fundamentales de la persona trabajadora en el contrato de trabajo en el que se pone en juego directamente la persona, su dignidad y su libertad, resultando decisivo que los valores éticos y los derechos constitucionales informen también el contenido de ese contrato. Así pues, según el TC¹ es doctrina constitucional consolidada que “la celebración del contrato de trabajo no priva al trabajador de sus derechos constitucionales y que las organizaciones productivas no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan las relaciones laborales”.

En este sentido, el derecho a la libertad religiosa que tiene toda persona, y como tal toda persona trabajadora, entra en conflicto con el poder de dirección empresarial. De hecho, es bastante frecuente encontrarse con conflictos sobre el uso de signos religiosos en el trabajo, así como en espacios públicos, lo cual ha planteado debates intensos. Determinar si la empresa tiene la facultad de imponer restricciones a sus personas trabajadoras sobre el uso de signos religiosos y el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa ha suscitado y continúa suscitando controversias importantes. A ello, cabe añadir, que se trata de un aspecto sensible ya que exige conciliar el derecho fundamental a la libertad religiosa, que tiene como corolario la prohibición de toda discriminación por razón de religión, con otras libertades y principios, como la libertad de empresa, los principios de laicismo, neutralidad e imparcialidad y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Así planteada la cuestión de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, no puede sorprender, en modo alguno, que la génesis y el desarrollo más profundo de la teoría de la “*drittwirkung*” haya tenido como ámbito privilegiado el de las relaciones laborales, pues es en ellas donde más evidente aparece la función de los derechos fundamentales de neutralizadora o compensadora de asimétricas posiciones

¹ STC 88/1985, de 19 de julio.

contractuales². De ahí, que el rescate de la clásica visión personalista, propia originariamente de la concepción fiduciaria y paternalista de la relación laboral, suponga ahora un freno a la mercantilización creciente del trabajo, pues la relación laboral tiene “como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales”³.

La empresa ha dejado de ser una zona franca en la que el empresario ejercía una autoridad omnivalente, discrecional y unilateral, con la consiguiente separación entre el status general de ciudadanía y el estatuto de persona trabajadora subordinada. De este modo, los derechos fundamentales de la persona trabajadora se han abierto paso y han entrado en las fábricas. Así lo entiende el TC, en una doble dirección. Por un lado, en un plano general, como consecuencia de la desigualdad de partida existente entre las partes de una relación laboral⁴, y en un plano más particular, la reconstrucción de la tesis de la admisibilidad de la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo tiene los siguientes presupuestos. En primer lugar, la visión del poder empresarial como amenaza o fuente de especiales y mayores riesgos de conculcación o lesividad⁵. En segundo lugar, la necesidad de una mínima coherencia entre el tratamiento jurídico-normativo que recibe la persona trabajadora fuera y el que debe recibir dentro de la empresa⁶, ya que “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”⁷.

Los derechos fundamentales, pues, han de ser protegidos frente a las limitaciones innecesarias que puedan sufrir. Tan firme defensa de la vigencia entre particulares, como lo es entre empresa y persona trabajadora, de los derechos fundamentales inespecíficos, parecería permitir el reconocimiento también en este ámbito de la doble vertiente de tales derechos, en cuanto determinantes de deber negativo de respeto, que determina su entendimiento como efectivos límites al ejercicio del poder de dirección, por un lado, y en cuanto fuente de deberes positivos o proactivos de protección o prestación, que

² VALDÉS DAL-RE, F., “Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo”, *RFDUC*, núm. 55, 1979. p. 106.

³ STC 99/1994, de 11 de abril.

⁴ STC 3/1983, de 23 de enero.

⁵ STC 129/1989, de 17 de julio.

⁶ STC 88/1988, de 9 de mayo

⁷ SSTC 88/1985, de 19 de julio; 90/1997, de 6 de mayo.

determinaría su entendimiento como fuente de integración normativa del contenido obligatorio del contrato de trabajo.

En el ámbito del contrato de trabajo, la invocación por la persona trabajadora de su libertad religiosa puede expresarse en la exigencia a su empresa de una conducta de neutralidad, de no injerencia o intromisión en sus convicciones religiosas. Con independencia de la acomodación que este derecho puede tener respecto de determinadas actividades profesionales relacionadas con la ideología de una organización, a la persona trabajadora le asiste un doble derecho: de un lado, el derecho a resistir y no acatar las órdenes o instrucciones de la empresa cuyo contenido sea bien la interdicción, bien la imposición de una concreta creencia o práctica religiosa y, de otro, el derecho a no ser discriminado por razones religiosas en el momento de la contratación, ejecución y extinción del contrato de trabajo o, lo que es igual, a no sufrir daño o perjuicio alguno como consecuencia del ejercicio de su libertad de conciencia.

No cabe duda que una de las causas de discriminación laboral guarda relación con la afirmación de las convicciones personales, como la libertad religiosa de las personas trabajadoras, la cual, junto a la libertad ideológica y de conciencia, viene catalogada, junto a otros factores personales, como circunstancia discriminatoria en las declaraciones y convenciones internacionales en los que España es parte, y, expresamente, así aparece también en el art. 14 CE. También el ET contiene diversas referencias a la no discriminación por esta causa, como en sus arts. 4.2 c) y 17.1.

En el ámbito de la relación laboral, la libertad religiosa de la persona trabajadora sólo se ha reconocido en el ordenamiento español en su dimensión negativa o pasiva, es decir, como derecho a no manifestar las propias creencias, a no participar en determinadas prácticas religiosas de la empresa y a no ser discriminada por conductas religiosas, mientras que su dimensión positiva o activa, esto es, el derecho a la práctica religiosa de la persona trabajadora en la empresa no se reconoce⁸. De esta forma, una persona trabajadora que profesa una religión en España no puede pretender que la empresa tolere sus conductas motivadas por la fe que comprometan o pongan en riesgo el cumplimiento de obligaciones laborales, y mucho menos que haya una obligación por parte de la empresa de adoptar medidas organizativas que permitan y favorezcan la afirmación religiosa del trabajador en la empresa.

Y es, en el curso de los últimos años cuando se está asistiendo a un debate jurídico cuyo centro de interés reside en discernir si la empresa se encuentra obligada, además de por el deber negativo de no entrometerse en las creencias religiosas del personal a su servicio, por el positivo de facilitar la práctica religiosa de su personal, sobre todo cuando

⁸ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., "Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación", *REDT*, núm. 133, 2007. p. 78.

la misma se concreta en una modificación de las condiciones de trabajo (ausencias para asistir a una fiesta religiosa o para participar en una manifestación religiosa, interrupciones del trabajo o cambios de horarios o de turnos para cumplir con un deber religioso). De hecho, este es uno de los aspectos de la libertad personal de la persona trabajadora más sensible a padecer lesiones procedentes de un ejercicio extralimitado del poder empresarial, derivado de manera creciente del propio proceso tecnológico. Siendo la relación individual de trabajo una típica relación de subordinación jurídica, sometida a actuaciones de quien, por ostentar la posición de superioridad, puede perjudicar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona trabajadora, el problema radica en la conciliación entre la subordinación inherente al contrato de trabajo y la finalidad de la empresa que impone para su funcionamiento ciertas exigencias de orden a las que las personas trabajadoras por medio del contrato se someten “aceptando”, hasta cierto punto, enajenar su libertad. Algunos de estos derechos han sido explícitamente laboralizados, básicamente en los arts. 4, 17, 18 y 20.3 ET⁹. Esta laborización de ciertos derechos de la persona trabajadora, particularmente de aquéllos que, con mayor frecuencia, emergen en la relación de trabajo, no es baladí, pues en la conformación social y económica, los poderes empresariales constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos de la persona trabajadora y, ello no por considerar tales poderes como perversos o insidiosos, sino por el hecho de que la lógica empresarial actúa por naturaleza como freno a la expresión de aquellos derechos¹⁰. La empresa no es una zona franca y segregada en la que ejerce una “autoridad legitimada, indiscutible e indiscutida” con arreglo a los patrones propios de las estructuras sociales unitarias¹¹, es decir, “no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con su significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional”¹².

⁹ ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A., *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y seguridad social*. Madrid: Civitas, 2009. p. 43; DEL REY GUANTER, S., “Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Madrid: Civitas, 1992. p. 31; DURÁN LÓPEZ, F., *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 1992. p. 43; PRADOS DE REYES, F., “Contrato y relación de trabajo”, en AA.VV., *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 38.

¹⁰ VALDÉS DAL-RE, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona”, *RL*, núm. 8, 1990. p. 9.

¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Un modelo democrático de relaciones laborales”, en AA.VV., *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, 1985. p. 15.

¹² SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; y 88/1985, de 14 de agosto.

II. MARCO NORMATIVO

En el ámbito internacional son varios los textos normativos que recogen el derecho a la libertad religiosa. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, recoge ya en su art. 18 que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

Asimismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, establece en su art. 9 que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, matizándose que este derecho “implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos”. Cabe destacar también su art. 14 que indica que todos los derechos y libertades reconocidos en el citado texto normativo han de ser asegurados sin distinción alguna, especialmente por motivos religiosos. Ambos preceptos han sido invocados por las personas trabajadoras cuando han acudido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es el órgano encargado de aplicar lo dispuesto en el Convenio Europeo. Las sentencias del TEDH, como tales, son obligatorias y definitivas, y aunque no resultan ejecutivas tienen carácter declarativo. La realidad confirma que estas sentencias se cumplen voluntariamente por los Estados, ya que, en cierta forma, quieren conservar su prestigio internacional y respetar la auctoritas del Tribunal¹³.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, siguiendo la misma línea que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, recoge que “nadie será objeto de medidas coercitivas que pueden menoscabar su libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección”. Se fija, además, el compromiso de los Estados firmantes del Pacto a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones¹⁴.

¹³ MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Granada: Comares, 2002. p. 40.

¹⁴ El art. 18 del Pacto señala que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

La Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, de 25 de noviembre de 1981, recoge en su art. 1 una formulación muy similar a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Su art. 6 reconoce las siguientes libertades:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional”.

La Carta Social Europea revisada de 1996 también recoge en su artículo E (Parte V) la obligación de garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en la indicada Carta “sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación”.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

En el ámbito comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2001, establece en su art. 10 el derecho de toda persona a “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”. Asimismo, reconoce “el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Por otro lado, cabe destacar la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que constituye el primer texto normativo comunitario que hace referencia de forma expresa a la protección del ejercicio del derecho de libertad religiosa de las personas en el ámbito laboral. Concretamente, su art. 1 establece que la Directiva “tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”, prohibiéndose tanto la discriminación directa como la indirecta¹⁵.

No obstante, la citada Directiva permite en su art. 4.1 una diferencia de trato por motivos religiosos, al señalar que no tendrá carácter discriminatorio cuando “debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”. El TJUE, en su sentencia de 14 de marzo de 2017, C-188/2015, Asunto Bougnaoui, ha realizado una interpretación restrictiva de dicho precepto al establecer que solo en muy contadas circunstancias, una característica vinculada a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante.

Asimismo, el art. 4.2 de la indicada Directiva también recoge otra excepción al principio de prohibición de discriminación por motivos religiosos referida a aquellas personas que presten servicios profesionales en iglesias u otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o en las convicciones de una persona.

También es importante destacar el concepto de acoso por motivos religiosos que recoge la Directiva 2000/78/CE en su art. 2.3 al señalar que el acoso constituirá discriminación cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con

¹⁵ Sobre la prohibición de discriminación por religión, vid GIL ALBURQUERQUE, R., “Prohibición de discriminación por causa de religión o convicciones”, en AA.VV., *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Madrid: Francis Lefebvre, 2018. p. 361.

alguno de los motivos indicados en el art. 1 (entre los que se halla el religioso) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Por último, la citada Directa también reconoce la protección a las víctimas de la discriminación de posibles represalias cuando denuncien tal situación, al establecer la obligación de los Estados miembros de adoptar “las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato” (art. 11).

A nivel nacional, cabe referirnos, en primer lugar, a la CE, la cual recoge en su art. 16, como derecho fundamental, la libertad religiosa y de culto “de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Además, recoge que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

El art. 16, a diferencia de los textos constitucionales precedentes, no configura un Estado confesional, sino todo lo contrario, consagrando el principio de aconfesionalidad y exclusividad jurisdiccional, si bien en el art. 16.3 se hace referencia expresa a la Iglesia Católica. No obstante, cabe señalar que la CE no recoge de forma expresa la aconfesionalidad del Estado, sino que prohíbe en su art. 16.3 tener carácter estatal a las confesiones, prohibición, por tanto, dirigida a los poderes públicos.

Esta aconfesionalidad se complementa con el deber de mantener relaciones de cooperación con las confesiones religiosas. En este sentido, el TC ha señalado que el modelo de las relaciones del Estado con las confesiones religiosas es de “laicidad positiva”¹⁶, señalando que la neutralidad del Estado en materia religiosa “se convierta de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática”¹⁷.

El desarrollo de este precepto se halla en la LO 7/1980 de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que regula la posibilidad de que el Estado firme acuerdos de cooperación con confesiones distintas de la católica, para la cual se exige que la confesión religiosa esté inscrita en el Registro de Entidades Religiosas y que cuente con “notorio arraigo” en

¹⁶ STC 46/2001, de 15 de febrero, que señala que “como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (...) considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva”.

¹⁷ STC 177/1996, de 11 de noviembre.

España. El RD 593/2015, de 3 de julio, desarrolla el concepto de notorio arraigo. En cumplimiento de la LOLR, el Estado Español firmó en 1992 los correspondientes acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE)¹⁸, la Federación de Comunidades Israelitas (FCI)¹⁹ y con la Comisión Islámica de España (CIE)²⁰. Con anterioridad, el Estado Español ya había firmado el acuerdo con la Iglesia Católica²¹.

III. CONTENIDO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL

1. Ideas generales

En general, la libertad religiosa no sólo define una esfera de autonomía individual en relación con los poderes públicos, obligados a garantizar a toda persona una inmunidad de coacción, sino que también atribuyen un espacio de autodeterminación ante el fenómeno religioso, expresado mediante la fe o mediante la ausencia de fe, que faculta a los ciudadanos tanto para acomodar su forma de vida a esas convicciones como para mantenerlas y defenderlas frente a terceros²².

Es arduo ofrecer una definición de la libertad religiosa, pero se puede afirmar que “se concreta en la posibilidad jurídicamente garantizada de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a sus propias convicciones con exclusión de cualquier intervención por parte del Estado, quien asume la protección del ejercicio de aquella libertad frente a otras personas o grupos sociales”²³. Es decir, tiene como “objeto la fe como acto y como contenido de dicho acto”²⁴, comprendiendo, sin embargo, no sólo la libertad de creencia, sino, además, la libertad de profesar y practicar la propia religión en sus más variadas manifestaciones, sean éstas individuales, asociadas o institucionalizadas, públicas o privadas, incluyendo la enseñanza, la predicación, el culto y la observancia.

¹⁸ Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Evangélicas de España.

¹⁹ Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

²⁰ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España

²¹ Acuerdo de 3 de enero de 1979.

²² VALDÉS DAL-RE, F., “La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, *RL*, núm. 24, 2004. p. 97.

²³ STC 55/1985, de 22 de abril.

²⁴ BENEYTO PÉREZ, J.M., “Libertad ideológica y religiosa”, en ALZAGA VILLAMIL, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996. p. 310.

De hecho, muchas veces se confunde con la libertad ideológica, pues la línea que separa una y otra no siempre está clara. Nuestro alto tribunal considera que la libertad religiosa protege, exclusivamente, las respuestas positivas ante el hecho religioso, concretamente, las creencias basadas en la creencia de un ser trascendente. Así, ha señalado que el principio de la libertad religiosa es uno “de los dos principios básicos de nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de las relaciones entre el Estado, y las Iglesias y las Confesiones”²⁵. De esta forma, considera que “la libertad ideológica, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista que, basado en la tolerancia y respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto del fenómeno religioso y al destino último del ser humano y así lo manifiesta bien expresamente el Texto constitucional al diferenciar, como manifestaciones del derecho, la libertad ideológica, religiosa y de culto, y la ideología, religión o creencias”²⁶. Así, define el derecho de libertad religiosa como “un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo el cual comporta el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualquiera, grupos sociales”²⁷.

La libertad religiosa tiene una dimensión objetiva y otra subjetiva, y dentro de ésta se distingue, a su vez, entre una vertiente interna y otra externa²⁸. La dimensión objetiva conlleva la neutralidad de los poderes públicos, insta a la aconfesionalidad del Estado y al mantenimiento de las relaciones de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica y demás Confesiones²⁹. En cuanto a su dimensión interna, “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias, y por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia

²⁵ STC 24/1982, de 13 de mayo.

²⁶ STC 292/1993, de 18 de octubre. En sentido similar, la STC 177/1996, de 11 de noviembre, señala que “el derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso vinculado a la propia personalidad y dignidad individual (...) junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1, incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”.

²⁷ STC 24/1982, de 13 de mayo.

²⁸ STC 177/1996, de 11 de noviembre, que literalmente establece que “en cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa”.

²⁹ STC 46/2001, de 15 de febrero.

personalidad y dignidad individual³⁰. Su dimensión externa, que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, se concreta “en la posibilidad de ejercicio inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”³¹.

Así pues, el derecho fundamental a la libertad religiosa se desenvuelve en una doble vertiente. En el plano más personal e íntimo, la libertad religiosa protege el derecho de toda persona a tener o a no tener creencias religiosas, esto es, a adoptar una determinada posición intelectual frente a la vida y cuanto le concierne, representando y enjuiciando la realidad a través de un credo. En el plano externo, dicha libertad tutela el derecho a manifestar estas creencias a través de una variedad de formas y medios, reconoce un *agere licere*, que faculta a sus titulares para actuar con arreglo a las propias convicciones, así como para mantenerlas frente a terceros³².

La libertad religiosa, en el ámbito laboral y con respecto a la persona trabajadora, se concreta en un derecho que presenta tres rasgos fundamentales. En primer lugar, se trata de un derecho subjetivo individual, es decir, ejercitado por personas físicas, y no por entidades colectivas. En segundo lugar, se trata de un derecho que se ejerce en un ámbito privado, ya que se hace valer frente a sujetos privados (eficacia horizontal de los derechos fundamentales) y no frente al Estado (eficacia vertical). Por último, es un derecho que se ha reconocido de forma estricta, sólo hasta el límite en el que la afirmación de la libertad religiosa compromete el cumplimiento de las obligaciones laborales de la persona trabajadora.

Las perturbaciones que puede experimentar la persona trabajadora en el ejercicio de sus derechos de libertad religiosa pueden afectar tanto a la vertiente interna como a la vertiente externa. El sistema jurídico, sin embargo, no protege con la misma intensidad esas posibles perturbaciones. Más aún, mientras que el derecho que asiste a la persona trabajadora, como persona humana, de tener o carecer de credo religioso no se discute, el derecho de la persona trabajadora a la libre manifestación de su libertad religiosa es objeto de un tratamiento bien diferente.

De hecho, en el ámbito laboral sólo se reconoce el derecho a la libertad religiosa en su sentido negativo, es decir, derecho a no declarar sobre las propias creencias o a no compartir la doctrina religiosa de la empresa y no participar en sus cultos o

³⁰ STC 177/1996, de 11 de noviembre

³¹ SSTC 19/1985, de 13 de febrero; 137/1990, de 19 de julio; 177/1996, de 11 de noviembre; y 46/2001, de 15 de febrero.

³² SSTC 19/1985, de 13 de febrero; 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 177/1996, de 11 de noviembre; y 101/2004, de 2 de junio.

celebraciones. El derecho que asiste a la persona trabajadora de no revelar su credo religioso y, por tanto, la prohibición que pesa sobre la empresa de no inquirir sobre las creencias religiosas de la persona trabajadora han de ser interpretados en conexión con el propio contenido de la libertad religiosa. En la medida en que este derecho integra el "poder manifestar libremente las propias creencias o convicciones o la ausencia de las mismas"³³, la persona trabajadora puede, por su propia iniciativa y de manera espontánea, declarar su fe religiosa, declaración ésta que goza de la tutela absoluta de la vertiente interna de la libertad religiosa. Por consiguiente, los actos de la empresa tendentes a menoscabar y perjudicar la creencia expresada, sea cual sea el momento en que se exterioricen, habrán de reputarse igualmente nulos, por discriminatorios. El derecho "al silencio sobre la religión" constituye, de seguro, el instrumento más eficaz para tutelar la libertad religiosa de la persona trabajadora o, lo que es lo mismo, el instrumento más apropiado para garantizar el principio de neutralidad del credo religioso en el ámbito de la empresa y de las relaciones entre la empresa y el personal a su servicio. Pero la libertad religiosa no sólo se menoscaba cuando, a resultas de la mera confesión profesada, la persona trabajadora sufre un perjuicio directo en su vida profesional o laboral. La empresa también puede lesionar esa esfera íntima y personal, en que se sustancia la vertiente interna de las convicciones religiosas o de la ausencia de ellas, cuando fuerza a la persona trabajadora a participar en actos de culto o ceremonias religiosas o cuando pretende adoctrinarle, contra su voluntad, con enseñanzas religiosas.

Pero, como se ha señalado, la persona trabajadora también tiene este derecho a la libertad religiosa en el aspecto positivo, aunque, este aspecto sólo se admite en el ámbito de la esfera privada de la persona trabajadora, es decir, siempre que el mismo desarrolle su vida religiosa de modo discreto no comprometiendo sus obligaciones laborales. Y es aquí, en este segundo aspecto, donde se trae a colación el principio de igualdad y no discriminación.

No obstante, este principio de igualdad y no discriminación, como es sabido, no es absoluto, sino relativo, en el sentido de que es compatible con el tratamiento jurídico diferenciado cuando haya circunstancias que justifiquen dicha diferencia, lo cual ha llevado a que la libertad religiosa opere de la manera circunscrita analizada en el ámbito laboral, y ello por el hecho de que la persona trabajadora no puede comprometer el cumplimiento de sus obligaciones laborales (librar del trabajo los días que prescribe la religión, ausentarse para el culto, negarse a la manipulación de alimentos religiosamente prohibidos, o utilizar la indumentaria de su religión rompiendo la uniformidad de la

³³ Art. 2.1 a) LOLR.

empresa). De modo que, como la libertad religiosa de la persona trabajadora aparece reducida a la igualdad y no discriminación por motivos religiosos, y este principio no es absoluto, sino que permite introducir diferencias de trato cuando haya circunstancias que lo justifiquen, dicho derecho carece de fuerza para modular o matizar las obligaciones laborales de las personas trabajadoras³⁴.

Por tanto, la libertad religiosa de la persona trabajadora se limita a un derecho de igualdad y no discriminación por motivos religiosos, siempre que éstos queden identificados con conductas negativas, como el derecho a no declarar sobre las propias creencias o a no formar parte de cultos o celebraciones religiosas de la empresa, o a lo sumo, con conductas religiosas positivas de bajo alcance, esto es, que no supongan nunca un incumplimiento de las obligaciones laborales. Así pues, en el ámbito laboral, el conflicto entre la libertad religiosa de la persona trabajadora y el poder de dirección de la empresa se resuelve a favor de este último. En realidad, el contenido de la libertad religiosa de la persona trabajadora ha sido fruto de la doctrina constitucional, ya que admite sin duda el derecho de la persona trabajadora a no relevar sus creencias, a no participar en determinadas celebraciones de tipo religioso y a no ser discriminado por razones religiosas³⁵, pero no entiende que la libertad religiosa pueda ser invocada por la persona trabajadora para eximirse de sus obligaciones laborales, cuando éstas interfieran con sus creencias, y que tampoco da derecho a la persona trabajadora para que la empresa readapte la organización o las condiciones de trabajo a los deberes religiosos, pues “aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contradichas incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, de modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la redacción contractual que considere oportunas”³⁶. Continúa argumentando el TC³⁷ que “cuando una empresa no

³⁴ GARCÍA MURCIA, J., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en AA.VV., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. Madrid: La Ley, 2006. p. 387.

³⁵ STC 101/2004, de 2 de junio, donde se estima, por vulneración de la libertad religiosa, el recurso de amparo de un Subinspector de Policía que, por no tener convicciones religiosas, solicitó dispensa para participar en una ceremonia religiosa, concretamente, un desfile procesional de la Semana Santa. Entiende el TC que, dado que, la presencia del Cuerpo Nacional de Policía en la citada procesión no responde propiamente a un fin de desempeño de las funciones de policía, puesto que su fin no es garantizar el orden público, sino contribuir a realizar la solemnidad de un acto religioso, está fundamentada la negativa de “quien no profese la religión católica en tomar parte en manifestaciones de culto de dicha religión, como desfilar procesionalmente”.

³⁶ STC 19/1985, de 13 de febrero, donde el TC desestima el recurso de amparo de una trabajadora que, tras su bautizo según el rito de la iglesia Adventista del Séptimo Día, solicita que se reconozca su derecho a la inactividad laboral del sabbath entre la puesta del sol del viernes a la

dispensa a un trabajador del régimen laboral establecido respecto a la jornada de trabajo, para posibilitarle el cumplimiento de sus deberes religiosos, podrá existir una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto imponga la inactividad laboral, y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del empresario". En términos similares lo estima también la doctrina judicial³⁸ y el TS³⁹, en base a que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el "domingo" como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición. Este es el sentido del descanso semanal en la Ley de 1904, y en el RDL 8 junio 1925 que sustituye a esta Ley y adapta la legislación española al Convenio 14 OIT, y estos principios de laicidad de la institución no resultan alterados por la Ley de Jornada Máxima Legal de 1931, y vuelven a inspirar la legislación de 1976, Ley de Relaciones Laborales, superada la etapa confesional que supuso la Ley 13 julio 1940 de Descanso Dominical, de la que se ha dicho autorizadamente que, "aparte su acusado espíritu social, tiene también un cierto espíritu religioso, muy diferente al que informó las Leyes de 1904 y 1925". Esta secularización, no podía ser de otro modo, pues dada la aconfesionalidad que proclama el art. 16 CE, se mantiene en el art. 37.1 ET, que dispone que "los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo", a lo que seguidamente añade la posibilidad de modificar esta regla general, dispositiva, en este sentido, por convenio colectivo o contrato de trabajo, con lo que está remitiendo a la

del sábado. La empresa no concede el cambio de turno o la ausencia con pérdida de salario que propone la trabajadora, entendiéndose, antes, al contrario, que las faltas de asistencia al trabajo los sábados constituye un incumplimiento de obligaciones laborales. El TC entiende que el derecho a la libertad religiosa no conlleva la dispensa "del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó, de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia laboral".

³⁷ STC 19/1985, de 13 de febrero.

³⁸ STSJ Comunidad Valenciana, de 11 de septiembre de 2000, rec. núm. 1925/2000, que enjuicia el caso de un miembro de la banda de música municipal que solicita no asistir a prestar los servicios los sábados por ser miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día.

³⁹ STS de 20 de abril de 1988, st. núm. 577/1988, que analiza la negativa de una persona trabajadora de la Iglesia Adventista del Séptimo Día a prestar trabajo entre la puesta de sol del viernes y la del sábado, con el consiguiente incumplimiento de las obligaciones laborales. En este caso, el TS considera que la empresa debe reconocer el derecho de la persona trabajadora a no prestar los servicios el sábado, sino otro día de la semana, pero no porque así lo imponga el reconocimiento de la libertad religiosa de la persona trabajadora sino porque lo había autorizado la empresa, de modo que no cabe que la empresa modifique luego unilateralmente esta concesión. Por su parte el TC, en su STC 19/1985, de 13 de febrero, señala que "el descanso semanal corresponde en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues es evidente, de la legislación, que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por tradición".

voluntad concordada de las partes la fijación del día de descanso. Puesto que la voluntad de las partes no se limita en la Ley, ni en cuanto al contenido del acuerdo ni en cuanto a su causa justificadora, el Estatuto otorga carácter dispositivo a la determinación del día del descanso y de forma igual se recoge que es, por tanto, indiferente para el legislador y de igual forma se recoge en la citada Ley 24/1992, en su art. 12. 1, acuerdo que legitimaría la sustitución de la regla general del descanso semanal que aquí no existe, debiendo añadir por último, a lo ya dicho por esta Sala, que lo que acontece en este supuesto es que el demandante quiere imponer a todos y sobre todo, su tesis religiosa y obligar contra preceptos constitucionales suficientemente interpretados y preceptos legales en vigor, a que se configure su descanso semanal en sábado, como institución religiosa que él asume por su propia condición religiosa y entiende debe respetar por el empleador, condición religiosa que nunca expresó con anterioridad a ser contratado, cuando lo pudo hacer, para que la manifestación de voluntad de las partes en la firma de éste, se hubiera configurado con plena libertad, realizando tal manifestación al mes de ser contratado, añadiendo a lo dicho y es conveniente recordar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, conforme establece el art. 7.2 del Código Civil, debiendo ser desestimado por tanto tal motivo y con ello el recurso, con confirmación de la resolución recurrida”. No obstante, el TS⁴⁰ muestra una mayor sensibilidad al hecho religioso, al considerar improcedente el despido de la persona trabajadora por faltas de asistencia todos los sábados a causa de su religión. Sin embargo, en su fundamentación jurídica, se acude, como *ratio decidendi* básica, a un argumento de índole contractual, sustentado en el hecho específico de que, con anterioridad al despido, la empresa autorizó a la persona trabajadora a las ausencias sabatinas, de donde, si después revoca esa autorización, está cometiendo una ilegítima modificación sustancial de las condiciones de trabajo. De todos modos, de una manera más camuflada, aflora, en su fundamentación jurídica, un argumento de impronta no contractualista, al reseñar que “las peculiaridades organizativas de la empresa y del propio centro de trabajo”, que, según los hechos declarados probados, presenta actividad los siete días de la semana, existiendo otras personas trabajadoras con descansos entre semana, no en sábado.

Dicha doctrina constitucional generó una cierta controversia en la doctrina laboral, pues, para un sector⁴¹ “si las creencias y su ejercicio práctico son incompatibles con el contrato, el contrato es válido y lícito -en cuanto incorpora a su complejo de prestaciones una norma también válida y lícita- y si las creencias no quieren ser sacrificadas, el

⁴⁰ STS de 20 de abril de 1988, st. núm. 577/1988.

⁴¹ ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Civitas, 1986. p. 51.

sacrificio debe soportarlo quien las tiene, y no quien no las tiene". Mientras que para otro⁴² se destaca cómo "se pone especialmente de relieve una tendencia a la "contractualización", a la interiorización del derecho fundamental en la relación contractual que, si en ocasiones ofrece buenos resultados prácticos, en otras, como ésta, revela algunas insuficiencias. Desde esta perspectiva... (la organización y sus exigencias) si permiten adaptar la prestación del trabajador a sus creencias, podrían conducir a una eventual modificación contractual, no como posibilidad, sino como obligación exigible ex artículo 7 del Código Civil".

No obstante, esta situación, puede estar empezando a cambiar, en el sentido de que la libertad religiosa, entendida en su sentido de afirmación de las convicciones y prácticas religiosas pueda ir cobrando fuerza en el ámbito laboral, hasta poder llegar a modular las obligaciones laborales ordinarias de las personas trabajadoras. De cualquier modo, debe insistirse en que, de momento, la jurisprudencia sigue asentada en el postulado de no reconocer en el contrato de trabajo más alcance a la libertad religiosa que el de una regla de no revelación de creencias, resistencia a celebraciones religiosas impuestas por la empresa e igualdad de trato y no discriminación.

Pero, como se ha señalado existen indicios que permiten inducir un cierto cambio en el tratamiento jurídico que puede pasar a darse en el futuro a la libertad religiosa de la persona trabajadora, en el sentido de un mayor reconocimiento de derechos de tipo religioso en la empresa. La fuerte inmigración en España en los últimos años constituye, sin duda, la circunstancia más decisiva a tal efecto, en la medida en que determina un notable incremento del número de practicantes de otras religiones, lo que terminará provocando la reivindicación del derecho a afirmar sus convicciones en el trabajo.

De hecho, un claro ejemplo de ello son las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, con las Federaciones Evangélica, Israelita e Islámica de España, que, aunque son normas que afectan a la libertad religiosa, principalmente, en su dimensión colectiva, las mismas incorporan también algunas reglas que pueden implicar la atribución de derechos subjetivos individuales en el ámbito de la empresa, como es la consideración de los mandatos de las citadas religiones relativos a la prohibición de trabajar en determinados momentos, días o períodos del año, aunque si bien es cierto remitiendo al acuerdo con la empresa⁴³. Así, la Ley 24/1992 establece que el descanso laboral semanal para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y otras Iglesias Evangélicas cuyo día de precepto sea el sábado podrá comprender la

⁴² RODRÍGUEZ-PIÑERO M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986. p. 221.

⁴³ BARRIOS GAUDOR, G. L., JIMÉNEZ-AYBAR, I., "La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de cooperación con la Comisión islámica de España y otras cuestiones relacionadas", *CEF*, núm. 274, 2006. p. 41.

tarde del viernes y el día completo del sábado previo acuerdo con la empresa (art. 12.1), así como que las pruebas selectivas para ingreso en la Administración Pública que hayan de celebrarse en sábado tengan lugar en una fecha alternativa, cuando no haya causa motivada que lo impida (art. 12.3). Similar contenido presenta la Ley 25/1992, relativa a las confesiones israelitas, que señala, además, algunas fiestas de la tradición religiosa judía que podrán sustituir otras tantas del calendario festivo oficial español: el Año Nuevo (Rosh Hazaña), el Día de Expiación (Yon Kippur), la Fiesta de las Cabañas (Succoth), la Pascua (Pesaj) y Pentecostés (Shavuot) (art. 12.2). Lo mismo, de la Ley 26/1992, con la particularidad de la interrupción del trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las 13.30 hasta las 16.30 horas, la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol durante el mes de ayuno (Ramadán) (art. 12.1), y del señalamiento de festividades y conmemoraciones propias, que podrán sustituir a las del calendario oficial de fiestas español (art. 12.2).

Nos adentramos así en este horizonte de previsible aparición de conflictos religiosos en el ámbito laboral, que ya no podrán resolverse como hasta ahora, esto es, reconociendo sólo el derecho a la libertad religiosa negativa, sino que demandan una mayor sensibilidad con las dimensiones positivas, con la consiguiente matización o modulación de las obligaciones profesionales de la persona trabajadora.

2. Libertad religiosa e indumentaria de la persona trabajadora

En el marco de la libertad religiosa en el ámbito laboral, son muy frecuentes los conflictos que tienen su origen en la indumentaria que la persona trabajadora pretende llevar cuando presta servicios. En este contexto, junto al derecho a la libertad religiosa puede aparecer también el derecho a la propia imagen, es decir, el derecho que tiene toda persona para crear su propia imagen externa, de acuerdo con sus gustos, creencias y características, que justifique su decisión. En este sentido, aparecen los conflictos sobre trabajadoras musulmanas que quieren utilizar en su trabajo el velo islámico o hiyab, o la persona trabajadora judía que quiere llevar una kippah, entre otros muchos supuestos.

Por una parte, el TEDH ha enjuiciado el caso de una profesora de origen católico pero que se había convertido al Islam que prestaba servicios en un colegio de Suiza y optó por cubrirse la cabeza con un pañuelo habiéndosele sido prohibido el uso del velo durante el desarrollo de sus tareas docentes en base a una ley cantonal que preservaba la laicidad en las escuelas⁴⁴. El TEDH considera que la prohibición de llevar velo

⁴⁴ STEDH de 15 de febrero de 2001, Asunto Dahlab vs Suiza.

implicaba una restricción en su libertad religiosa, pero aceptó el razonamiento del gobierno suizo de observar dicha restricción. El órgano judicial argumenta que es fundamental mantener la laicidad en la escuela como medio de protección de la ideología del alumnado, especialmente teniendo en cuenta su edad y, por consiguiente, su influenciabilidad. De esta forma, para garantizar una adecuada tutela del alumnado y el mantenimiento de la paz religiosa en la escuela, considera que el personal docente debe asumir ciertas restricciones a la hora de expresa o manifestar su ideología religiosa.

En otros casos relativos a dos trabajadoras británicas -una empleada de compañía aérea, y otra enfermera de un hospital-, el TEDH, sigue la misma línea⁴⁵. Así, en el caso de la trabajadora de la compañía aérea (asunto Eweida) el conflicto deriva porque las normas de uniformidad de la empresa establecían que era obligatorio el uso de uniforme de las personas trabajadoras en contacto con el público y prohibían la exhibición pública de cualquier accesorio o prenda de vestir de carácter religioso. La trabajadora decidió llevar una cadenita con una cruz como signo de su fe cristiana negándose a cumplir los requerimientos empresariales para ocultarla, por lo que fue suspendida de empleo y sueldo. El TEDH consideró que la empresa había vulnerada el art. 9 CEDH fijando que la limitación al ejercicio de la libertad religiosa debe sujetarse a las exigencias del principio de proporcionalidad que supone ponderar los intereses empresariales plasmados en la uniformidad de la vestimenta y proyectar así la imagen corporativa de la empresa y el derecho de la trabajadora de manifestar sus creencias religiosas en base a su derecho fundamental a la libertad religiosa. El TEDH estima que los órganos judiciales nacionales dieron demasiada importancia a los intereses empresariales, cuando, además, no había prueba alguna de que el uso de prendas de vestir religiosas tuviera efecto negativo alguno sobre la imagen de la empresa.

En el segundo caso, sobre la enfermera del hospital a la cual se le prohíbe llevar una cadena con una cruz -asunto Chaplin-, el TEDH considera que llevar la cruz y la cadena en el trabajo constituye una manifestación de la libertad religiosa por lo que su restricción debe someterse al principio de proporcionalidad. En este caso, el TEDH pondera, por un lado, que la decisión del hospital estaba fundada en la protección de la salud y seguridad de los pacientes y del personal (riesgo de que un paciente perturbado pudiera coger la cadena lesionándose a sí mismo o a la enfermera, o contacto de la cruz con una herida abierta), así como que la regla no afectaba solo a símbolos religioso y, por otro lado, el derecho fundamental a la libertad religiosa de la trabajadora. El TEDH ponderó ambos intereses y estimó que la finalidad alegada por la empresa era de mayor importancia que

⁴⁵ STEDH de 15 de enero de 2013, Asunto Eweida y Asunto Chaplin.

la planteada en el Asunto Eweida, por lo que declaró que en este caso no se había vulnerado el derecho a la libertad religiosa de la enfermera.

Por tanto, según el TEDH y, en base a dichos asuntos, se concluye que el derecho a la protección de la seguridad y salud de los pacientes está por encima de la imagen corporativa de la empresa.

En otro asunto, el TEDH⁴⁶ declara que la obligación de neutralidad aplicada a todos los servicios públicos y conocida por todas las personas trabajadoras puede justificar la adopción de medidas disciplinarias para quien porte símbolos visibles de pertenencia religiosa. En este caso, se trataba de una trabajadora social de un hospital francés que llevaba velo islámico y, aunque no la despiden, no le renuevan el contrato de trabajo. La trabajadora alega el art. 9 CEDH indicando que “la decisión de no renovar su contrato como trabajadora social conculcaba su derecho a manifestar su religión”. El TEDH recuerda que llevar pañuelo había sido considerado por la autoridad gubernativa una manifestación de ostentación religiosa incompatible con el requisito de neutralidad de las personas funcionarias a la hora de prestar su servicio. Por ello, el órgano judicial manifiesta que “había sido necesario defender el carácter secular del Estado para proteger a los pacientes del hospital de cualquier riesgo de influencia o parcialidad contra su propia libertad de conciencia”, es decir, da prioridad a la necesidad de respetar la religión de todas las personas, por lo que las autoridades nacionales no se habían excedido en su margen de apreciación.

Esta resolución judicial debe ponerse en relación con otra dictada un año antes⁴⁷ que avaló la ley Francesa 2010-1192, de 11 de julio, que prohibió, en los espacios públicos, vestir prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro. Argumenta el órgano judicial que no todo acto motivado o inspirado por la religión está protegido por el Convenio, y que en una sociedad democrática puede ser necesario establecer limitaciones, por más que el Estado tenga la obligación de observar una posición de neutralidad e imparcialidad en su tarea de gestor del ejercicio de las distintas religiones, creencias y fe que conviven en su ámbito territorial. El TEDH considera que la decisión de permitir o no llevar este tipo de prendas pertenece a la sociedad, por lo que dicha prohibición no viola el CEDH, ya que el gobierno francés respondía a una práctica que el Estado considera incompatible en la sociedad francesa.

No obstante, en otro supuesto, el TEDH condena al gobierno belga por haber impedido a una ciudadana musulmana la entrada a la sala de vistas de un tribunal

⁴⁶ STEDH de 26 de noviembre de 2015, Asunto Ebrahimian.

⁴⁷ STEDH de 1 de julio de 2014, Asunto S.A.S. contra Francia.

porque se negó a quitarse el hiyab⁴⁸. El órgano judicial belga impidió su acceso en base a una norma interna que exigía que las personas que ingresan en la sala lo hicieran sin tocados. El TEDH considera que ello debía resultar aplicable para prevenir conductas irrespetuosas hacia el poder judicial o que pudieran perturbar el desarrollo de una audiencia. No obstante, entendió que no resultaba aplicable al supuesto enjuiciado, y entendió que los motivos que se alegaron para que la mujer musulmana no entrara en la sala constituirían una “restricción” al ejercicio de su derecho a manifestar su religión, produciéndose una violación del art. 9 CEDH, según el cual la libertad religiosa incluye el derecho a manifestar públicamente las creencias. En este caso, el TEDH, y para que su fallo no resultara contradictorio con el emitido el 1 de julio de 2014, argumentó que “el pañuelo que portaba solo cubría su pelo y cuello y no se trataba de una prenda que ocultara su cara por completo a excepción de los ojos, como ocurre con el niqab”. Asimismo, añadió que la ciudadana no era una representante “del Estado comprometida con el servicio público por lo que no está obligada por un deber de discreción a la hora de expresar públicamente sus creencias religiosas”, y que “su conducta al entrar en el tribunal no fue irrespetuosa y no había constituido una amenaza para el correcto desarrollo de la vista judicial”.

Sobre el uso del hiyab o velo islámico, la doctrina judicial comunitaria⁴⁹ considera que si el reglamento interno de la empresa prohíbe a las personas trabajadoras llevar signos visibles de sus convicciones religiosas u observar cualquier rito derivado de estas en el lugar de trabajo, como el uso del hiyab o velo islámico, no conlleva ninguna discriminación, sino que considera que dicha normativa interna “no establece una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78”. El órgano judicial considera que “el hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática”. Ahora bien, el TJUE matiza que una norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta en el sentido del art. 2.2 b) Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, “salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los

⁴⁸ STEDH de 18 de septiembre de 2018, Asunto Lachiri.

⁴⁹ STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/2015, Asunto Achbita.

medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente”. Por tanto, considera que el deseo de la empresa de ofrecer una imagen neutra ante los clientes tiene un carácter legítimo, especialmente cuando se trata de personas trabajadoras que están en contacto con los clientes.

En otro caso⁵⁰, donde no existía una norma interna escrita de la empresa que impidiese a la trabajadora llevar símbolos religiosos en su lugar de trabajo, siendo el cliente quien refleja a la empresa su malestar con el hecho de que la trabajadora que le atendió llevaba un velo islámico, en cuyo caso la empresa procede al despido de la trabajadora, el órgano judicial estima que sí se produce discriminación. El órgano judicial estima que, si el despido de la trabajadora se hubiera fundado en una norma interna de la empresa por la que se prohibiera el uso de símbolos religiosos, tal diferencia de trato no constituiría una discriminación “si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima”, como la instauración por parte de la empresa “de una política de neutralidad para con sus clientes, y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios”. No obstante, en ese caso no queda acreditado que la norma interna de la empresa existiera por lo que se analiza si la voluntad de la empresa de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva velo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante en el sentido del art. 4.1 Directiva 2000/78 y que, por tanto, conduciría a que no se considerase que existiese discriminación por motivos religiosos.

Por tanto, parece deducirse que una norma interna de una empresa puede prohibir el uso por parte de la persona trabajadora de símbolos religiosos en su trabajo siempre que la norma se aplique a todas las personas trabajadoras. Es decir, existiría discriminación si, por ejemplo, se prohibiera a una persona trabajadora llevar el velo islámico, pero se permitiera a una persona trabajadora llevar visible un crucifijo o viceversa. La política de empresa de ofrecer una imagen neutra a sus clientes presenta un carácter legítimo, en particular cuando solo afecte a las personas trabajadoras que están en contacto con los clientes. Pero, cuando no existe norma interna, la prohibición de utilizar símbolos religiosos en el trabajo es más compleja, ya que solo cuando se entienda que la prohibición resulta un requisito profesional esencial se entendería justificada dicha prohibición.

Esta misma línea es seguida en otros casos relativos a trabajadoras de guarderías y de tiendas. En el primer caso⁵¹ se trataba de una trabajadora de una guardería que se

⁵⁰ STJUE de 14 de marzo de 2017, C-188/2015, Asunto Bougnaoui.

⁵¹ STJUE de 21 de julio de 2021, C-804/2018, Asunto IX.

negó a quitarse el pañuelo islámico cuando estaba en contacto con los padres o sus hijos en la guardería. El segundo⁵² tiene su origen en una trabajadora de una cadena de droguerías de Alemania que se niega a no llevar en el lugar de trabajo signos religiosos vistosos y de gran tamaño. En ambos supuestos, el TJUE manifiesta que la norma interna de una empresa que prohíbe a las personas trabajadoras llevar signos visibles de convicciones religiosas o bien políticas o filosóficas en el lugar de trabajo, puede estar justificada por la voluntad de la empresa de seguir un régimen de neutralidad ante sus clientes o usuarios. Ahora bien, exige que se guarde el criterio de proporcionalidad en el sentido de que la prohibición ha de limitarse a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad real de las consecuencias desfavorables que la empresa pretende evitar mediante tal prohibición.

De cualquier forma, cabe destacar que en el segundo asunto relativo a la trabajadora de la cadena de droguería el signo religioso era de gran tamaño hasta el punto de que “solo puede seguirse eficazmente un régimen de neutralidad en el seno de una empresa, si no se admite ninguna manifestación visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas cuando los trabajadores estén en contacto con los clientes o cuando estén en contacto entre ellos, puesto que el hecho de llevar cualquier signo, incluso pequeño, pone en peligro la aptitud de la medida para alcanzar la finalidad supuestamente perseguida y pone en entredicho de ese modo la propia congruencia del referido régimen de neutralidad”. Por consiguiente, la prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas vistosos y de gran tamaño podía constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, no justificada.

En otro caso más reciente, la doctrina judicial comunitaria ha establecido que no constituye discriminación directa aquella norma interna de una empresa privada que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones religiosas cuando ello se aplique de manera general e indiferenciada⁵³. Según el TJUE debe tenerse en cuenta que la religión y las convicciones constituyen un mismo y único criterio de discriminación, so pena de menoscabar el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido en el Derecho de la Unión, concretamente en la Directiva 2000/78. En este caso, el órgano judicial enjuicia el caso de una mujer musulmana que se presenta a un puesto de trabajo ofertado por una empresa y que durante la entrevista manifiesta que se negaba a retirar su pañuelo para ajustarse a la política de neutralidad de la empresa.

Al respecto, el TJUE señala que una disposición de un reglamento laboral interno de una empresa que prohíbe a las personas trabajadoras manifestar verbalmente, a través

⁵² STJUE de 21 de julio de 2021, C-804/2018, Asunto MJ.

⁵³ STJUE de 13 de octubre de 2022, C-344/2020, Asunto L.F. contra S.C.R.L.

de su vestimenta o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, no constituye, respecto de las personas trabajadoras que pretendan ejercer su libertad religiosa y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa, siempre que dicha disposición se aplique de forma general e indiferenciada. No obstante, matiza que dicha norma interna de la empresa podría constituir una discriminación indirecta si se demuestra que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Añade que la mera voluntad de la empresa de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí mismo, una finalidad legítima, no es suficiente por sí sola para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse por una necesidad real de la empresa, lo cual debe ser demostrado.

En otro caso, referente a una Administración Pública, el TJUE ha señalado que no constituye vulneración del derecho a la libertad religiosa el hecho de que una Administración establezca la prohibición de utilizar símbolos religiosos al personal con el fin de establecer un entorno administrativo completamente neutro⁵⁴. Vuelve a reiterar la tesis de que dicha norma no resulta discriminatoria si se aplica de forma general e indiferenciada a todo el personal de la administración. El caso enjuiciado hace referencia a una empleada -jefa de oficina- del Ayuntamiento de Ans (Bélgica) a la cual se le prohíbe mediante dos resoluciones que lleve el pañuelo islámico en el lugar de trabajo.

El TJUE argumenta que la política de estricta neutralidad que una administración pública impone a sus empleados con el fin de conseguir un entorno administrativo completamente neutro puede considerarse que esté objetivamente justificada por una finalidad legítima. Considera que está tanto justificado el hecho de que una administración autorice, de forma general e indiferenciada, el uso de signos visibles de convicciones religiosas por parte de su personal, como el hecho de que opte por una prohibición del uso de dichos signos limitada a las situaciones que impliquen contacto con los usuarios. Estima, por consiguiente, que cada Estado miembro, al igual que sus entidades infraestatales en el ámbito de sus competencias, cuentan con un margen de matización del concepto de neutralidad del servicio único que pretende promover en el lugar de trabajo⁵⁵. Sin embargo, no debe olvidarse que este objetivo debe perseguirse de

⁵⁴ STJUE de 28 de noviembre de 2023, C-148/2022, Asunto OP y Commune d' Ans.

⁵⁵ Concretamente, señala que "es preciso recordar que una norma interna de una empresa que solo prohíbe llevar, en el lugar de trabajo, signos de convicciones, en particular filosóficas o religiosas, que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, en los casos en que el criterio relativo al uso de tales signos esté indisolublemente

forma congruente y sistemática, y las medidas adoptadas para alcanzarlo deben limitarse a lo estrictamente necesario.

Por su parte, la doctrina judicial nacional ha considerado, en un caso de una persona trabajadora judía despedida por el hecho de negarse a quitarse la kippah durante su trabajo⁵⁶, que lo establecido en relación al vestuario por el convenio colectivo aplicable a la empresa genera, en principio, en las personas trabajadoras la consiguiente obligación de utilizar ese vestuario durante la jornada laboral, y la empresa tiene el derecho, por tanto, de exigir que se respete dicha uniformidad de vestimenta, puesto que “el vestuario de los conductores no comprende gorras o prendas similares para la cabeza (...) sensu contrario, resulta obvio que el uso de las mismas se encuentra autorizado en principio”. No obstante, el TSJ entiende que no existen derechos ilimitados, y argumenta que el derecho de la empresa de imponer a sus personas trabajadoras utilizar un determinado uniforme debe ceder si colisiona con un derecho de rango preponderante, como es el derecho a la libertad religiosa, por cuanto el uso por parte de la persona trabajadora de llevar gorra mientras presta servicios “no obedece a un mero capricho o al seguimiento de modas”, ya que la religión judía considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad, y el hecho de usar gorra constituye para la persona trabajadora “un acto prescrito por su religión, de manera que el conflicto se plantea entre el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral (art. 20.1 ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados”. Además, estima, que en el presente caso no ha quedado acreditado que se haya causado algún tipo de daño o menoscabo a la imagen de la empresa, “luego, si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados;

ligado a una o varias religiones o convicciones determinadas [véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartados 72 a 78, y de 13 de octubre de 2022, S. C. R. L. (Prenda de vestir con connotaciones religiosas), C-344/20, EU:C:2022:774, apartado 31]. Sin embargo, de la resolución de remisión no se desprende que la norma controvertida en el litigio principal encaje en tal supuesto. A la inversa, una norma interna adoptada por un empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, en el lugar de trabajo no constituye tal discriminación directa si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de manera general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos (sentencias de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, apartados 30 y 32, y de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 52)”.

⁵⁶ STSJ Baleares, de 9 de septiembre de 2002, rec. núm. 390/2002, que enjuicia el caso de un conductor de autobuses de la empresa municipal de transporte, miembro de la comunidad israelita y practicante de la religión judicial, que desde que fue contratado llevaba cubierta su cabeza mientras conducía el autobús con una kippah. El trabajador es sancionado por incumplir un precepto del convenio colectivo de la empresa que regula el vestuario de la empresa, donde no se incluye ningún tipo de gorra.

máxime cuando la demandada es una empresa municipal y por tanto perteneciente al sector público, y puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores inconstitucionales”.

En otro supuesto, la doctrina judicial⁵⁷ ha señalado que “la utilización del hiyab forma parte de la dimensión externa de la libertad religiosa de la trabajadora”, y que la empresa no ha mantenido ninguna política de neutralidad religiosa obedeciendo la prohibición impuesta a aquella a una exigencia meramente estética, no siendo comparable el uso de meros adornos a la utilización en este caso del velo. Además, estima que la empresa no ha probado que el uso del hiyab le causara perjuicio alguno y que no existe en la empresa una norma interna que prohíba el uso de símbolos religiosos. Por tanto, se considera que se vulnera el derecho fundamental de la trabajadora.

Sin embargo, en otro caso sobre una trabajadora musulmana que prestaba servicios como peón de recolección de champiñón que es despedida por usar velo por encima del uniforme, la doctrina judicial⁵⁸ estima que la medida disciplinaria impuesta por haber desoído la orden empresarial de recoger el velo islámico que forma parte de su indumentaria por debajo del gorro no vulnera su derecho a la libertad religiosa. El órgano judicial estima que las personas trabajadoras de la citada empresa recibían un manual en el que se establecía la obligatoriedad de llevar gorros y batas mientras se prestaba servicios, precisando que estas son las prendas externas del uniforme y que tienen por fin evitar cualquier contaminación alimentaria. Considera que la decisión de la empresa de proceder al despido de la persona trabajadora resulta completamente ajena y extraña a la utilización del hiyab como signo externo de una determinada confesión religiosa, al responder exclusivamente a razones de higiene en el trabajo la exigencia de que ningún elemento de las prendas de vestir de las empleadas que prestan servicios en el departamento de producción quede por fuera de la bata y gorro de trabajo, pues de tal forma se minimiza el riesgo de contaminación del champiñón que manipulan y que por su naturaleza porosa es muy sensible.

El órgano judicial estima que la norma vigente en la empresa en materia de ropa de trabajo “no se dirige exclusivamente a las trabajadoras que usen el velo islámico o utilicen signos visibles de profesar cualquier otra creencia religiosa, y tampoco impide el uso del hiyab, sino que la prohibición alcanza a cualquier tipo de prenda de vestir que

⁵⁷ SJS núm. 1 Palma de Mallorca, de 6 de febrero de 2017, proc. núm. 478/2016, que enjuicia el caso de una trabajadora musulmana que presta servicios en un aeropuerto como agente de handling en el departamento de servicio al pasajero y comunica a su empleadora su intención de hacer uso del valor islámico durante su jornada de trabajo. La empresa le prohíbe su utilización argumentando que debe existir uniformidad en el vestuario de las personas trabajadoras y que dicha prenda no figura en el catálogo de prendas permitidas. A pesar de ello, la trabajadora opta por llevar el hiyab y es sancionada.

⁵⁸ STSJ La Rioja, de 22 de junio de 2017, rec. núm. 178/2017.

sobresalga de la bata de trabajo tenga o no connotación religiosa”. Destaca que se permite a la trabajadora llevar el velo siempre y cuando se recoja bajo el gorro y no esté al descubierto en la zona del cuello, “lo que excluye radicalmente que nos encontremos ante una actuación que dispense un trato desigual a las trabajadoras de religión musulmana, frente al resto de empleadas y que el móvil que ha guiado tal proceder esté relacionado con las convicciones religiosas de las trabajadoras”.

3. Libertad religiosa y modificación de las condiciones de trabajo

Cuando la persona trabajadora pretende modificar sus condiciones de trabajo previamente pactadas invocando su derecho a la libertad religiosa, el TC⁵⁹ ha declarado que el derecho fundamental a la libertad religiosa de la persona trabajadora no supone ningún deber para la empresa de conciliar la organización del trabajo con las prácticas religiosas, pues no es aceptable que un cambio en las creencias religiosas de una persona trabajadora conlleve obligatoriamente la modificación de las condiciones suscritas en el contrato de trabajo. Por tanto, el TC considera que, aunque el respeto a los derechos fundamentales es un elemento esencial del orden público siendo nulas las cláusulas contractuales incompatibles con este respeto no se puede invocar por la persona trabajadora para imponer a la otra las modificaciones que considere oportunas sin más. En este sentido, la doctrina científica también entiende que “la negativa del empresario a cambiar un turno de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de un determinado deber religioso no constituye, en sí mismo considerado, un acto discriminatorio por motivos religiosos”⁶⁰.

Esta misma línea sigue la doctrina judicial⁶¹ en un caso de una persona trabajadora musulmana que, sin previo aviso, se ausenta de su jornada de trabajo durante los viernes para ir a rezar. Tras ser advertida por la empresa es sancionada y, a pesar de ello, la persona trabajadora persiste en su conducta y es despedida por ausencias injustificadas. La persona trabajadora considera que se ha vulnerado su derecho a la libertad religiosa. El TSJ estima que el derecho a la libertad religiosa no autoriza a la persona trabajadora a ausentarse sin permiso de su horario, y que la persona trabajadora no puede modificar unilateralmente su jornada de trabajo en base a su libertad religiosa. Declara que “tan incompatible con tal rezo era esa jornada cuando se suscribió el contrato entre ambas partes como cuando el trabajador comenzó a ausentarse del trabajo antes de tiempo los viernes. La contratación laboral fue asumida

⁵⁹ STC 19/1985, de 13 de febrero.

⁶⁰ VALDÉS DAL RÉ, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo: una aproximación de Derecho comparado”, *RL*, núm. 14, 2004, p. 595.

⁶¹ STSJ País Vasco, de 15 de octubre de 2013, rec. núm. 1717/2003.

voluntariamente por el demandante, nadie se la impuso y la misma tenía aquel horario. Si no le convenía el trabajo entonces, no debió contratarse en esa jornada; lo que no cabe es que, escaso pasado mes y medio de su contratación, se den tales ausencias impuestas unilateralmente”.

En otro caso, una persona trabajadora musulmana, después de ser contratada, plantea a la empresa una serie de exigencias como utilizar un uniforme que no atentara contra sus creencias religiosas que impedirían el uso de falda corta, así como que se le adecuara el horario de trabajo para que los viernes entre las 13.30 y las 16.30 horas no se viera obligada a trabajar por ser día de rezo colectivo y solemne para los musulmanes, así como la finalización de trabajo una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán⁶². El TSJ argumenta que la libertad religiosa es un derecho sagrado y respetable tanto en la esfera de conciencia individual y en la colectiva como en el ámbito jurídico. El TSJ declara que los órganos judiciales deben “extremar su celo en lograr que las empresas adapten sus horarios de trabajo de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias”. No obstante, matiza que “estas directrices exigen a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que -lo que no hizo la actora- al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica”.

En definitiva, la doctrina judicial recalca la importancia que tiene para los fieles de las distintas religiones poder cumplir con sus obligaciones religiosas en los días en que sus respectivas religiones fijan dedicarlos a la oración. Pero ninguna de las leyes por las que se aprueban los acuerdos de cooperación del Estado con las distintas comunidades religiosas obliga a la empresa a modificar el horario de la persona trabajadora para que esta pueda conciliar su actividad laboral con sus obligaciones religiosas.

4. Libertad religiosa y acceso al empleo

El art. 4.2 c) ET reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas en el acceso al empleo por razones religiosas. Así también la LOLR establece que las personas trabajadoras que sean miembros de alguna congregación religiosa están expresamente protegidas por dicha ley al señalar que “las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la ley. No podrán

⁶² STSJ Madrid de 27 de octubre de 1997, rec. núm. 2170/1997.

alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad” (art. 1.2).

4.1. Sector privado

En el ámbito privado, los conflictos pueden aparecer de forma directa en las propias ofertas de trabajo, aunque lo general es que tengan lugar en las entrevistas de trabajo, donde muchas veces el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por la persona trabajadora puede resultar incompatible con la ejecución de las prestaciones inicialmente pactadas en el contrato de trabajo.

En este sentido, la doctrina judicial comunitaria ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre una oferta de trabajo que especificaba como requisitos fundamentales para ser contratada que se perteneciera a una Iglesia protestante o una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania y el de identificarse con la misión de servicio social evangélico⁶³. La persona candidata carecía de confesión y presentó su solicitud pasando una primera selección, pero finalmente no fue llamada para la entrevista. En este caso, el TJUE procede a interpretar el art. 4.2 Directiva 2000/78/CE, precepto que faculta a los Estados miembros a tener una legislación nacional que permita diferencias de trato en relación con las actividades profesionales de las iglesias u otras organizaciones cuya ética se base en la religión, siempre y cuando por la naturaleza de dichas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. El órgano judicial comunitario estima que dicha diferencia de trabajo debe respetar siempre las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho Comunitario, y no puede servir de base para una discriminación basada en otro motivo.

El TJUE matiza que, si se invoca que la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de una organización, siempre ha de garantizarse un control judicial para poder determinar si se cumplen los requisitos del citado art. 4.2 Directiva 2000/78/CE. Para el órgano judicial, la legalidad de una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones queda supeditada a que objetivamente haya un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por la empresa y la actividad de que se trate.

Ahora bien, cabe plantearse si la persona trabajadora, en la entrevista de trabajo, queda obligada a poner de manifiesto los elementos que pudieran ser contrarios con el desarrollo del contrato de trabajo, o si, por el contrario, estaría justificada su omisión. Al

⁶³ STJUE de 17 de abril de 2018, C-414/2016, Asunto Vara Egenberger.

respecto, cabe indicar que el art. 16.2 CE recoge de forma expresa que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”, y en el mismo sentido lo señala el art. 2 LOLR, lo cual debe ponerse en contacto con el art. 14 CE que prohíbe la discriminación por razón de religión. Este derecho a no declarar las creencias religiosas encuentra también amparo en el derecho fundamental a la intimidad y en la salvaguarda del principio de igualdad y no discriminación, y pone de manifiesto el carácter expansivo que tienen entre sí los derechos fundamentales. Según la doctrina “el derecho al silencio sobre la religión constituye, de seguro, el instrumento más eficaz para tutelar la opción religiosa del trabajador, o lo que es lo mismo, el instrumento más apropiado para garantizar el principio de neutralidad del credo religioso en el ámbito de la libertad y las relaciones entre el empresario y el personal a su servicio”⁶⁴.

Por tanto, en el sector privado, en una entrevista de trabajo nadie está obligado a poner de manifiesto sus creencias. Ahora bien, hay supuestos en que el ejercicio estricto de las obligaciones religiosas de una persona trabajadora conlleva el incumplimiento por parte de la persona trabajadora de sus obligaciones laborales que ha asumido, en cuyo caso, por aplicación del principio de buena fe que rige las obligaciones contractuales, debería entenderse que la persona trabajadora sí está obligada a informar a la empresa de ciertos contenidos del contrato que no podrá asumir⁶⁵.

Sin embargo, cuando se trata de empresas de tendencia y el puesto de trabajo conlleve la realización de tareas ideológicas, la empresa sí tiene derecho a indagar sobre las creencias religiosas de la persona trabajadora⁶⁶, de tal forma que la no contratación de una persona trabajadora por no seguir con la ideología que defiende la empresa de tendencia quedaría justificada y no se consideraría discriminatoria.

Por otro lado, cabe plantearse si la persona trabajadora tiene derecho a mentir en el caso de que en la entrevista de trabajo la empresa trate de indagar sobre sus convicciones religiosas, y ello, con independencia de que se trate de una empresa de tendencia o no. Al respecto, la doctrina considera que el derecho a la intimidad de la persona trabajadora le ampara a no responder a cuestiones relativas a su esfera personal sin incidencia en el trabajo “e incluso a mentir sin temor a represalias empresariales, porque el empleador no está legitimado para conocer (y por tanto debería

⁶⁴ VALDÉS DAL RE, F., “Libertad religiosa y contrato... *op. cit.* p. 592.

⁶⁵ SSTSJ Madrid, de 27 de octubre de 1997, rec. núm. 2170/1997; País Vasco, de 15 de octubre de 2013, rec. núm. 1717/2013.

⁶⁶ ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*. Madrid. Ministerio de Trabajo, 2009. p. 96.

abstenerse de preguntar) esos aspectos de la vida del trabajador⁶⁷. Por consiguiente, cabe entender que la persona candidata a un puesto de trabajo podría mentir si la empresa le coloca de forma ilegítima en determinadas circunstancias, de tal forma que se trata de la única manera de combatir una situación discriminatoria cuando la empresa quiere conocer aspectos que no tiene derecho a saber. Más bien, cuando pretende valorarlos para tomar su decisión sobre quién debe ocupar el puesto vacante⁶⁸.

En definitiva, en el caso de empresas de tendencia la persona trabajadora no podría mentir si se trata de una pregunta relacionada con el puesto de trabajo de contenido fundamentalmente ideológico. Pero en el caso de las empresas que no son de tendencia una pregunta que no es pertinente a la persona candidata le da derecho a mentir sin tener represalia alguna⁶⁹. Este derecho “consistiría, básicamente, en que, si el empresario le somete durante el proceso de selección a una pregunta impertinente, por abordar aspectos no laborales, sino personales del candidato... podría dar una respuesta falsa conforme a cuanto considere que su interlocutor quiere escuchar, de modo tal que el planteamiento de esa cuestión (y su respuesta expresa) no le llevarán a sufrir consecuencias perjudiciales a efectos de su no selección para el puesto de trabajo a proveer⁷⁰”.

4.2. Sector público

Cuando se trata de una empresa del sector público, cabe tener en cuenta el art. 23.2 CE que reconoce el derecho de las personas ciudadanas de “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”, señalando el art. 103.3 que el acceso a la función pública se llevará a cabo “de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. En el mismo sentido, el art. 1.3 b) EBEP fija como principios la “igualdad, mérito y capacidad en el acceso” al empleo público.

Para poder hacer compatible el derecho al acceso al empleo público con las obligaciones religiosas, las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre,

⁶⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. Asturias: Consejo Económico y Social de Asturias, 2009. p. 41-42.

⁶⁸ AA.VV., *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía (reflexiones sobre las implicaciones laborales derivadas de la pluralidad religiosa)*. Sevilla: Junta de Andalucía, 2008. p. 30.

⁶⁹ GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 90-91. También Calvo Gallego, señala que la persona candidata tiene derecho a mentir sobre aquellas situaciones que no aportan ninguna información acerca de su profesionalidad, pues no se podría apreciar dolo (CALVO GALLEGO, F. J., “Reputación digital y efectos sobre los trabajadores: redes sociales para contratación, usos y límites”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; TODOLÍ SIGNES, A. (Dirs.) *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020).

⁷⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., et al., *Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2007.

reconocen el derecho de los miembros de las confesiones evangélicas, judías y musulmanas a estar dispensadas de realizar los exámenes, oposiciones o pruebas convocadas en ciertos días de la semana o en ciertas fechas, debiendo ser convocados en una fecha alternativa “cuando no haya causa motivada que lo impida”. Así, los miembros adventistas y los evangélicos están dispensados de celebrar estas pruebas desde la puesta de sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, los miembros de la comunidad judía los sábados, y los miembros de la comunidad musulmana los viernes de trece treinta horas hasta las dieciséis treinta horas, así como una hora antes de la puesta del sol durante el mes de ayuno.

Por su parte, la doctrina judicial comunitaria⁷¹ enjuició el caso de una opositora judía que participaba en un proceso de selección y en el que se fijó una prueba un día que coincidía con una festividad judía. El TJUE considera que no existe discriminación alguna al ponderar la necesidad invocada por el Consejo de las Comunidades Europeas de que la prueba fuera igual para todas las personas aspirantes. No obstante, valora que dicha condición debe equilibrarse con el derecho a no hacer el examen los días que, por causas religiosas, la persona candidata no pueda, precisando que “si un candidato comunica a la autoridad convocante que por razones religiosas dichas fechas son imposibles para él, dicha autoridad debe tenerlo en cuenta a la hora de fijar las fechas de los textos escritos y ha de esforzarse en evitar tales fechas”. De esta forma, se desprende que cuando no se comunica con tiempo suficiente, la persona candidata no tiene derecho a que el ejercicio a su libertad religiosa determine el cambio de la convocatoria de unas pruebas selectivas y esto es lo que el TJUE entendió que pasó en el caso, ya que la candidata debió precisar en su formulario de petición que era judía y los días, en que, por motivo de su religión, no podía realizar el examen.

Por su parte, nuestro alto tribunal⁷², declaró, en el caso de una opositora miembro de la iglesia adventista a la que se le excluyó del proceso selectivo por no asistir a una prueba selectiva a la que fue convocada en sábado, que se había vulnerado su derecho a la libertad religiosa. La opositora solicitó realizar el examen en otra fecha diferente al sábado invocando el art. 12.3 L 24/1992. Pero la administración desestimó su solicitud argumentando que, según las bases, se trataba de una prueba de llamamiento único a realizar en unidad de acto, por lo que, si no concurría a la prueba, era excluida del proceso selectivo.

⁷¹ STJCE de 27 de octubre de 1976, C-130/1975, Asunto Vivien Prais vs Consejo de las Comunidades Europeas.

⁷² STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de julio de 2015, rec. núm. 1851/2014.

No obstante, la doctrina judicial⁷³ denegó el derecho a la libertad religiosa de la persona opositora miembro de la Iglesia Adventista que es convocada un sábado para participar en el proceso selectivo para el acceso al cuerpo de maestros. La opositora invoca su derecho ex art. 12.3 L 24/1992, y la Consejería de Educación considera que los aspirantes que han solicitado un horario diferente para realizar la prueba de acceso deberán acudir al acto de presentación en las sedes correspondientes donde, una vez acreditada su identidad y antes del comienzo de la prueba serán trasladados a un espacio designado al efecto donde permanecerán incomunicados hasta el momento en que se encuentren en condiciones de hacer la prueba. La prueba se realizaría el mismo día, pero a partir de la puesta de sol. La opositora, a pesar de que se le facilita la realización del examen en un horario diferente, entiende que no ha sido así, porque es convocada para el acto de presentación el mismo día del sábado en horario diurno y se le ha impedido conciliar sus obligaciones religiosas en tanto en cuanto la asistencia al acto de presentación resultaba obligatoria e inexcusable. El TSJ afirma que la resolución de la Consejería de Educación no vulnera el derecho a la libertad religiosa, y no existe discriminación alguna, ya que simplemente fue convocada a los efectos de que pudiera identificarse y se le aplicara el protocolo previsto para los opositores, permitiéndole realizar la prueba en horario diferente, una vez que ya se haya puesto el sol.

En otro caso, el TSJ Aragón⁷⁴ enjuició el caso de una opositora miembro de la Iglesia adventista que, tras superar la primera prueba eliminatoria de un proceso selectivo, es convocada para una segunda prueba en sábado. Su solicitud es desestimada por entender que se trata de un llamamiento único y que debe ser realizado en el mismo acto por todos los opositores con el fin de garantizar el principio de igualdad establecido en la Constitución Española. El TSJ desestima la pretensión de la opositora por considerar que el otorgamiento de un día de la semana distinto para los miembros de la religión adventista “supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa, pero no la inoperatividad de su imposición”.

5. Libertad religiosa y exoneración de determinadas prestaciones laborales

El art. 2.1 LOLR garantiza el derecho a la libertad religiosa, tanto en su vertiente positiva como en su vertiente negativa. Esta última consiste en el derecho de toda persona a no practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus

⁷³ STSJ Murcia, sala de lo contencioso-administrativo, de 27 de abril de 2015, rec. núm. 6/2013.

⁷⁴ STSJ Aragón, sala de lo contencioso-administrativo, de 18 de mayo de 1999, rec. núm. 187/1996.

convicciones personales. En este contexto la empresa queda obligada a mantener un “principio de neutralidad”⁷⁵, pues la persona trabajadora no puede verse forzada a participar en prácticas en las que no crea conforme a su propia ideología. Precisamente, el reconocimiento de esta vertiente negativa de la libertad religiosa ha hecho que, en ocasiones, se haya eximido a la persona trabajadora del cumplimiento de ciertas obligaciones.

El TC⁷⁶ ha enjuiciado el caso de un sargento de las Fuerzas Armadas que fue sancionado disciplinariamente por abandonar y no asistir a una parada militar que se realizaba ante la Virgen al entender que eran actos religiosos, contrarios a su libertad religiosa. El TC considera que el sargento está haciendo uso de su derecho a la libertad religiosa en sentido negativo, por lo que estima que se trata de una decisión personal y las Fuerzas Armadas no pueden oponerse a ello. De hecho, los actos para los que había sido convocado tenían como exclusiva finalidad celebrar el V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados, por lo que no eran actos militares, sino puramente religiosos.

En otro caso, referente a un policía nacional que se negó a participar en una procesión de semana santa al entender que su participación conculcaría su derecho a la libertad religiosa, el TC entiende que el hecho de que “el Cuerpo Nacional de Policía tenga la condición de Hermano Mayor de la Hermandad de Nuestro Padre Jesús el Rico de Málaga no justifica una decisión administrativa obligando a la policía nacional a tomar parte en una procesión religiosa contra su voluntad, ya que no se trata de un servicio propiamente policial, sino de un servicio especial cuya principal finalidad no es garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica”⁷⁷.

En definitiva, nuestro alto Tribunal estima que la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce también “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o

⁷⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, *RL*, núm. 19, 2003. p. 7.

⁷⁶ STC 177/1996, de 11 de noviembre.

⁷⁷ Añade el TC que “resulta evidente, sin la menor duda, que un servicio de las características que nos ocupa -unidad de caballería, uniformidad de gala, armas inusuales como sables y lanzas, etc.- no es un servicio policial ordinario que tenga por objeto cuidar de la seguridad del desfile profesional; servicio que, por otra parte, no se presta con estas características a otras hermandades. Se trata, más bien, de un servicio especial cuya principal finalidad no es garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica, como es la procesión de la hermandad tantas veces citada. Alcanzado el convencimiento de que esta es la naturaleza del caso, son claras las implicaciones de tipo religioso de la participación en dicho servicio, implicaciones que fundamentan sobradamente la negativa de quien no profese la religión católica a tomar parte en manifestaciones de culto de dicha religión, como es desfilar procesionalmente”.

expresiones del fenómeno religioso”, tales como las del art. 2.1 LOLR relativas a los actos de culto, reunión o manifestación pública con fines religiosos.

De cualquier forma, cabe matizar que, según el TC⁷⁸, cuando una tradición religiosa forma parte de las prácticas o actos sociales de una sociedad, no se puede sostener que a través de ella los poderes públicos pretenden transmitir un respaldo o adhesión a postulados religiosos, entendiéndose que no se vulnera con ello la libertad individual a no creer en ninguna religión y no someterse a sus cultos.

Por su parte, el TS⁷⁹, concretamente la sala de lo militar, enjuició un supuesto en el que una persona, soldado, se negó a cumplir una orden de un superior alegando que al estar en el mes del Ramadán no había comido y se podía marear. El TS estima que no se produce ninguna vulneración del derecho a la libertad religiosa, ya que las personas musulmanas no tienen prohibido trabajar durante el mes de Ramadán.

6. Libertad religiosa y descanso semanal

El ET regula el descanso semanal y las festividades laborales influido, en gran manera, por la religión que tradicionalmente ha sido propia de la nuestra sociedad, esto es, la católica. De ahí que se haya establecido el descanso semanal el domingo y que muchas festividades laborales coincidan con las religiosas.

No obstante, con los flujos migratorios y la convivencia de diferentes culturas y religiones han surgido conflictos entorno a la coincidencia de las festividades laborales y del descanso semanal con días que se acomodan a las creencias y festividades de otras religiones diferentes de la católica.

En este sentido, cabe destacar, en primer lugar, a la Comisión Europea de Derechos Humanos, que, como garante del cumplimiento del CEDH, tuvo oportunidad de pronunciarse en torno a una persona trabajadora británica de religión musulmana que prestaba servicios como maestro en una escuela de primaria, y solicitó a la Dirección del centro educativo permiso para ausentarse 45 minutos los viernes para acudir a una mezquita y cumplir su obligación de rezo. En este caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos⁸⁰ consideró que no existía vulneración alguna del art. 9 CEDH, ya que la libertad religiosa no es absoluta, sino que tiene una serie de límites, y que la persona trabajadora asumió de forma voluntaria sus obligaciones docentes sin que informara de sus necesidades religiosas a su entidad empleadora. Tampoco estima que existe una violación del art. 14 CEDH, porque la persona trabajadora no se encuentra en

⁷⁸ STC 34/2011, de 28 de marzo.

⁷⁹ STS, sala de lo militar, de 27 de marzo de 2000, rec. núm. 61/1999.

⁸⁰ Decisión 8160/78, de 12 de marzo de 1981.

una situación menos favorable dentro de situaciones comparables, sino que es tratada de igual modo que el resto de las personas trabajadoras, ya que observa como algo normal que los días festivos y las festividades religiosas coincidan con las creencias religiosas mayoritarias del resto de la población.

En segundo lugar, la Comisión Europea de Derechos Humanos analiza otro caso similar referente a una persona trabajadora que prestaba servicios de lunes a viernes en una terminal de transporte de mercancías de ferrocarril en Finlandia, cuya jornada laboral finalizaba a las 18.30 horas, y que, al convertirse a la religión adventista del séptimo día - religión que obliga a sus miembros a abstenerse de trabajar desde la puesta del sol del viernes y hasta la puesta del sol del sábado-, empieza a ausentarse de su trabajo los viernes antes de que finalizara su jornada sin autorización de la empresa, hasta que esta lo despide. La Comisión Europea de Derechos Humanos⁸¹ estima que tampoco existe vulneración del derecho a la libertad religiosa ex art. 9 CEDH, argumentando que la persona trabajadora fue despedida por incumplir su horario de trabajo y no por sus convicciones religiosas. Así, entiende que, si las obligaciones profesionales de la persona trabajadora no son conciliables con sus convicciones religiosas, la persona trabajadora puede renunciar a su trabajo para cumplir las obligaciones religiosas. Tampoco aprecia violación del art. 14 CEDH por cuanto, aunque la legislación de Finlandia establece que el descanso semanal es el domingo, no obstante, dicha norma no contiene disposiciones que garanticen a los miembros de una determinada religión cualquier derecho absoluto a tener un día concreto como sagrado.

Esta misma línea es seguida en otro caso referente a una persona trabajadora y una empresa privada dedicada a la agencia de viajes donde se le comunica que tiene que prestar servicios los domingos. Aunque al principio no plantea obstáculos, posteriormente, alega que no es posible por motivos familiares y para atender los oficios religiosos. La empresa le propone trabajar los domingos de forma rotatoria y la persona trabajadora se niega, motivo por el cual es despedida. La Comisión Europea de Derechos Humanos⁸² considera que tampoco hay vulneración de los citados preceptos, y que la persona trabajadora es despedida por negarse a trabajar en domingo, y no por sus creencias religiosas.

Como se observa, pues, en estos casos, la Comisión Europea de Derechos Humanos considera claramente que la libertad religiosa no puede afectar en lo que hace referencia a los descansos y festividades laborales.

⁸¹ Decisión 24949/94, de 3 de diciembre de 1996.

⁸² Decisión 29107/1995, de 9 de abril de 1997.

Posteriormente, el TEDH también se ha pronunciado en otro caso referente a una persona trabajadora que prestaba servicios en una compañía pública de electricidad, en cuyo caso, aunque la dirección de la empresa advirtió a la plantilla que no podían ausentarse del trabajo durante una semana por la carga de trabajo a la que se veía sometida la empresa, esta persona trabajadora, basándose en una fiesta religiosa musulmana, se ausentó. La empresa no conocía que esta persona trabajadora profesaba dicha religión y la sanciona con una multa pecuniaria. El TEDH considera que no existe violación del derecho a la libertad religiosa del art. 9 CEDH, por el hecho de que la persona trabajadora no había manifestado públicamente su pertenencia a dicha religión, ya que en el censo figuraba como ortodoxo. Declara que “si el trabajador quería disfrutar de una exención particular dentro del marco laboral con un contrato estableciendo obligaciones específicas y derechos entre empleador y trabajador, no es opresivo ni contrario a la libertad religiosa que la empresa requiera cierto grado de justificación cuando la persona trabajadora pretendía disfrutar de derechos especiales declarados en la ley de Macedonia como disfrutar de un día de fiesta por ser musulmán y no probar la autenticidad de sus creencias religiosas produciendo con su conducta serias dudas de que no existían señales externas de su práctica musulmana ni que se uniera a cultos colectivos musulmanes”⁸³.

En otro caso similar referente a la celebración de una fiesta judía referente a una persona trabajadora que es abogada de profesión y en el desarrollo de su actividad profesional es citada por un juzgado para un trámite de audiencia que coincide con un día de festividad judía y que solicita que se le cite otro día, pero el juzgado lo deniega por el gran número de personas afectadas en el proceso judicial, el TEDH⁸⁴ que tampoco existe vulneración de su derecho a la libertad religiosa. El TEDH argumenta que a la persona demandante no se le había impedido manifestar y cumplir con sus creencias religiosas y si esperaba que su solicitud de aplazamiento fuera rechazada podía haber sido reemplazada en la audiencia para cumplir con sus obligaciones legales. Además, valora la importancia de la tutela judicial efectiva y a beneficiarse del buen funcionamiento de la administración de justicia de las demás personas afectadas por el conflicto.

A nivel comunitario, el TJUE analiza un caso de discriminación respecto de las personas trabajadoras que no profesen una determinada religión⁸⁵. Concretamente, se enjuicia el caso en el que una norma de Austria reconocía como día festivo el Viernes Santo, pero solo para las personas evangelistas, y recogiendo que, si este colectivo

⁸³ STEDH de 13 de abril de 2006, Asunto Koteski vs República de Macedonia.

⁸⁴ STEDH de 3 de abril de 2012, Asunto Sessa vs Italia.

⁸⁵ STJUE de 22 de enero de 2019, C-193/2017, Asunto Achatzi.

debe prestar servicios dicho día, tendría derecho a un complemento retributivo adicional. En este sentido, una persona trabajadora que no profesaba esa religión y que tuvo que prestar servicios en Viernes Santo, consideró discriminatoria la decisión de no abonarle ese plus al que tendría derecho si profesara el evangelismo. El TJUE, analizando la Directiva 2000/78, señala que la concesión de un día festivo exclusivamente a las personas trabajadoras de una determinada religión “no está sujeta al requisito de que el trabajador cumpla ese día alguna obligación religiosa determinada, sino que depende únicamente de la pertenencia formal de dicho trabajador a alguna de esas Iglesias”, por lo que la persona trabajadora “es libre, pues, de disponer a su conveniencia del tiempo correspondiente a ese día festivo, por ejemplo para dedicarlo al descanso o al ocio”. Considera, pues, que “la situación de ese trabajador no se diferencia de la de los demás trabajadores que desean disponer de un periodo de descanso o de ocio un Viernes Santo sin poder beneficiarse, no obstante, del día festivo correspondiente”.

La doctrina judicial comunitaria argumenta que el respeto del derecho a la libertad religiosa de las personas trabajadoras no conlleva que se pueda establecer una excepción al principio de no discriminación, que debe ser interpretado de forma estricta y entiende que la legislación austríaca produce el efecto de tratar de forma diferente, en función de la religión, unas situaciones análogas. Señala que la prohibición de toda discriminación fundamentada en la religión o convicciones tiene carácter imperativo, siendo esta prohibición suficiente por sí sola para conferir a las personas un derecho irrevocable. Considera, por consiguiente, que constituye una discriminación directa por razón de la religión contraria a la Directiva 2000/78, una legislación nacional en virtud de la cual, por una parte, el Viernes Santo solo es festivo para las personas trabajadoras de una determinada religión y, por otra parte, solo este colectivo tiene derecho, si trabaja dicho día festivo, a un complemento salarial. En definitiva, la empresa queda obligada a “conceder igualmente al resto de sus trabajadores el derecho a un día festivo el Viernes Santo, siempre y cuando estos últimos le hayan solicitado de antemano no tener que trabajar ese día, y a no reconocérseles en consecuencia el derecho a un complemento por trabajo en día festivo cuando él no haya accedido a dicha solicitud”.

En el ámbito nacional, nuestro alto intérprete constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso de una persona trabajadora miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día que es despedida por negarse a trabajar desde la puesta del sol del viernes hasta la del sábado. El TC⁸⁶ consideró que no existe vulneración del derecho a la libertad religiosa en base a que el descanso semanal del domingo no tiene connotaciones religiosas, sino que lo es por tradición. El TC declara

⁸⁶ STC 19/1985, de 13 de febrero.

que “aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos y libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas”. Además, entiende que en ningún momento la trabajadora ha visto vulnerado su derecho a la libertad religiosa, pues la empresa se ha limitado a no dispensarla de las obligaciones laborales que tenía pactadas en relación a su jornada de trabajo, y no posibilitar el cumplimiento de sus deberes religiosos no supone ninguna actuación coercitiva sobre su derecho a la libertad religiosa.

Es de destacar de esta sentencia el análisis e interpretación que se realiza en torno al descanso semanal, pues el TC declara que el descanso semanal referido al domingo “tiene o no una conceptualización religiosa que pueda hacer cuestionable que la Ley establezca un régimen favorable para unos creyentes y desfavorable para otros partiendo de que la libertad religiosa comporta, en aplicación del principio de igualdad, el tratamiento paritario de las distintas confesiones”. El TC analiza la evolución del descanso dominical desde que se instauró con la Ley de 3 de abril de 1904 para concluir que la redacción del art. 37.1 ET se adapta al Convenio de la OIT al entender que el domingo se mantiene por tradición, considerando, pues, que se trata de una institución secular y laboral y que si comprende el domingo es porque ese día de la semana es el consagrado por la tradición.

También nuestro TS ha seguido esta misma línea en el caso de una persona trabajadora adventista que es despedida por faltar injustificadamente a su puesto de trabajo durante varios sábados⁸⁷. Se trataba de una persona trabajadora que se convierte a la religión adventista y cuya religión, como es sabido, les impide prestar servicios desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado. La empresa, en un primer momento, le concede el sábado como día de descanso a cambio de trabajar el domingo, pero posteriormente se le deniega. En este caso, el TS pondera las peculiaridades organizativas de la empresa y del centro de trabajo donde presta servicios la persona trabajadora, especialmente la autorización que se le da en un primer momento para prestar servicios los domingos y descansar los sábados y considera que ello “supone una novación del primitivo contrato por acuerdo de las partes, por lo que la posterior supresión de dicha autorización por otro representante de la empresa debía ser calificado como acto unilateral del empresario, modificativo de las condiciones de

⁸⁷ STS de 20 de abril de 1988.

trabajo”, lo que unido a las creencias religiosas, hacen que su conducta no sea merecedora del despido.

Por su parte, la doctrina judicial nacional también ha tenido oportunidad de pronunciarse. Así, en un caso referido a una persona trabajadora adventista, músico de profesión, que solicita al Director de su banda permiso para ausentarse de los ensayos que tenían lugar desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, el Director le comunica que no es de su competencia y así, en un primer momento, aceptó que faltara el viernes por la noche mientras la persona trabajadora presentaba la solicitud al Ayuntamiento⁸⁸. El Ayuntamiento deniega la solicitud, pero la persona trabajadora decide no asistir a los actos y ensayos que tuvieran lugar desde la puesta del sol del viernes y hasta la puesta del sol del sábado, siendo así despedido por faltas injustificadas. El TSJ estima que no existe vulneración de su derecho a la libertad religiosa en base a que el descanso dominical constituye una institución secular y laboral, de tal forma que si el art. 37.1 ET hace referencia al domingo como día general para el día de descanso lo es por tradición, no pudiendo la persona trabajadora imponer su tradición religiosa a la empresa.

Sin embargo, en otro caso, la doctrina judicial ha estimado que sí existe una afectación a su derecho a la libertad religiosa. Se trata del caso de una recepcionista miembro de la iglesia adventista que presta servicios de lunes a viernes hasta las 20 horas⁸⁹. En el mes de septiembre, la persona trabajadora solicita a la empresa que con la llegada del horario de invierno debe salir antes de su trabajo los viernes (a las 18 horas), y que las dos horas faltantes quedan a disposición de la empresa para recuperarlas en cualquier otro momento. La empresa deniega la solicitud, pero la trabajadora se ausenta del trabajo, lo que conlleva su sanción y el despido. El TSJ considera que el despido es improcedente porque, aunque se produce un incumplimiento por parte de la trabajadora, en base a las circunstancias del caso, no puede ser calificado de muy grave considerando que no tiene cabida el despido. Tiene en cuenta que no existe una mala fe por parte de la persona trabajadora, ya que esta comunica en tiempo y forma su solicitud para evitar el conflicto.

IV. REFLEXIONES FINALES

En el actual mundo globalizado en el que nos encontramos inmersos, la sociedad se caracteriza por su multiculturalidad y la convivencia de diferentes religiones, lo cual, no siempre es fácil de adecuar en el ámbito laboral donde se produce una colisión entre el

⁸⁸ STSJ Comunidad Valenciana, de 11 de septiembre de 2000, rec. núm. 1925/2000.

⁸⁹ STSJ Madrid, de 5 de junio de 2015, rec. núm. 54/2015.

derecho a la libertad religiosa de la persona trabajadora y el poder de dirección empresarial.

Son muchos los textos normativos, tanto a nivel internacional, comunitario como nacional, que reconocen el derecho de toda persona a su libertad religiosa, en su vertiente positiva y en su vertiente negativa. Tomando como punto de partida todo el conjunto normativo, los órganos judiciales han llevado a cabo una labor interpretadora que ha sentado las bases del juego de este derecho en la relación laboral.

Del acervo judicial comunitario se pueden extraer una serie de conclusiones sobre cuál debe ser la política de una organización y sobre los criterios que deben seguir los órganos judiciales nacionales para apreciar si una conducta empresarial que afecta a la libertad religiosa conlleva o no una situación discriminatoria, contraria así a la Directiva 2000/78/CE.

En primer lugar, cabe señalar que, cuando se esté ante una obligación aparentemente neutra que ocasione una desventaja particular a una persona que profese una religión o tenga unas convicciones determinadas, debe examinarse si existe justificación objetiva y una finalidad legítima en ella, así como comprobar si los medios que se utilizan para conseguir esa finalidad son adecuados y necesarios.

En segundo lugar, cabe partir de que la empresa puede introducir una política de neutralidad en su organización, pero deberá prohibir todo signo visible religioso, política o filosófico, nunca solo algunos.

En tercer lugar, el régimen de neutralidad que pretenda establecer la empresa debe ir dirigido a las personas trabajadoras que tengan un contacto visual con las personas clientes, debiendo la empresa estudiar siempre la existencia de otras alternativas, así como la posibilidad de trasladar a la persona trabajadora a un puesto de trabajo ajeno al contacto con el público si es posible.

En cuarto lugar, este régimen de neutralidad debe ser aplicado de forma congruente, consistente y de forma sistemática. Además, ha de venir justificado por una verdadera necesidad de la empresa, cuyo negocio podría resultar dañado de no implantarse, atendiendo a su actividad o al contexto en que se presta.

Por último, las restricciones empresariales han de ser proporcionales y limitarse a lo estrictamente necesario para que no se produzcan los perjuicios que se quieren evitar a la empresa.

Por consiguiente, aunque el derecho a la libertad religiosa de toda persona, incluyendo a las personas trabajadoras, es un derecho fundamental, ello no significa que la persona trabajadora tiene derecho a modificar las condiciones de trabajo y empresariales para poder ejercitar su derecho a la libertad religiosa. Por aplicación del principio de buena fe, la persona trabajadora debe informar a la empresa, en el momento

de la contratación, sobre los contenidos del contrato que no podrá asumir si pretende cumplir con los preceptos religiosos de su confesión.

Por otro lado, en materia de ropa de trabajo y de signos religiosos, la doctrina judicial considera que la empresa puede prohibir el uso por parte de la persona trabajadora de símbolos religiosos en su trabajo, siempre que la norma se aplique a todas las personas de forma indiscriminada, y sin permitir excepción alguna. Por tanto, es legítimo que la empresa aplique una política de neutralidad a las personas trabajadoras, siempre que se aplique a todas las personas trabajadoras y no sólo a algunas de ellas. Ahora bien, si no existe una norma interna sobre la prohibición de utilizar símbolos religiosos, hay que examinar caso por caso atendiendo a si la prohibición resulta un requisito profesional esencial.

Y, cuando se trata del descanso laboral y las festividades religiosas, la regla general es también considerar que las fiestas y descansos laborales establecidos en el ET lo son por tradición y no por causa religiosa, alegando que se trata de días seculares.

En definitiva, y como recuerda el TC, el derecho a la libertad religiosa, aunque se configura como un derecho fundamental, no es un derecho absoluto, debiendo acudir al triple test de proporcionalidad para que pondere los intereses de la empresa con los de la persona trabajadora.

V. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía (reflexiones sobre las implicaciones laborales derivadas de la pluralidad religiosa)*. Sevilla: Junta de Andalucía, 2008.

ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Civitas, 1986.

ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A., *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y seguridad social*. Madrid: Civitas, 2009.

BARRIOS GAUDOR, G. L., JIMÉNEZ-AYBAR, I., “La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de cooperación con la Comisión islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, *CEF*, núm. 274, 2006.

BENEYTO PÉREZ, J.M., “Libertad ideológica y religiosa”, en ALZAGA VILLAMIL, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996.

CALVO GALLEGU, F. J., “Reputación digital y efectos sobre los trabajadores: redes sociales para contratación, usos y límites”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; TODOLÍ SIGNES, A. (Dir.) *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020.

DEL REY GUANTER, S., "Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional", en AA.VV., *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Madrid: Civitas, 1992.

DURÁN LÓPEZ, F., *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 1992.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., et al., *Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2007.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., "Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación", *REDT*, núm. 133, 2007.

GARCÍA MURCIA, J., "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", en AA.VV., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. Madrid: La Ley, 2006.

GIL ALBURQUERQUE, R., "Prohibición de discriminación por causa de religión o convicciones", en AA.VV., *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Madrid: Francis y Taylor, 2018.

GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas, 1988.

MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Granada: Comares, 2002.

PRADOS DE REYES, F., "Contrato y relación de trabajo", en AA.VV., *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2001.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. Asturias: Consejo Económico y Social de Asturias, 2009. p.

RODRÍGUEZ-PIÑERO M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", *RL*, núm. 19, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Un modelo democrático de relaciones laborales", en AA.VV., *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, 1985.

ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 2009.

VALDÉS DAL RÉ, F., "Libertad religiosa y contrato de trabajo: una aproximación de Derecho comparado", *RL*, núm. 14, 2004.

VALDÉS DAL-RE, F., "Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo", *RFDUC*, núm. 55, 1979.

VALDÉS DAL-RE, F., “La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, *RL*, núm. 24, 2004.

VALDÉS DAL-RE, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona”, *RL*, núm. 8, 1990.

FIRMA INVITADA

Continúa en este número 67 la Sección de la Revista *Firma Invitada*, que pretende contar con las opiniones de los prestigiosos profesores que integran su Consejo Asesor y dar cabida 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 Adrián Osvaldo Goldin es un reconocido Catedrático universitario, avalado por su magisterio en toda Latinoamérica. Como tal ha desempeñado la Presidencia de la *International Society for Labour and Social Security* y de la *Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, siendo asimismo miembro numerario de la *Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Es autor de una obra numerosa y de calidad indiscutida, mentor y guía de cientos de laboristas en la región. Pero su trayectoria académica se extiende también a Europa, nombrado que fuera Profesor Visitante de la *Université Paris II (Panthéon-Assas)*, Investigador Residente del Institut d'Études Avancées de Nantes y miembro del Consejo Científico de la *Revista Internacional de Trabajo* con sede en Ginebra. Por lo que respecta a España, pertenece a los Consejos Asesores o similares de prestigiosas Revistas de la especialidad, como las de *Trabajo y Derecho (La Ley)*, *Derecho de la Seguridad Social (Laborum)*, *Derecho Social y Empresa (Dykinson)*, *Lex Social (Universidad Pablo Olavide)* y por supuesto de esta *General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, que se honra con la continuada presencia en sus actividades e ilustrativa colaboración en este número 67 (*Comité Ejecutivo*).

LA REFORMA LABORAL PROPUESTA POR EL NUEVO GOBIERNO ARGENTINO

Por

ADRIÁN OSVALDO GOLDIN
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo
Universidad de Buenos Aires

adriangoldin@derecho.uba.ar

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: Expone el profesor Goldin como el llamado 'Decreto de Necesidad y Urgencia' (DNU 70) del Gobierno Milei -una norma excepcional, equivalente a nuestros Decretos-Leyes- propone una profunda reforma de la legislación argentina, que afecta a más de 300 disposiciones legales y contiene hasta 44 artículos sobre materias socio-laborales, los cuales amplían tanto el poder de dirección del empleador, cuanto reducen los derechos del trabajador. Habla Goldin de 'voluntad de atenuar la intensidad protectora' y hasta de una 'expresa tolerancia de fraudes de las

empresas', que rompen el equilibrio que el Derecho del Trabajo ha garantizado históricamente. Y lo ilustra tanto respecto de instituciones del derecho individual de trabajo -el despido discriminatorio deja de ser un acto nulo-, cuanto del derecho colectivo del trabajo -el derecho de huelga queda en situación de riesgo terminal-, dos muestras reveladoras, enriquecidas por muchos otros ejemplos. Esa regresión de los derechos socio-laborales ha tenido respuesta por parte de las asociaciones sindicales, que han impugnado judicialmente el DNU 70, consiguiendo que el Tribunal de Apelaciones del Trabajo haya considerado inconstitucionales tales reformas, una decisión que pende ahora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

PALABRAS CLAVE: The DNU 70 y las 44 reformas laborales; los ejemplos del despido discriminatorio y de la huelga; tolerancia de los fraudes empresariales; ¿Inconstitucionalidad de las reformas laborales?.

SUMARIO: I. LA CRÍTICA SITUACIÓN DE ARGENTINA Y EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA NÚMERO 70.- II. ACCIONES JUDICIALES EN CURSO CONTRA EL DNU 70.- III. EL CAMPO DE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO.- IV. EL CAMPO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.- V. LOS REGÍMENES ESPECIALES.- VI. SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA LIBERTAD. UNA REFLEXIÓN TEÓRICA A MODO DE CONCLUSIÓN.

THE LABOUR REFORM PROPOSED BY THE NEW ARGENTINE GOVERNMENT

ABSTRACT: Professor Goldin explains how the so-called 'Decree of Necessity and Urgency' (DNU 70) of the Milei Government -an exceptional norm, equivalent to our Decree-Laws- proposes a profound reform of Argentine legislation, which affects more than 300 legal provisions and contains up to 44 articles on social and employment matters, which extend both the employer's power of management and reduce the rights of the employee. Goldin speaks of a 'desire to reduce the intensity of protection' and even of an 'express tolerance of fraud on the part of the companies', which breaks the balance that employment law has historically guaranteed. And he illustrates this both with regard to institutions of individual employment law -discriminatory dismissal is no longer a null and void act- and collective employment law -the right to strike is at terminal risk- two revealing examples, enriched by many other examples. This regression of social and employment rights has been responded to by the trade union associations, which have challenged DNU 70 in Court, and have succeeded in having the Labour Court of Appeals declare such reforms unconstitutional, a decision that is now pending before the Supreme Court of Justice of the Nation.

KEYWORDS: The 44 labour reforms of the DNU 70; the examples of discriminatory dismissal and the strike; tolerance of fraud on the part of the companies; unconstitutional labour reforms?.

SUMMARY: I. THE CRITICAL SITUATION OF ARGENTINE AND THE DECREE OF NECESSITY AND URGENCY (DNU 70).- II. JUDICIAL PROCEEDINGS PENDING AGAINST THE DNU 70.- III. THE INDIVIDUAL LABOUR LAW SECTOR.- IV. THE COLLECTIVE LABOUR LAW SECTOR.- V. THE SPECIAL REGIMES.- VI. ON LABOUR LAW AND LIBERTY. THEORETICAL REFLECTION AS A CONCLUSION.

I. LA SITUACIÓN DE ARGENTINA Y EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA NÚMERO 70

El Presidente que asumiera su cargo en Argentina, el pasado 10 de diciembre de 2023, debió enfrentarse a una situación social extremadamente crítica. La pobreza alcanzaba por entonces casi al 45 % de la población, un 10 % del total en condiciones de

indigencia (la pobreza en el primer semestre del año había llegado al 40,1 %); en el último semestre de la gestión de Mauricio Macri (2do semestre de 2019) el índice de pobreza llegaba al 35,5 % y el de indigencia al 8%. Al momento de la asunción, el empleo informal superaba con creces al formal. Los salarios reales habían caído en su promedio a un nivel de unos 300 dólares mensuales.

Si bien la desocupación había descendido al 6,2% a mediados de 2023, la Encuesta Permanente de Hogares daba cuenta entonces, y lo confirma hoy, que la mayoría de los trabajadores registrados *son cuentapropistas no profesionales*¹.

La inflación anual había alcanzado a fines de diciembre al 211,4%. El Banco Central, cuyas reservas se estimaban al mes de enero de 2023 en U\$S6.200 millones, registraba para fines de ese año niveles negativos de unos U\$S 11000 millones debido a la erosión producida por la sequía, por la brecha cambiaria y por otras restricciones, que las fueron erosionando.

En ese marco, se registró una grosera distorsión de los precios relativos: bienes y mercaderías desproporcionadamente caras; tarifas de servicios notablemente baratas; salarios y jubilaciones que se vienen deteriorando sin pausa en relación con la inflación.

En el marco de tan desfavorable cuadro de situación, tampoco es promisorio el desarrollo de la actividad económica en lo inmediato por la gestión que lleve a cabo el nuevo gobierno. El propio presidente Milei anunció que la recesión económica ha de ser una reacción natural a las políticas de ajuste que está aplicando. Según el último REM (Relevamiento de las Expectativas de Mercado), el promedio de los consultados considera que en 2024 no podrá evitarse una contracción del PBI del orden del 2,4%. En los primeros once meses del año anterior, la balanza comercial acumuló un déficit de U\$S 8000 millones como consecuencia de una de las sequías más importantes de la historia argentina, que impactó en el principal sector exportador (el año precedente - 2022- el saldo comercial, esa vez positivo, había sido de U\$S6.923 millones)². Para 2024, la consultora Ecolatina anuncia una perspectiva económica más alentadora: espera un importante robustecimiento del saldo comercial, cercano a los U\$S15000 millones, fruto del rebote de las exportaciones agrícolas como producto del fin de la sequía, sumado a la reversión del déficit comercial energético como secuencia de la puesta en marcha del Gasoducto Néstor Kirchner, que llevó a cabo el gobierno saliente en el último tramo de su gestión; contribuyendo a ese resultado nominalmente positivo, caería la demanda doméstica por la crisis y la consiguiente recesión económica tendería a limitarla.

¹ Datos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH).

² Fuente, Ecolatina.

Milei se propone procurar un superávit primario en 2024, aún a costa del impacto de la recesión esperada. Para ello, se ha propuesto: 1. Equilibrar las cuentas públicas lo que requiere, como mínimo, lograr un superávit primario equivalente al 2% del PBI. 2. Reducir los pasivos del Banco Central, que tiene una deuda no remunerada de unos U\$S 25000 millones; esta acción urge para no ingresar en una situación de hiperinflación. 3. Frenar la emisión monetaria exacerbada durante los últimos años, particularmente el último de la anterior gestión, cuando el ministro de economía, por entonces candidato presidencial del peronismo, se sirvió de ella para financiar su campaña presidencial. 4. Resolver el desorden cambiario, para lo que el nuevo gobierno viene de devaluar en un 120% el tipo de cambio oficial con el objetivo de tender hacia la progresiva unificación cambiaria (la brecha cambiaria, que alcanzaba en la instancia precedente al 120%, se redujo al 30%) y, por fin, el levantamiento del denominado “cepo” cambiario. Finalmente, 5. Sincerar los precios -corregir los precios relativos desalineados- lo que implica terminar con la “represión” de los precios de la economía que mantiene fijos o retraídos los valores de numerosos bienes y servicios; naturalmente esta acción, ya en ejecución, tiene un efecto altamente inflacionario, con la inevitable insatisfacción social³.

En ese marco, el Gobierno, tan pronto asumiera sus funciones, anunció el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia (en lo sucesivo DNU 70) que produce una masiva reforma de leyes y la desregulación de numerosos regímenes económicos. Este DNU 70, pretende en sus 83 páginas la reforma de más de 300 normas, acción mediante la cual se propone “...sentar las bases para la reconstrucción de la economía argentina y devolverles la libertad y la autonomía a los individuos”... Anunció -y también lo llevó a cabo- el envío al Congreso de un paquete de leyes (un “megaproyecto” de ley) pidiendo al Congreso “colaboración para avanzar en este proceso de cambio que la sociedad eligió en un contexto de crisis que requiere acción inmediata”.

El DNU 70 invoca el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que autoriza al PEN a dictar disposiciones de carácter legislativo en caso de *necesidad y urgencia* en los que sea imposible seguir el procedimiento normal de formación y sanción de las leyes que, como se admite en la exposición de motivos de la norma efectivamente dictada en su consecuencia, es un instrumento de excepción. Dice al respecto la Constitución que *...“solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, el Poder Ejecutivo podrá dictar Decretos por razones de necesidad y*

³ Fuente, FORBES México.

urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente, con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

II. ACCIONES JUDICIALES EN CURSO CONTRA EL DNU 70

En relación con la problemática laboral, el DNU 70 contiene 44 artículos que procuraré identificar sumariamente en las próximas líneas. Lo cierto es que en el marco de numerosas acciones judiciales contra el DNU -que se fundamentan mayoritariamente en el hecho de que en Argentina ambas cámaras del Congreso de la Nación estaban en actividad, convocadas por el propio presidente para desempeñarse en sesiones extraordinarias hasta el 15 de febrero de 2024-, la Confederación General del Trabajo (CGT) presentó, a fines de diciembre de 2023, una acción de amparo ante los Tribunales del Trabajo para que se declare la invalidez de la totalidad de las normas laborales del DNU. Cuestionó su constitucionalidad y solicitó que se declare recaudo previo una medida cautelar para proteger los derechos presuntamente vulnerados mientras se procede al tratamiento relativo a la validez de la norma. El Juzgado de Primera Instancia del Trabajo, que debió tratar el requerimiento, rechazó el amparo por entender que no había razones “graves y objetivamente impostergables” que justificaran una medida cautelar de suspensión de las normas laborales del decreto ya que la norma -el DNU 70- carecía aún de vigencia. Apelada esta resolución, la tomó a su cargo la Sala de FERIA de la Cámara de Apelaciones del Trabajo que, con el DNU por entonces ya vigente, desde el 29 de diciembre de 2023, aceptó el reclamo y dictó la medida cautelar que se le requería.

Acto seguido, la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) presentó también un recurso de amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad del DNU y el dictado de una medida cautelar. La misma Sala de FERIA de la Cámara de Apelaciones del Trabajo aceptó el requerimiento y suspendió los efectos de las normas laborales del decreto.

El pasado 24 del mes de enero, iniciado ya por entonces el requerimiento sustantivo relativo a esas normas laborales, la Justicia Nacional del Trabajo hizo lugar a parte del reclamo de la CGT contra el DNU 70. La jueza Liliana Rodríguez Fernández declaró “...

la invalidez de los artículos 73, 79, 86, 87, 88 y 97 de esa norma” (sólo 6 de los 44 artículos laborales del DNU), debido a tratarse -sostuvo la magistrada- de las únicas normas que afectan a la acción específica de los sindicatos y en las que, por consecuencia, la CGT tiene interés legítimo. En esa decisión la jueza dejó constancia de que esos artículos recobrarían “validez formal en el caso de ratificación por ambas Cámaras dentro del período de las sesiones extraordinarias (por entonces en curso), o su vigencia cesará de pleno derecho en caso contrario”. Tras la apelación de que fuera objeto esta última resolución por parte de la CGT, la *Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió la cuestión decretando la inconstitucionalidad del DNU en relación con todo el capítulo laboral*. La cuestión deberá ser resuelta en la instancia definitiva por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En un contexto temporal tan prematuro, la Dirección de esta Revista General me ha honrado requiriéndome que ofrezca una noticia de las reformas propuestas para satisfacer el interés de sus lectores. Habida cuenta del limitado espacio de tiempo con el que he contado, sabrán los lectores disculpar que no he podido realizar la habitual investigación de antecedentes que justifica un emprendimiento como éste.

III. EL CAMPO DE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DEL TRABAJO

A) Sobre los objetivos de la reforma laboral

Reducción de costos - expresiva tolerancia de conductas fraudulentas

Como se advertirá a lo largo del análisis que sigue, las reformas establecidas por el DNU 70 -*aunque no se le dice*- se proponen aligerar ciertos costos y cargas que algunas de las normas laborales conllevan para las empresas y que, a juicio de los voceros del nuevo gobierno, conspiran contra su desempeño.

De un lado, los empresarios denuncian que se manifiesta en relación con esta problemática una litigiosidad excesiva y de gravosas consecuencias. Litigiosidad alentada por el hecho de que los juicios derivan en condenas que superan con creces los importes que resultarían del reconocimiento simple de haberes y otros créditos adeudados (vgr. horas extras, aguinaldo, vacaciones, indemnizaciones por despido y preaviso), ya que existe todo un sistema de sanciones que *multiplica muy sensiblemente los importes deferidos en condena*.

Es desde esa lógica que el DNU 70 dispone la derogación de los artículos 8° a 17 y 120, inciso a), de la Ley 24.013., del artículo 9° de la Ley 25.013, de la ley 25323 y de los artículos 43 a 48 de la Ley 25345. Sólo a modo de ejemplo, multas y sanciones por ausencia o deficiencia de registración (ley 25323, que duplicaba las indemnizaciones en tales hipótesis), incremento de las indemnizaciones por preaviso omitido y despido

cuando el trabajador debiera iniciar acciones, imposición de sanciones al empleador que no ingresara aportes y contribuciones retenidos (artículos 43 a 48 de la ley 23545), sanciones por indicación inexacta de la fecha de ingreso o la remuneración atribuibles a conducta temeraria o maliciosa del empleador que conllevaba la aplicación de tasas de interés sancionatorio de hasta 2 veces y media las de los bancos oficiales. El DNU 70 *dispone la derogación de esas sanciones y de otras de análogo tenor.*

De modo quizás contradictorio con el estado de cosas precedente, en el caso de la sentencia que determina la existencia de una relación de trabajo no registrada, el juez debe notificar a la entidad recaudatoria proveyendo todas las circunstancias que permitan la determinación de la deuda. Si el vínculo hubiere sido “erróneamente” enmarcado como trabajo no dependiente, se prescribe allí (art. 7 *quáter* de la ley 24013, introducido por art. 62 DNU 70), que de la condena deben *deducirse los componentes que hubieren sido ingresados en virtud de la errónea calificación de los conceptos y se establecerá “un sistema de intereses menos gravoso y facilidades de pago”*⁴.

En la misma línea de indisimulada tolerancia del fraude del empleador, el artículo 68 DNU, tras reiterar la afirmación de que el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, admite la desvirtuación de esa presunción cuando “la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales y se emitan los recibos o facturas correspondiente a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción -agrega el texto- se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social”. Como se advierte, se admite que se enerve la presunción mediante actuaciones meramente formales y documentales como recibos o facturas que, en la experiencia tradicional de la gestión de las relaciones laborales, pueden y suelen ser instrumentos de formalización del fraude. Evidentemente, el recurso puramente documental no debiera ser en modo alguno suficiente ni tiene dimensión para superar el principio de *primacía de la realidad*. Por añadidura, en caso de que se acredite en juicio que el empleador incurrió en fraude laboral sirviéndose para ello de figuras contractuales no laborales, no sólo se le libera de cualquier multa por falta de registro, sino que por añadidura se le beneficia con “intereses menos gravosos” y/o facilidades de pago de las deudas con los organismos de seguridad social.

En la ya evocada tendencia a aligerar la situación relativa de los empleadores, en el artículo 92 bis de la LCT (conf. art. 71 DNU) se extiende el período de prueba a 8 meses (en la norma precedente era de sólo 3). Se mantienen las reglas que impiden contratar a

⁴ Téngase en cuenta que este criterio tolerante y componedor es el que se le dedica al empleador moroso e incumplidor, cuando no incurso en fraude...

un mismo trabajador más de una vez a prueba, se reprime el uso abusivo del período de prueba (también la contratación sucesiva a prueba de diversos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente) y se suprime -al menos, en su versión expresa- el principio de que el período de prueba se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social. Se advierte, pues, no sólo la extensión a 8 meses del período de prueba, *facilitando de tal modo la elusión por parte del empleador de la efectivización más pronta de los trabajadores*, sino que además se exige al empleador de registrar al trabajador a prueba y de computar ese tiempo como tiempo de servicio, lo cual implica un aprovechamiento “definitivo” de la inestabilidad de ese tiempo.

El artículo 69 DNU 70, a su vez admite que la relación pueda ser registrada por un sujeto que no es el usuario o empleador, atribuyendo a la *empresa usuaria* -el real empleador, por tanto- el carácter de sujeto solidariamente responsable. Parece un modo de legitimación de la utilización de falsos intermediarios lo que, también aquí, confirma una *constante informalización y liberación de obligaciones instrumentales a cargo del verdadero empleador*.

El DNU 70 en su artículo 84 modifica el artículo 276 LCT, estableciendo que los créditos provenientes de las relaciones individuales del trabajo serán actualizados cuando resulten afectados por la depreciación monetaria teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de precios al consumidor (IPC) con más un interés puro del 3% anual suprimiendo tasas bancarias mucho más significativas -en su nivel y también en sus criterios de capitalización- que contribuían notablemente, como se señalara más arriba, a incrementar los montos deferidos en condena. Se establece que esta disposición es de orden público federal y deberá ser aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de oficio o a petición de parte, incluso en los casos de concurso o quiebra del deudor.

B) Exclusiones al régimen de la Ley de Contrato de Trabajo

El artículo 65 DNU, modifica el artículo 2 de la Ley de Contrato de Trabajo, y tras excluir de su ámbito de aplicación a los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o municipal y también al personal de casas particulares (servicio doméstico) y trabajadores agrarios -ya era así desde la propia sanción de la LCT- se introduce como novedad la salvedad de que sí podrían ser aplicables las disposiciones de la norma general (la LCT) en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias de los regímenes específicos mencionados en segundo y tercer lugar o así se lo disponga de modo expreso. Según la recordada norma del DNU 70, tampoco están incluidas en el régimen de la LCT las contrataciones de obra,

servicios, agencia y todas la reguladas en el Código Civil y Comercial; esto último tampoco es una novedad, salvo que el vínculo, aun invocando esa tipología, *configure en realidad un contrato de trabajo en relación de dependencia, en cuyo caso la aplicación de la LCT -contra lo sugerido en este texto- debe reputarse indiscutible*. También aquí, no es la *autonomía de la voluntad sino el principio de realidad al que debe sujetarse esta norma, aún a pesar de su equívoca orientación*

C) Sobre los principios generales del Derecho del Trabajo

Sobre la regla de la norma más favorable al trabajador

El artículo 66 DNU, sustituye el artículo 9 LCT que en su nueva redacción procura relativizar la vigencia del principio de la norma más favorable al trabajador. Este principio, que antes del DNU se expresaba sin condicionantes, en los términos del nuevo texto, sólo operará si *se hubieran agotado todos los medios de investigación disponibles y subsistiera duda probatoria insuperable, valorando el principio de congruencia y defensa en juicio, y preservando el principio del “onus probandi” en cabeza de quien invoca los hechos*. Se reivindica de ese modo la plena vigencia de la facultad de los magistrados en la obtención de la verdad objetiva y el respeto a la seguridad jurídica. En verdad, esta es, a todas luces, una de las normas en las que se advierte *la preocupación por atenuar la intensidad tutelar de algunas de las normas en vigor*.

Sobre el principio de irrenunciabilidad

El artículo 67 DNU, preserva el principio de que será nula y sin valor cualquier convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en las normas legales o de los convenios colectivos de trabajo. Sin embargo, *en la misma línea de atenuación de la intensidad tutelar que se advierte en el nuevo régimen*, se agrega ahora que cuando se celebren acuerdos relativos a la modificación de elementos esenciales del contrato de trabajo o de desvinculación por voluntad concurrente de las partes, *estas podrán solicitar a la autoridad de aplicación su homologación a los efectos de su convalidación*. Parece claro, en todo caso, que *lo que por esa vía parecen modificables son los elementos esenciales del contrato individual*; por cierto, no parece aceptable que homologación tal habilite una renuncia a derechos acordados por las normas de orden público y consiguiente tenor imperativo

D) Simplificación de la gestión administrativa. Preferencia por la utilización de medios electrónicos en la gestión de las relaciones laborales

Se advierte en los nuevos textos una tendencia a la simplificación administrativa y la utilización de medios electrónicos en la gestión administrativa de las relaciones laborales. Ello se advierte en la simplificación de la registración, en la aceptación de la inscripción hecha por cualquiera de las personas intervinientes (*lo que no contribuye a identificar el sujeto empleador principal*), en la concentración y consiguiente unificación de las inscripciones para los organismos laborales y de la seguridad social (Instituto Nacional de Previsión Social, cajas de subsidios familiares, sistema nacional de salud, registro de prestaciones por desempleo). En el mismo sentido, en el artículo 139 LCT (art. 75 DNU 70) se prescribe que el empleador debe entregar a su dependiente "...una copia fiel del original...que podrá ser instrumentada de modo electrónico", haciendo innecesario la confección "en doble ejemplar" que requería la norma precedente. A su vez, el artículo 76 DNU 70 modifica el artículo 140 LCT, que contuviera los contenidos necesarios del recibo de pago de salarios. Si dispone allí que en el inciso c se consigne "Total de remuneración que perciba" y ya no "Todo tipo de remuneración". A su vez, en el inciso h del mismo artículo se establece que en el caso de los artículos 124 y 129 LCT, la firma y sello de los funcionarios o agentes dependientes de la autoridad *podrá ser electrónica*.... También en el artículo 143 LCT, por disposición del art. 77 DNU 70 se convalidan los registros digitalizados, que quedan igualados a los que se instrumentan en papel.

En el mismo sentido, el artículo 70 DNU sustituye el texto del art. 80 LCT por otro según el cual *se posibilita que el certificado de trabajo que allí se prevé se pueda entregar a través de una plataforma virtual o simplemente se incorpore a una plataforma de ese tenor que se encuentre actualizada y disponible para el trabajador en la página web del organismo de la seguridad social*. Obedece a la misma lógica la disposición del nuevo artículo 124 LCT, modificado por el artículo 72 DNU, que establece que las remuneraciones en dinero debidas al trabajador deberán ser pagadas en efectivo, cheque a la orden del trabajador para su cobro personal, acreditación en cuenta abierta a su nombre *no sólo en entidades bancarias, sino también en instituciones de ahorro oficial u otras entidades que la autoridad de aplicación considere aptas, seguras, interoperables y competitivas* (artículo 124 LCT, según el artículo 72 DNU).

E) Protección de la trabajadora embarazada

El artículo 78 DNU modifica el artículo 177 LCT del modo que sigue: tras la habitual prohibición del trabajo de la trabajadora embarazada durante los 45 días anteriores al parto y hasta 45 posteriores al mismo, la interesada podrá optar por reducir la licencia anterior al parto hasta el mínimo de 10 días (el texto precedente permitía la reducción sólo hasta un mínimo de 30 días), acumulando el resto de la licencia preparto al período de descanso posterior al parto. Y ese artículo continúa: "*En caso de nacimiento*

pretérmino, se acumulará al período de descanso posterior todo el lapso de licencia que no hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los 90 días. La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal”... Se le garantiza a la mujer embarazada la estabilidad en el empleo durante la gestación, que constituirá derecho adquirido a partir del momento en que notifique al empleador su embarazo. Si debiere permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, que según certificación médica sea atribuible al embarazo y la incapacite para reanudarlo al vencimiento de la licencia fijada por esta norma, la mujer será acreedora a los beneficios previstos para la enfermedad o accidente inculpable.

F) Determinación de los montos de las indemnizaciones por antigüedad o despido

La indemnización por antigüedad o despido

A los efectos de establecer el mes de sueldo computable por cada año de antigüedad que debe pagarse a modo de indemnización por despido, el artículo 245 LCT, en su nuevo texto introducido por el art. 81 DNU 70, precisa que para su determinación no debe computarse el Sueldo Anual complementario y que para los trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones mensuales variables, debe aplicarse el promedio de los últimos 6 meses o el del último año, si fuere más favorable al trabajador. En el caso de estos últimos trabajadores, será de aplicación el convenio que los incluya, o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde presten servicios, si este último fuere más favorable. La misma norma agrega luego que la base de cálculo de la indemnización no podrá ser inferior al 67% del importe de un mes de sueldo determinado del modo indicado y, en cualquier caso, la indemnización no podrá ser inferior a un mes de sueldo.

Conforme al artículo 255 LCT, según texto introducido por el artículo 83 DNU 70, si debiere pagarse una indemnización por despido a un trabajador que reingresara a las órdenes del mismo empleador y hubiera percibido antes una indemnización por el mismo concepto, deberá deducirse de las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 lo percibido por igual concepto por despidos anteriores, importe que a tal efecto deberá ser actualizado por el índice de precios al consumidor (IPC) con más un interés puro del 3% anual.

Despido discriminatorio

El artículo 82 del DNU 70 incorporó a la LCT un nuevo artículo -en este caso, el artículo 245 bis- estableciendo un agravamiento tarifado por *despido discriminatorio*, que es aquel motivado en razones de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, opinión política o gremial. La prueba corre por cuenta de quien invoca la causal y acreditada la misma, corresponderá el pago de una indemnización agravada que ascenderá al 50% de la prevista en el artículo 245 LCT o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable. Esta indemnización puede ser incrementada por los jueces hasta el 100%, y no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. El despido producirá en todos los casos la extinción del vínculo a todos los efectos; *no es por lo tanto un despido nulo*, abandonando el criterio que sustentara la ley 23592 que imponía “...dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados” (ley 23592). Como se advierte, la nueva norma requiere que el trabajador asuma el “onus probandi” de la discriminación que lo afectara y suprime la condición de nulidad del despido discriminatorio y la reparación integral de los daños inferidos. *El nuevo texto es claramente más favorable que el precedente para el empleador incurso en el acto discriminatorio*

G) Nuevas manifestaciones de tutela, aunque no respecto del empleador

Aparecen, por ejemplo, en el artículo 132 LCT introducido por el DNU 70 en su artículo 73, según el cual se podrán retener aportes o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial o miembros de sociedades mutuales o cooperativas, *sólo si existe un consentimiento explícito del trabajador autorizando el mismo*. En este caso, *se protege al trabajador respecto de sindicatos o sociedades mutuales o cooperativas* y no respecto de su empleador.

A su vez, el artículo 136 LCT, en el texto que introduce el artículo 74 DNU, determina que los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a solicitar al empleador principal, para el cual dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan de lo que deben percibir estos últimos y den en pago por cuenta y orden del principal los importes adeudados en concepto de remuneraciones, indemnizaciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral. El principal estará también facultado para retener, de lo que deben percibir los contratistas e intermediarios, los importes que estos adeuden a los

organismos de Seguridad Social con motivo de la relación laboral mantenida con los trabajadores; dichos importes deberán depositarse a la orden de los organismos correspondientes en las formas y condiciones que determine la reglamentación. *En este caso no se protege a estos trabajadores respecto de sus empleadores principales, sino de los contratistas e intermediarios para los que prestaran servicios.*

A su vez, el artículo 277 LCT, en relación con los pagos en juicio (artículo 85 DNU 70) agrega a su texto original que las *personas físicas y las PYMES* (ley 24467) ante una sentencia judicial condenatoria *podrán acogerse al pago total de la misma en hasta 12 cuotas mensuales actualizadas por el índice de precios al consumidor (IPC) con más un interés puro del 3% anual.* Una vez más, el sujeto protegido por la nueva norma es el empleador *si se trata de una persona física o una pequeña o mediana empresa, que tendrá acceso a una forma de pago (en 12 cuotas, actualización del IPC y una tasa pura de interés del 3%), que puede no satisfacer derechos y expectativas del trabajador que es acreedor a ese pago.*

IV. EL CAMPO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

A) Régimen de las Asociaciones Sindicales

Congresos y asambleas de los representantes sindicales en la empresa

El artículo 87 del DNU 70 incorpora un nuevo artículo (20 bis) a la ley 23551, que establece el Régimen de las Asociaciones Sindicales. Para hacer posible la participación efectiva en la actividad sindical por parte de los representantes sindicales dentro de la empresa, delegados, comisiones internas u organismos similares, así como las autoridades de la seccionales de las asociaciones sindicales, se reconoce su derecho a convocar asambleas y congresos de delegados, imponiéndoseles simultáneamente una carga relevante: *al actuar en ese sentido, quienes se reúnan en asambleas y congresos deben abstenerse de perjudicar las actividades normales de la o las empresas de las que se trate o de afectar a terceros.* Como es obvio, en esas circunstancias se encuentran en juego, de un lado, el ejercicio de la libertad sindical y participación en la vida asociativa de trabajadores y representantes; correlativamente, el derecho de la empresa a desarrollar sus actividades con eficacia y normalidad.

B) Sobre los convenios colectivos

Alcances de la ultraactividad de las cláusulas de los convenios colectivos

El artículo 86 DNU 70 "sustituye" el artículo 6to de la ley 14250 (Ley de convenios colectivos de trabajo) por un nuevo texto para el mecanismo de ultraactividad de los convenios, luego del vencimiento de su plazo. En la nueva norma, vencido el convenio y

hasta que entre en vigencia una nueva convención o acuerdo de partes que la prorrogue, se mantendrán subsistentes sólo las cláusulas *normativas* -las que establecen condiciones de trabajo- mientras que las cláusulas *obligacionales*, que son las que establecen derechos y obligaciones entre las partes que suscriben el convenio (por lo tanto, entre los propios sujetos colectivos), pierden vigencia al tiempo de su vencimiento, y sólo podrán continuar en vigor por acuerdo de partes “o por disposición del Poder Ejecutivo Nacional”.

Esta última distinción procura motivar el interés de las partes del convenio por renegociar su contenido. Lo que no es fácil comprender es la razón por la que se faculta al Poder Ejecutivo Nacional para disponer la renovación de la vigencia de las cláusulas obligacionales, lo que implica que tome partido a esos efectos por una de las partes del convenio -aquella que está interesada en la renovación de las cláusulas *obligacionales*- privándole de mantener una posición de equilibrio y prescindencia en el proceso de negociación.

Habilitación de diversas instancias de “disponibilidad colectiva”⁵

El artículo 79 DNU 70 introduce el artículo 197 bis LCT, mediante el cual habilita la posibilidad de que, respetando el descanso mínimo de 12 horas entre jornada y jornada, se puedan establecer *en los convenios colectivos*, regímenes que se adecuen a los cambios en las modalidades de la producción y las condiciones propias de cada actividad, contemplando especialmente el beneficio e interés de los trabajadores. A tal efecto se podrá disponer colectivamente del régimen de horas extras, banco de horas, francos compensatorios, entre otros institutos relativos a la jornada laboral.

A su vez, el artículo 81 DNU 70, introduce una modificación al artículo 245 LCT, estableciendo que por medio de un Convenio colectivo de trabajo las partes podrán sustituir la indemnización por despido por un fondo o sistema de cese laboral a cargo del empleador cuyo costo no puede ser superior al 8% de la remuneración mensual⁶. La misma norma agrega que los empleadores podrán contratar un sistema privado de

⁵ “Disponibilidad colectiva”: así se dio en llamar la posibilidad de modificar en cualquier sentido - aún “in peius” - disposiciones imperativas de la ley, mediante la negociación colectiva.

⁶ Esta propuesta de “disponibilidad colectiva” procura replicar el régimen de “fondo de cese” establecido en Argentina por la ley 22250, que dispone en el ámbito de la industria de la construcción la constitución de un fondo o cuenta a nombre del trabajador que debe integrar el empleador desde el ingreso de aquel, a cuyo efecto la ley dispone que debe constituirle mediante el ingreso de una suma equivalente al 12 % de la remuneración del trabajador durante el primer año del vínculo y del 8% a partir del 2do año. “Fondo de cese” que el trabajador puede retirar - junto con los intereses que hubiere devengado - cuando su contrato de trabajo se extingue por cualquier causa. Debe tenerse en cuenta que el contrato de trabajo del trabajador de la industria de la construcción suele ser un contrato teñido de una alta discontinuidad (resultante del inicio y la conclusión de cada una de las obras) y ese factor fue en su tiempo determinante para la concepción del régimen especial.

capitalización a su costo para solventar la indemnización prevista en este artículo 245 o la suma que deba pagarse para la desvinculación por mutuo acuerdo.

C) Sobre los conflictos colectivos del trabajo y la huelga

El artículo 88 DNU modifica el artículo 242 LCT que tiene por objeto histórico el de definir el concepto de justa causa del despido. A saber: inobservancia de una de las partes de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo que configuran injuria y que por su gravedad no consienten la prosecución de la relación. El nuevo texto incorpora una causal específica, vinculada con la realización de ciertas acciones colectivas a las que califica como “injuria laboral grave”, a saber: afectar la libertad de trabajo de quienes no se adhieren a una medida de fuerza mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas, participar en bloqueos o tomas de establecimiento, impedir u obstruir total o parcialmente el ingreso de personas o cosas al establecimiento y ocasionar daños o retener indebidamente personas o cosas de propiedad de la empresa o de terceros que estén en el establecimiento.

La nueva norma evoca acciones que son frecuentes en los conflictos del trabajo en Argentina y el texto parafraseado se propone disuadir de la adopción de esas prácticas. La norma concluye estableciendo que antes de comunicar el despido, el empleador debe intimar al trabajador al cese de la conducta injuriosa; ello, no obstante, no es necesario hacerlo si se han producido daños en personas o cosas, desde que la producción del daño ...”torna inoficiosa la intimación”. La norma concluye en los términos que se transcriben: “verificadas dichas acciones como medidas de acción directa sindical, la entidad responsable será pasible de la aplicación de las sanciones que establezca la reglamentación, una vez cumplimentado el procedimiento que se disponga al efecto a cargo de la Autoridad de Aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y/o penales que pudieran corresponder.”

Sobre los servicios esenciales y los servicios públicos de importancia trascendental

El artículo 97 DNU regula los servicios esenciales en el marco de conflictos colectivos del trabajo. Entran dentro de su marco regulatorio los conflictos colectivos que pudieren afectar la normal prestación de servicios esenciales o “actividades de importancia trascendental”, imponiendo la necesidad de una cobertura de “servicios mínimos” no inferior al 75 % de la prestación normal del servicio en el caso de los “esenciales” y no menor al 50%, en el caso de las “actividades de importancia trascendental”.

Cabe señalar que la categoría de “actividades de importancia trascendental” no existe como tal; debe tratarse de servicios públicos y, en tal caso, la designación apropiada -la

que tiene andamio internacional- es la de “servicios públicos de importancia trascendental”⁷.

La norma contiene acto seguido un listado desmesurado de unos y otros, pero agrega calificaciones que permitirían incluir a cualquier otro, tal como “actividades industriales continuas” o “servicios de toda actividad que estuvieran afectados a compromisos de exportación”, o toda otra actividad cuya interrupción pudiere “afectar metas de recaudación asociadas a las políticas de equilibrio fiscal”. Queda claramente excedido el concepto de “servicios esenciales” que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT caracterizó como *aquellos que pudieren poner en riesgo la vida, la salud o la seguridad de las personas en todo o parte de la población*.

Parece evidente, pues, que el derecho de huelga es de los que el DNU 70 ha colocado en situación de riesgo terminal...

V. RÉGIMENES ESPECIALES

A) Régimen del Trabajo Agrario (Ley 26727)

El artículo 89 DNU 70 dispone una reforma sustantiva del artículo 69 del régimen legal del Trabajo Agrario. Mientras el texto original de esa norma disponía que ...”las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial proveerán a los empleadores del personal necesario para la realización de las tareas temporarias en las actividades contempladas en la presente ley, conforme las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) ... Ello, sin perjuicio de la vigencia de las normas que actualmente prevén la obligatoriedad del uso de las bolsas de trabajo para el ámbito rural en determinadas actividades y jurisdicciones”. En lo sucesivo, *privilegiando de modo excluyente la libertad del empleador*, el texto introducido por el DNU 70 expresa que ...”Las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial podrán *proponer* a los empleadores un listado del personal necesario para la realización de tareas temporarias en las actividades contempladas en la presente Ley, conforme las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión de Trabajo Agrario. *El empleador podrá contratar a la persona sugerida y/o a cualquier otra que disponga*. Queda derogada toda norma que se oponga al presente artículo y/o a la libertad de contratación y elección del personal por parte del empleador”.

⁷ Lo recordó en relación al DNU 70, Tribuzio, José E. en “*Primeras impresiones sobre la regulación del derecho de huelga contenida en el artículo 97 del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*”, en Revista de Derecho Laboral Digital, Rubinzal-Culzoni Editores (RC D 741/2023).

Como surge de modo evidente de la lectura, el sujeto protegido por el nuevo texto *no es el sindicato ni los trabajadores afiliados, sino el empleador* que procura eludir “recomendaciones” que siente como imposiciones. La recomendación no es imperativa y el empleador puede servirse de ella o desecharla. Cambia así de modo radical la calificación de las bosas de trabajo del personal agrario. Es el empleador quien tiene la facultad de elección de su personal y ello abate toda posibilidad del mantenimiento efectivo de los pisos remuneratorios mínimos planteados por la entidad sindical, habilitando la negociación a la baja de las condiciones de trabajo que el sindicato pretende imponer.

B) Régimen del Viajante de Comercio (Ley 14546)

El artículo 90 DNU 70 suprime el régimen estatutario de los Viajantes de Comercio. No hay para la eliminación de este régimen, cuya sanción data de 1958, otra explicación posible (*no expresada...*) que la pretensión de suprimir las disposiciones que se entiende, implica limitaciones supuestamente excesivas al ejercicio del comercio resultantes de su aparato normativo.

En los términos del artículo 91 DNU 70, esta derogación *no afecta los derechos individuales de quienes se encuentran actualmente alcanzados por este régimen y que, por lo tanto, continuarán regidos por el mismo ordenamiento*. Las nuevas contrataciones que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor del DNU 70 (“de esta ley” se dice de modo impropio), se regirán por las normas generales, contratos individuales y convenios colectivos aplicables; en otros términos, la ley 14546 carecerá para ellos de toda vigencia. Habrá que reconstruir el marco normativo de los viajantes de comercio y, para ello ...”la representación sindical y empleadora deberán impulsar la negociación colectiva con el fin de otorgar el marco adicional que consideren menester, adecuado a las circunstancias actuales si correspondiere”.

C) Régimen legal del Contrato de Teletrabajo (Ley 27555)

Los artículos 92 y siguientes del DNU 70 introducen una serie de modificaciones al régimen legal del contrato de teletrabajo, que fuera establecido en agosto de 2020 por medio de la ley 27555.

El artículo 92 DNU modifica el artículo 6to de la ley 27555, que establece los derechos del trabajador que tenga a su cargo el cuidado de personas menores de 13 años, personas con discapacidad o adultos mayores que convivan con el trabajador y requieran asistencia específica. El texto original decía que esos trabajadores tienen derecho a coordinar con el empleador horarios compatibles a la tarea de cuidado a su

cargo y/o la interrupción de su jornada, compensando dichos períodos de tiempo de manera acorde con las tareas asignadas. El nuevo texto reitera que el trabajador debe coordinar con el empleador horarios compatibles con la tarea de cuidado ... “en tanto no afecte lo requerido de (por...) su trabajo”, califica de “esporádica” a la eventual interrupción de su jornada, y le impone la ... “obligación de compensar dichos períodos de modo acorde con las tareas asignadas”. Pero agrega luego que los criterios precedentes no serán de aplicación ... “cuando el empleador abonare alguna compensación legal, convencional o contractual relativa a gastos por tareas de cuidado”. Y concluye estableciendo que ... “mediante negociación colectiva o *en el ámbito de los contratos de trabajo* podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho” (en el texto original, esas pautas sólo podían establecerse por negociación colectiva).

Parece evidente que esta norma procura matizar la protección original de la situación del teletrabajador, para mejorar en términos relativos la posición de su empleador. *Como se advertirá de inmediato, esa preocupación sobrevuela la totalidad de las reformas operadas sobre este estatuto del teletrabajo.*

El artículo siguiente del DNU 70 (93) se ocupa de la reversibilidad del consentimiento que permitiera pasar de una posición presencial a la modalidad de teletrabajo, que podrá operarse por *acuerdo mutuo de trabajador y empleador* y siempre que existan en las instalaciones de la empresa condiciones para que se pueda retomar el trabajo en forma presencial. En el texto original de la ley 27555, la posibilidad de reversión del consentimiento era una atribución del trabajador y si así lo requería, el empleador debía otorgarle tareas en el establecimiento más cercano

El artículo 17 de la ley 27555 prescribe ahora (artículo 94 DNU 70) que en el caso de prestaciones transnacionales de teletrabajo se aplicará al contrato respectivo la ley del lugar de ejecución de del lugar de las tareas, sustituyendo el criterio precedente según el cual podía también ser la ley del domicilio del empleador, conforme al criterio de la norma más favorable al trabajador.

Finalmente, el artículo 95 DNU (artículo 18 de la ley 27555) prescribe, en línea con el ya recordado propósito de privilegiar el tratamiento electrónico y simplificado de la gestión, que el Poder Ejecutivo Nacional establecerá un método simple, electrónico y automático de registro de esta modalidad contractual al tiempo del alta, o al momento de la incorporación del trabajador al régimen del teletrabajo. Esa atribución había sido deferida al Ministerio de Trabajo en el texto original, pero este último, en el proceso de reducción del número de Ministerios (de 21, han quedado sólo 9) ha sido reemplazado por una Secretaría.

D) Trabajadores Independientes con colaboradores

El artículo 96 DNU 70 introduce aquí un esquema que carece de precedentes. Según sus términos, el trabajador *independiente* podrá contar con hasta otros cinco trabajadores *independientes* para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado, que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo Nacional. El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras, e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al régimen previsional, al régimen nacional de Obras sociales, al Sistema del Seguro de Salud y al régimen de los riesgos del trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación.

En esta norma sorprendente se procura habilitar el desempeño de emprendimientos productivos en *plena condición de autonomía*, que, por añadidura, permitiría aligerar la situación de un “tercer” empresario que recurre a un trabajador independiente -si es que de verdad lo es y no deja de serlo al desempeñarse para la empresa- a quien se habilita para “incorporar” a otros “cinco trabajadores independientes”. ¿Basta la alegación de la supuesta independencia de uno (el principal) y de los otros (los 5 trabajadores “incorporados”) o prevalece aún *el principio de primacía de la realidad*? ¿Qué quiere decir que el vínculo estará basado en la relación autónoma sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas que requieren sus obras o servicios? ¿Puede la ley asignar una condición en el sistema laboral, si está de suyo en contradicción con la realidad que se protagoniza?

VI. SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA LIBERTAD. UNA REFLEXIÓN TEÓRICA A MODO DE CONCLUSIÓN⁸

El sistema de protección laboral -nuestro Derecho del Trabajo- tiene su primera manifestación vital desde una perspectiva estrictamente vinculada con la libertad de los hombres. Hasta que ella se expresara, el trabajo humano, excepto en manifestaciones excepcionales que se juzgaban elevadas y distinguidas, transitaba vínculos que no incluían el componente del ejercicio de la libre voluntad del prestador (la esclavitud, el vasallaje feudal, los gremios y las corporaciones; en nuestro continente, antes y aún después de la colonización, la mita, la encomienda y el yanaconazgo).

⁸ Reflexión que formó parte de mi “*Global conceptualizations and local constructions of the idea of labour law*”, que constituyó el capítulo 5 de la obra “*The idea of Labour law*”, Davidov and Langille, comps, Oxford University Press, 2011; su versión en español ha sido publicada por *Relaciones Laborales* (Madrid) No. 19 octubre de 2010.

En tan ominoso contexto, el Derecho del Trabajo *encontró su primer espacio de construcción en torno del reconocimiento del carácter voluntario del vínculo que concierne al prestador de sus propios esfuerzos* (el trabajador). En efecto, no se trata sino del *advenimiento del contrato* para servir a este orden de relaciones, como *luminosa manifestación de libertad*.

Es probable, sin embargo, que esa apertura a la libertad podría no haber acaecido - no al menos en ese primer momento- si no hubieran estado presentes al mismo tiempo los recaudos que permitieron asegurar el disciplinamiento de los trabajadores de la industria. Esos recaudos de disciplinamiento no son sino los que facilitan el grado de sujeción requerido por la instalación de la *relación de dependencia o subordinación*, que unánimemente se acepta como ingrediente definitorio del vínculo así constituido. Esa constatación me ha llevado a sostener que el Derecho del Trabajo, de ese modo, parte de esta notable contradicción desde que ese advenimiento del contrato conlleva la convivencia en él del *contrato-libertad* junto al *contrato-sometimiento*.

Esa compleja configuración del contrato indujo al ordenamiento -modernamente, al Derecho del Trabajo- a desplegar una serie de acciones tendentes a imponer ciertos *límites al sometimiento*; límites, por lo tanto, al ejercicio de la libertad de los sujetos que aparecía a un mismo tiempo exaltada y desmentida. De ese modo, *la construcción histórica y elemental del Derecho del Trabajo descansa sobre una fórmula compleja y paradójica: contrato-libertad + contrato sometimiento + normas jurídicas que procuran poner ciertos límites al sometimiento*.

Desde ese punto de partida, el debate laboral histórico se configura como una cuestión de ejercicio de las libertades⁹, *tratando de alcanzar el nivel óptimo de libertad compartida entre el empleador y sus dependientes*. El empleador radica su espacio de libertad en su poder relativo y en el propósito de someterse al mínimo grado posible de restricciones normativas al ejercicio de ese poder; los trabajadores, en tanto, encuentran el goce de su libertad posible en las normas de protección que ponen límites al libre ejercicio de la voluntad de aquél. Si ello es así, reitero, todo el Derecho del Trabajo se vincula íntimamente con la libertad de sus sujetos (*obvio es destacar de este modo esta coincidencia axiológica con la perspectiva declarada del partido en ejercicio del poder en Argentina*); el debate en su torno no tendría otro objeto -se persigue siempre pero no es asequible por definición desde la perspectiva del poder y pretensiones de cada una de las partes¹⁰- de establecer cuál es el *nivel óptimo de libertad compartida*.

⁹ Por ejemplo, el de la flexibilidad laboral, sin duda...

¹⁰ Pero siempre implícito en la pretensión de cada una de las partes.

FIRMA INVITADA

Para alinearse con este esquema, el gobierno debería asegurarse de que la afirmación de la libertad del empleador no se instituya al precio de la denegación de la que deben gozar aquellos que viven de su trabajo y le prestan sus servicios; la extensa norma de la que venimos de dar cuenta de modo harto sumario *no parece haber satisfecho ese equilibrio*.

COMENTARIOS DOCTRINALES

EL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL ENTRA EN LA RECTA FINAL, UNA PRIMERA LECTURA EN CLAVE LABORAL

Por

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

jesus.mercader@uria.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: La Propuesta de Reglamento europeo por la que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) está llamado a tener un fuerte impacto en el mundo del trabajo. El presente trabajo se analizan sus más relevantes contenidos desde esa perspectiva. Particularmente relevante es: la definición del supraconcepto Inteligencia artificial y, en particular, de los modelos fundacionales. Igualmente, se subrayan los principios estructurales en los que se sustenta, la construcción basada en el riesgo y la diferenciación entre sistemas prohibidos y de alto riesgo, o, en fin, las obligaciones que contraen las empresas que implementen estos sistemas, así como el severo régimen sancionador que conlleva el incumplimiento del régimen de garantías previsto.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial; no menoscabo de los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena; sistemas de IA prohibidos, garantías de los sistemas de alto riesgo; transparencia y explicabilidad; empresas como implementadores de los sistemas de Alto riesgo; papel de control de los representantes de los trabajadores.

SUMARIO: I. Un largo proceso de construcción todavía no concluido.- II. La definición jurídica de la Inteligencia Artificial y de los "modelos fundacionales".- III. Principios inspiradores del Reglamento de Inteligencia Artificial y los subprincipios de alfabetización y de no menoscabo de los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena.- IV. El riesgo como pilar central en la construcción del Reglamento. 1. Sistemas de IA prohibidos y sus proyecciones en el ámbito laboral. 2. La señalización laboral de los sistemas de alto riesgo.- V. Garantías frente los sistemas de alto riesgo. 1. La transparencia y explicabilidad algorítmica como principio maestro. 2. Principio de gobernanza de los datos y lucha contra los sesgos. 3. Protección desde el diseño y por defecto. La solidez técnica como requisito clave. 4. Auditorías algorítmicas. 5. Principio de humano al mando.- VI. Las empresas como implementadores de los sistemas de alto riesgo y el papel de control de los representantes de los trabajadores.- VII. El potente régimen sancionador.

THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE REGULATION ENTERS THE FINAL STRETCH, A FIRST READING IN LABOR TERMS

ABSTRACT: The Proposal for a European Regulation establishing harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) is set to have a strong impact on the world of work. This paper analyzes its most relevant contents from that perspective. Particularly relevant is: the definition of the Artificial Intelligence supra-concept and, in particular, of the foundational models. Likewise, the structural principles on which it is based, the risk-based construction and the differentiation between prohibited and high-risk systems, or, finally, the obligations assumed by the companies that implement these systems, as well as the severe sanctioning regime that entails the non-compliance with the foreseen system of guarantees, are underlined.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; no impairment of the rights and interests of employees; al systems prohibited; guarantees of high-risk systems; transparency and explainability; companies as implementers of high-risk systems; monitoring role of workers' representatives.

SUMMARY: I. A long construction process that has not yet been completed.- II. The legal definition of Artificial Intelligence and the "foundational models".- III. Inspiring principles of the Artificial Intelligence Regulation and the subprinciples of literacy and the non-impairment of the rights and interests of employees.- IV. Risk as a central pillar in the construction of the Regulation. 1. Prohibited AI systems and their projections in the workplace. 2. Labor signaling of high-risk systems.- V. Safeguards against high-risk systems. 1. Transparency and algorithmic explainability as a master principle. 2. Principle of data governance and the fight against biases. 3. Protection by design and by default. Technical soundness as a key requirement. 4. Algorithmic audits. 5. Human-in-command principle.- VI. Companies as implementers of high-risk systems and the control role of workers' representatives.- VII. The powerful sanctioning regime.

I. UN LARGO PROCESO DE CONSTRUCCIÓN TODAVÍA NO CONCLUIDO

Los recientes progresos en el ámbito de los algoritmos, la proliferación de conjuntos de datos digitales y las mejoras en cuanto al procesamiento, incluidos los aumentos de su potencia, los tiempos logarítmicos de ejecución y, por qué no decirlo, la disminución de los precios, se han unido para dar vida a una nueva clase de tecnología. La lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones irradia sus efectos en múltiples campos del actuar humano y, como no podía ser de otro modo, también en el laboral. Aquí, es la empresa la que, hasta el momento, ha incorporado su uso hasta el punto de que parece que el empresario está dispuesto a delegar o, si se prefiere, a descentralizar parte de sus poderes tradicionales trasladando un importante número de decisiones a la presunta objetividad y plena fiabilidad que proporciona el recurso al Big Data y, por extensión, a la Inteligencia Artificial (IA). Y ello en la medida en que su uso actual se proyecta sobre prácticamente la totalidad de las facetas que componen su autonomía organizativa, recorriendo transversalmente la libertad de actuación empresarial, abarcando desde la selección de trabajadores hasta la forma y modo de ejercicio del poder de dirección, incluyendo las decisiones empresariales de despedir ¹.

La Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial (PRIA) es una propuesta legislativa presentada por la Comisión Europea en abril de 2021 que tiene por objeto

¹ De estas y otras muchas cuestiones vinculadas con este conjunto de transformaciones, me he ocupado recientemente en mi monografía, J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

establecer un marco regulatorio para el desarrollo y uso de la inteligencia artificial en la Unión Europea (UE). En diciembre de 2022 se presentó la orientación general del Consejo sobre la propuesta de referencia, aprobada por el Consejo de Transporte, Telecomunicaciones y Energía en su sesión de 6 de diciembre de 2022, que estableció la posición provisional del Consejo sobre esta propuesta y constituyó la base para los preparativos de las negociaciones con el Parlamento Europeo. El 11 de mayo de 2023 la Comisión de Mercado Interior y la Comisión de Libertades Civiles adoptó un proyecto de mandato de negociación sobre dichas normas que dio luz verde para que la norma se pudiera adoptar por el Parlamento Europeo. Tras esa aprobación ocurrida el 14 junio de 2023, la Propuesta entró ya en la última etapa del proceso legislativo, que comporta el inicio de las negociaciones con el Consejo y la Comisión de la UE. El 8 de diciembre de 2023, el Consejo de la Unión Europea, liderado por la presidencia española, y el Parlamento Europeo llegaron a un acuerdo provisional sobre el texto final del Reglamento de la IA.

Una vez culminadas las reuniones tripartitas entre Consejo, Parlamento y Comisión Europea, es el turno de los técnicos. Claro que en lo técnico también hay política, y en la recta final de las negociaciones en torno al texto regulatorio ya se vio a finales del año pasado como algunos países se descolgaban de algunos principios del reglamento, como Italia, Francia o Alemania. Aunque la Presidencia Española del Consejo logró desbloquear el acuerdo, el 2 de febrero de 2024 el Consejo de Representantes Permanentes de la Unión Europea celebraba una votación más sobre la norma. Lo que se ha votado es la posición final del Consejo, antes de que el documento vuelva al Parlamento Europeo para que la cámara lo refrende y, esta vez sí, el Reglamento de la IA ya sea una realidad. De momento, sigue siendo, lo dicho, una Propuesta. En cualquier caso, aunque la norma se está haciendo esperar, su extraordinaria relevancia hará de ella, cuando finalmente aparezca, una referencia esencial para la comprensión y desarrollo del cambio tecnológico futuro.

II. LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DE LOS “MODELOS FUNDACIONALES”

Un primer avance en el terreno jurídico que incorpora el PRIA es la definición de “sistema de inteligencia artificial”. Una noción que se alinea definitivamente con la propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en mayo de 2019, y que ahora aparece, por primera vez, definida en una norma. Se entiende por “sistema de inteligencia artificial (sistema de IA)” a “*un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con 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”.

Como señala el Considerando (6) del PRIA, resultaba “necesario definir con claridad la noción de sistema de IA en el presente Reglamento y armonizarla estrechamente con el trabajo de las organizaciones internacionales que trabajan en el ámbito de la inteligencia artificial para ofrecer seguridad jurídica, armonización y una amplia aceptación, al mismo tiempo que se proporciona la flexibilidad necesaria para adaptarse a los rápidos avances tecnológicos en este campo”. Y es que, como puntualiza también el Considerando (71) del PRIA, “la inteligencia artificial es una familia de tecnologías de rápida evolución que requiere vigilancia regulatoria y un espacio seguro y controlado para la experimentación, así como que se garantice la innovación responsable y la integración de salvaguardias éticas y medidas de reducción del riesgo adecuadas”.

Con todo, el citado Considerando (6) del PRIA puede ser un buen instrumento de interpretación del alcance que ha querido dar la norma comunitaria al citado concepto, al concretar que:

“(…) el término «basado en máquinas» se refiere al hecho de que todo sistema de IA funciona con máquinas. La referencia a objetivos explícitos o implícitos subraya que los sistemas de IA pueden operar con arreglo a objetivos explícitos definidos por el ser humano o a objetivos implícitos. Los objetivos del sistema de IA pueden ser diferentes de la finalidad prevista del sistema de IA en un contexto específico. La referencia a las predicciones incluye el contenido, que en el presente Reglamento se considera una forma de predicción en tanto una posible información de salida producida por un sistema de IA. A efectos del presente Reglamento, los entornos deben entenderse como los contextos en los que operan los sistemas de IA, mientras que la información de salida generada por el sistema de IA, es decir, las predicciones, recomendaciones o decisiones, responden a los objetivos del sistema, sobre la base de las entradas de dicho entorno. Dicha información de salida influye a su vez en el entorno, por el simple hecho de introducir nueva información en él”.

Especial importancia tiene la incorporación de la definición de “modelo fundacional” (a los que pertenecen BERT (Bidirectional Encoder Representations from Transformers), GPT (Generative Pre-trained Transformer). El popular chatbot ChatGPT está basado en GPT-3.5. Y GPT-4, la versión más reciente, se lanzó a finales de 2022, Claude, Stable

Diffusion)². La inteligencia artificial generativa (IAG) utiliza técnicas avanzadas de aprendizaje automático, especialmente las redes neuronales artificiales, para aprender de los datos y producir contenidos que sean realistas, coherentes y variados. El PRIA viene también a definir jurídicamente estos sistemas y lo hace entendiendo por tal “*un modelo de sistema de IA entrenado con un gran volumen de datos, diseñado para producir información de salida de carácter general y capaz de adaptarse a una amplia variedad de tareas diferentes*”. Como aclara el Considerando (60 sexies) del PRIA:

“Los modelos fundacionales son un avance reciente en el que se desarrollan modelos de IA a partir de algoritmos diseñados para optimizar la generalidad y versatilidad de la información de salida. A menudo, estos modelos se entrenan con un amplio abanico de fuentes de datos y grandes volúmenes de datos a fin de llevar a cabo una extensa gama de tareas posteriores, incluidas algunas para las que no han sido desarrollados y entrenados específicamente. El modelo fundacional puede ser unimodal o multimodal, y entrenarse con diferentes métodos como el aprendizaje supervisado o el aprendizaje reforzado. Los sistemas de IA con una finalidad prevista específica o los sistemas de IA de uso general pueden constituir aplicaciones concretas de un modelo fundacional, lo que significa que cada modelo fundacional puede reutilizarse en innumerables sistemas de IA de etapas posteriores o sistemas de IA de uso general. Estos modelos tienen una importancia cada vez mayor para numerosas aplicaciones y sistemas de etapas posteriores”.

III. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS SUBPRINCIPIOS DE ALFABETIZACIÓN Y DE NO MENOSCABO DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA

Novedad muy significativa es la tipificación de seis principios estructurales aplicables a todos los sistemas de IA regulados en la norma. Como subraya el Considerando (9 bis) del PRIA, estos sistemas “deben hacer todo lo posible para respetar los principios generales que establecen un marco de alto nivel que promueva un enfoque coherente

² Por ejemplo, BERT, uno de los primeros modelos fundacionales bidireccionales, se lanzó en 2018. Se entrenó con 340 millones de parámetros y un conjunto de datos de entrenamiento de 16 GB. En 2023, solo cinco años después, OpenAI entrenó el GPT-4 mediante la utilización de 170 billones de parámetros y un conjunto de datos de entrenamiento de 45 GB. Según OpenAI, la potencia de cómputo requerida para el modelado fundacional se ha duplicado cada 3,4 meses desde 2012. Los modelos fundacionales actuales, como los modelos de lenguaje de gran tamaño (LLM) Claude 2 y Llama 2, y el modelo de conversión de texto a imagen Stable Diffusion de Stability AI, pueden realizar una serie de tareas listas para usar que abarcan múltiples dominios, como escribir publicaciones de blog, generar imágenes, resolver problemas matemáticos, entablar diálogos y responder preguntas basadas en un documento.

centrado en el ser humano con respecto a una IA ética y fiable, en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y los valores en los que se fundamenta la Unión, como la protección de los derechos fundamentales, la intervención y vigilancia humanas, la solidez técnica y la seguridad, la privacidad y la gobernanza de datos, la transparencia, la no discriminación y la equidad y el bienestar social y medioambiental”.

De este modo, el PRIA establece que “todos los operadores que entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento se esforzarán al máximo por desarrollar y utilizar los sistemas de IA o modelos fundacionales con arreglo a los siguientes principios generales que establecen un marco de alto nivel para promover un enfoque europeo coherente centrado en el ser humano con respecto a una inteligencia artificial ética y fiable, que esté plenamente en consonancia con la Carta, así como con los valores en los que se fundamenta la Unión:

a) «Intervención y vigilancia humanas»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán como una herramienta al servicio de las personas, que respete la dignidad humana y la autonomía personal, y que funcione de manera que pueda ser controlada y vigilada adecuadamente por seres humanos.

b) «Solidez y seguridad técnicas»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán de manera que se minimicen los daños imprevistos e inesperados, así como para que sean sólidos en caso de problemas imprevistos y resistentes a los intentos de modificar el uso o el rendimiento del sistema de IA para permitir una utilización ilícita por parte de terceros malintencionados.

c) «Privacidad y gobernanza de datos»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán de conformidad con las normas vigentes en materia de privacidad y protección de datos, y tratarán datos que cumplan normas estrictas en términos de calidad e integridad.

d) «Transparencia»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán facilitando una trazabilidad y explicabilidad adecuadas, haciendo que las personas sean conscientes de que se comunican o interactúan con un sistema de IA, informando debidamente a los usuarios sobre las capacidades y limitaciones de dicho sistema de IA e informando a las personas afectadas de sus derechos.

e) «Diversidad, no discriminación y equidad»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán incluyendo a diversos agentes y promoviendo la igualdad de acceso, la igualdad de género y la diversidad cultural, evitando al mismo tiempo los efectos discriminatorios y los sesgos injustos prohibidos por el Derecho

nacional o de la Unión.

f) «Bienestar social y medioambiental»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán de manera sostenible y respetuosa con el medio ambiente, así como en beneficio de todos los seres humanos, al tiempo que se supervisan y evalúan los efectos a largo plazo en las personas, la sociedad y la democracia.

Aunque ni aparece concretado en la lista de principios recién enunciada, el PRIA otorga especial importancia a lo que denomina “alfabetización”. Su Considerando (9 ter) ayuda a su comprensión al indicar que:

“la alfabetización en materia de IA se refiere a las capacidades, los conocimientos y la comprensión que permiten a los proveedores, usuarios y demás personas afectadas, teniendo en cuenta sus respectivos derechos y obligaciones en el contexto del presente Reglamento, realizar un despliegue informado de los sistemas de IA y comprender las oportunidades y los riesgos que la inteligencia artificial plantea, así como el daño que puede causar, y de este modo promover su control democrático”. Y, añade, “la alfabetización en materia de IA no debe limitarse al aprendizaje sobre herramientas y tecnologías, sino que también debe aspirar a dotar a los proveedores y usuarios de los conceptos y capacidades necesarios para garantizar el cumplimiento y la aplicación del presente Reglamento”.

De igual modo, cabe extraer, con expresa proyección en lo laboral, lo que cabría calificar como el principio de no menoscabo de los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena y que concreta, en la actual redacción, el artículo 2.5 quater del PRIA y que queda enunciado del siguiente modo: *“El presente Reglamento 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”*.

Y es que como viene a aclarar el Considerando (2 quinquies):

“(…) de conformidad con el artículo 114, apartado 2, del TFUE, el presente Reglamento complementa y no debe menoscabar los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. El presente Reglamento no debe afectar al Derecho de la Unión en materia de política social ni a la legislación y las prácticas laborales nacionales, es decir, a cualquier disposición legal y contractual relativa a las condiciones de empleo, las condiciones de trabajo, incluidas la salud y la

seguridad en el trabajo y las relaciones entre empresarios y trabajadores, en particular la información, la consulta y la participación. El presente Reglamento no debe afectar en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluido el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco debe afectar a las prácticas concertadas, al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales. En ningún caso debe impedir que la Comisión proponga una legislación específica sobre los derechos y libertades de los trabajadores afectados por los sistemas de IA”.

IV. EL RIESGO COMO PILAR CENTRAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL REGLAMENTO

El riesgo es la dinámica que impulsa el desarrollo de una sociedad empeñada en el cambio y que dirige sus actuaciones hacia la determinación de su propio futuro, en la que se rechaza la posibilidad de que el mismo quede en manos de la religión, la tradición o los caprichos de la naturaleza. La opción ínsita en tal realidad se produce entre el bloqueo y la parálisis o la necesidad de asumir constantes riesgos que se aceptan en virtud de un tácito y difuso consenso en el que, de forma más o menos consciente, se ponderan los riesgos que genera una actividad y las necesidades que con ella se superan. Dentro de una opción deliberada, cada sociedad asume, en relación con su momento histórico, una cierta dosis de riesgo.

El desarrollo tecnológico y el maquinismo han generado multitud de riesgos con los que cotidianamente vivimos. La novedad que, sin embargo, se registra en la actual sociedad de riesgo, y que decisivamente la caracteriza, es que el riesgo excede el marco de la responsabilidad y su genuina funcionalidad reparadora para convertirse en un problema de Estado y, por ende, de responsabilidad política que reclama la decidida intervención de los poderes públicos, y no con una orientación reparadora, sino de prevención, reducción y, en lo posible, eliminación de riesgos. A medida que la sociedad se va complicando tecnológicamente, se convierte de forma progresiva en una sociedad de riesgo ³.

³ BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998, *passim*.

El riesgo está asociado de manera inescindible a los cambios que lleva consigo la incorporación de los nuevos sistemas de Inteligencia Artificial (IA). Así lo pone de manifiesto la PRIA que articula su regulación, precisamente, sobre la idea de “riesgo”, definiendo, por tal, *“la combinación de la probabilidad de que se produzca un daño y la gravedad de dicho daño”*. El Reglamento establece una jerarquía de riesgos en función del uso de la IA y sobre las categorías detectadas, establece una serie de obligaciones. Como señala el Considerando (14) del PRIA sobre esta base y “con el fin de introducir un conjunto proporcionado y eficaz de normas vinculantes para los sistemas de IA, es preciso aplicar un enfoque basado en los riesgos claramente definido, que adapte el tipo de las normas y su contenido a la intensidad y el alcance de los riesgos que puedan generar los sistemas de IA en cuestión. Por consiguiente, es necesario prohibir determinadas prácticas de inteligencia artificial inaceptables, definir los requisitos que deben cumplir los sistemas de IA de alto riesgo y las obligaciones aplicables a los operadores pertinentes, e imponer obligaciones de transparencia a determinados sistemas de IA”.

1. Sistemas de IA prohibidos y sus proyecciones en el ámbito laboral

La lista de prácticas prohibidas abarca todos los sistemas de IA cuyo uso se considera inaceptable por ser contrario a los valores de la Unión, por ejemplo, porque violan derechos fundamentales. Las prohibiciones engloban aquellas prácticas que tienen un gran potencial para manipular a las personas mediante técnicas subliminales que trasciendan su consciencia o que aprovechan las vulnerabilidades de grupos vulnerables concretos, como los menores o las personas con discapacidad, para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que es probable que les provoque perjuicios físicos o psicológicos a ellos o a otras personas. Y es que, como completa el Considerando (15), “al margen de los múltiples usos beneficiosos de la inteligencia artificial, dicha tecnología también puede utilizarse indebidamente y proporcionar nuevas y poderosas herramientas para llevar a cabo prácticas de manipulación, explotación y control social. Dichas prácticas son sumamente perjudiciales y abusivas y deben estar prohibidas, pues van en contra de los valores de la Unión de respeto de la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia y Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que reconoce la UE, como el derecho a la no discriminación, la protección de datos y la privacidad, y los derechos del niño”.

Clara es la formulación del Considerando (16 bis) del PRIA al señalar que:

“Los sistemas de IA que clasifican a las personas físicas asignándolas a categorías específicas, en función de ciertas características sensibles o

protegidas, ya sean conocidas o inferidas, son especialmente intrusivos, vulneran la dignidad humana y presentan un gran riesgo de discriminación. Dichas características comprenden el género y la identidad de género, la raza, el origen étnico, la condición de migrante o ciudadanía, la orientación política, la orientación sexual, la religión, la discapacidad o cualquier otro motivo por el que la discriminación esté prohibida en virtud del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, así como en virtud del artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/769. Por lo tanto, dichos sistemas deben prohibirse”.

En el terreno laboral quedan directamente proscritos los sistemas de reconocimiento de emociones. El PRIA expresamente prohíbe “*la introducción el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los ámbitos de la aplicación de la ley y la gestión de fronteras, en lugares de trabajo y en centros educativos*”⁴. Las razones de tal exclusión se explican en el Considerando (26 quater), de acuerdo con el cual:

“Existe una gran preocupación respecto a la base científica de los sistemas de IA que procuran detectar las emociones, los rasgos físicos o psicológicos, como las expresiones faciales, los movimientos, la frecuencia cardíaca o la voz (...) Algunas de las deficiencias principales de estas tecnologías son la fiabilidad limitada (las categorías de emociones no se expresan de forma coherente a través de un conjunto común de movimientos físicos o psicológicos ni se asocian de forma inequívoca a estos), la falta de especificidad (las expresiones físicas o psicológicas no se corresponden totalmente con las categorías de emociones) y la limitada posibilidad de generalizar (los efectos del contexto y la cultura no se tienen debidamente en cuenta). Los problemas de fiabilidad y, por consiguiente, los principales riesgos de abuso, pueden surgir especialmente cuando se implanta el sistema en situaciones de la vida real relacionadas con la aplicación de la ley, la gestión de fronteras, el lugar de trabajo y las instituciones educativas. Por tanto, debe prohibirse la introducción en el mercado, la puesta en servicio y el uso de sistemas de IA diseñados para utilizarse en dichos contextos a fin de detectar el estado emocional de las personas físicas”.

También poseen un efecto reflejo sobre lo laboral los usos inquietantes por parte de la Administración de la vigilancia predictiva que consiste en utilizar los sistemas de IA

⁴ Ampliamente se ha ocupado de este tema, MUÑOZ RUIZ, A.B. en la obra que tuvo el placer de prologar: “*Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: implicaciones jurídico laborales*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

para tratar de determinar el riesgo de que determinadas personas cometan infracciones o reincidan en su comisión, o para predecir su comisión o reiteración. Los riesgos de esta policía predictiva al estilo del programa Pre Crimen de la conocida película “Minority Report” son evidentes. De este modo, quedan prohibidos expresamente por el PRIA: *“La puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA para llevar a cabo evaluaciones de riesgo de personas físicas o grupos de personas físicas con el objetivo de determinar el riesgo de que estas personas cometan infracciones o reincidan en su comisión, o para predecir la comisión o reiteración de una infracción administrativa real o potencial”*.

2. La señalización laboral de los sistemas de alto riesgo

La referida propuesta contiene normas específicas para aquellos sistemas de IA de “alto riesgo” (art. 6.1 y 2 por relación con lo establecido en el Anexo III). Construyendo una definición que se orienta, como expresa el Considerando (31), hacia aquellos sistemas de IA que “tengan consecuencias perjudiciales importantes para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas de la Unión, y dicha limitación reduce al mínimo cualquier posible restricción del comercio internacional, si la hubiera”. Lo laboral ocupa, como veremos, un papel protagonista en este espacio de elevada tutela frente a los altos niveles de riesgo.

Clarificador es el Considerando (28 bis) del PRIA al señalar que:

“(…) a la hora de clasificar un sistema de IA como de alto riesgo resulta particularmente pertinente atender a la magnitud de las consecuencias adversas de dicho sistema de IA para los derechos fundamentales protegidos por la Carta. Entre dichos derechos se incluyen el derecho a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, la no discriminación, el derecho a la educación, la protección de los consumidores, los derechos de los trabajadores, los derechos de las personas discapacitadas, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de propiedad intelectual, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, los derechos de la defensa y la presunción de inocencia, y el derecho a una buena administración”.

Todo ello lleva a la necesidad de que la introducción en el mercado o la puesta en servicio o utilización de sistemas de IA de alto riesgo en la Unión debe supeditarse, como explica el Considerando (27) del PRIA:

“(…) al cumplimiento por su parte de determinados requisitos obligatorios, los cuales deben garantizar que los sistemas de IA de alto riesgo disponibles en la

Unión o cuya información de salida se utilice en la Unión no entrañen riesgos inaceptables para intereses públicos importantes de la UE, reconocidos y protegidos por el Derecho de la Unión, incluidos los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de Derecho y el medio ambiente (...) Habida cuenta del rápido ritmo del desarrollo tecnológico, así como de los posibles cambios en el uso de los sistemas de IA, la lista de ámbitos y casos de uso de alto riesgo que figura en el anexo III debe someterse, no obstante, a una revisión permanente mediante el ejercicio de evaluaciones periódicas”.

El Considerando (36) justifica dicha inclusión sobre la base de que los mismos:

“También deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, sobre todo para la contratación y la selección de personal, para la toma de decisiones o que influyen sustancialmente en las decisiones relativas a la iniciación, la promoción y la rescisión de contratos y para la asignación personalizada de tareas basada en el comportamiento individual, los rasgos personales o los datos biométricos y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas y a los derechos laborales. Las relaciones contractuales de índole laboral deben implicar de manera significativa a los empleados y las personas que prestan servicios a través de plataformas, como indica el Programa de trabajo de la Comisión para 2021. Dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden socavar la esencia de sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la privacidad. El presente Reglamento se aplica sin perjuicio de las competencias de la Unión y de los Estados miembros para proporcionar normas más específicas para el uso de sistemas de IA en el contexto laboral”.

La lectura del art. 6.2 en relación con el Anexo III de PRIA ratifica de modo concluyente la referida proyección a nuestro campo. Dicho Anexo III incorpora entre los sistemas de IA de alto riesgo los que afecten al “*empleo, gestión de los trabajadores y*

acceso al autoempleo” y, en concreto, “b) sistemas de IA destinados a utilizarse para tomar decisiones o influir sustancialmente en ellas que afecten a la iniciación, promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas basada en la conducta individual o en rasgos o características personales, o al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones”.

La arquitectura de la privacidad se está transformando radicalmente en nuestros días. Los algoritmos y la Inteligencia Artificial (IA) se están convirtiendo en instrumentos en los que la empresa post-material delega funciones centrales de su poder. Por el momento son las grandes empresas las que implementan estos modelos, pero es cuestión de tiempo que los mismos se expandan a las pequeñas y medianas. Su uso se está generalizando y va desde los procesos de selección hasta las múltiples formas de ejercicio de las facultades de dirección y control, llegando, incluso, a las propias decisiones extintivas. En algún trabajo he calificado este proceso como la “gran delegación empresarial”⁵.

V. GARANTÍAS FRENTE LOS SISTEMAS DE ALTO RIESGO

Como explica Ferrajoli, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales”. Por ello, continúa, “reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela y satisfacción ha sido previstas”. En todo caso, “el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia de tales vínculos”⁶. Los sistemas de alto riesgo deben cumplir con una serie de requisitos:

1. La transparencia y explicabilidad algorítmica como principio maestro

La IA puede suponer un cambio de paradigma que se centra en el abandono de la causalidad como criterio central y su sustitución por la correlación, una transformación tan relevante que puede generar dificultades en la explicabilidad de las decisiones que se tomen basadas en algoritmos de Big Data. La explicabilidad es una característica

⁵ Me remito a este trabajo en el que me ocupé del tema ampliamente, “En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2022, nº 100, (Ejemplar dedicado a: Inteligencia artificial y derecho), pp.136-145.

⁶ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25.

activa del modelo que se refiere a la capacidad de generar una explicación sobre el comportamiento del modelo a partir de los datos utilizados, de los resultados obtenidos y del proceso completo de la toma de decisión en función de la audiencia o perfil de los destinatarios a los que se dirige la explicación.

En esta línea se viene insistiendo desde que, en 2019, la OCDE publicó sus “Principios sobre Inteligencia artificial” con el objetivo de promover una inteligencia artificial innovadora y que genere confianza, y que respete los derechos humanos y los valores democráticos. El libro blanco de la Comisión sobre Inteligencia Artificial, prelude de la futura propuesta legislativa europea sobre el particular, identifica criterios para determinar qué usos de la inteligencia artificial pueden representar un riesgo importante para el ser humano, para evaluarlo y mitigarlo. La propuesta de Reglamento para garantizar la equidad en la asignación de valor en toda la economía de datos (Data Act) de la Comisión, vendrá a establecer que siempre que un titular de datos esté legalmente obligado a proporcionar datos a un tercero dicha información se realizará en términos justos, razonables y no discriminatorios y de manera transparente.

Y es que, como precisa, el Considerando (46) del PRIA:

“para verificar si los sistemas de IA de alto riesgo cumplen los requisitos previstos en el presente Reglamento, resulta esencial disponer de información comprensible sobre el modo en que se han desarrollado y sobre su funcionamiento durante toda su vida útil. A tal fin, es preciso llevar registros y disponer de documentación técnica que contenga la información necesaria para evaluar si el sistema de IA en cuestión cumple los requisitos pertinentes. Dicha información debe incluir, en particular, las características, capacidades y limitaciones generales del sistema; los algoritmos; los datos; los procesos de entrenamiento, prueba y validación empleados, y documentación sobre el sistema de gestión de riesgos pertinente. La documentación técnica debe mantenerse adecuadamente actualizada a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema de IA”

A lo que se añade que, como precisa el Considerando (47 bis):

“Dichos requisitos en materia de transparencia y de explicabilidad de la toma de decisiones por la IA también deben ayudar a contrarrestar los efectos disuasorios de la asimetría digital y los llamados «patrones oscuros», dirigidos contra las personas y su consentimiento informado”.

El art. 13 de la PRIA, apunta en esta dirección al señalar que los sistemas deberán estar diseñados de forma que los *usuarios interpreten y usen correctamente la información suministrada por el sistema*; además, deberán ir acompañados de unas

instrucciones de uso concisas, correctas, completas y claras. En concreto, precisa, los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que se garantice que funcionan con “nivel de transparencia suficiente para que los proveedores y usuarios entiendan razonablemente el funcionamiento del sistema”. En este sentido, deberán garantizar un tipo y un nivel de transparencia adecuados para que el usuario y el proveedor cumplan las obligaciones oportunas previstas normativamente.

Por otra parte, los sistemas de IA de alto riesgo irán acompañados de las instrucciones de uso correspondientes en un formato digital o de otro tipo adecuado, las cuales incluirán información concisa, completa, correcta y clara que sea pertinente, accesible y comprensible para los usuarios. Esa información especificará, entre otras cosas, (i) la identidad y los datos de contacto del proveedor y, en su caso, de sus representantes autorizados; (ii) las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo, y en particular, el grado en que el sistema de IA pueda ofrecer una explicación de las decisiones que adopte; así como su funcionamiento en relación con las personas o los grupos de personas en relación con los que se pretenda utilizar el sistema; (iii) los cambios en el sistema de IA de alto riesgo y su funcionamiento predeterminado por el proveedor en el momento de efectuar la evaluación de la conformidad inicial, en su caso; (iv) las medidas de vigilancia humana a que se hace referencia en el artículo 14 de la PRIA, incluidas las medidas técnicas establecidas para facilitar la interpretación de la información de salida de los sistemas de IA por parte de los usuarios; o, en fin, (v) la vida útil prevista del sistema de IA de alto riesgo, así como las medidas de mantenimiento y cuidado necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de dicho sistema, también en lo que respecta a la actualización del software, durante toda su vida útil prevista. Particularmente relevante es el establecimiento de una exigencia complementaria a todas las anteriores relativa al hecho de que “los proveedores y los usuarios garantizarán un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA”.

2. Principio de gobernanza de los datos y lucha contra los sesgos

El gobierno de los datos constituye un principio medular en la gestión y control de los sistemas de IA. Como señala el Considerando (44) de la PRIA:

“El acceso a datos de alta calidad es esencial a la hora de proporcionar una estructura y garantizar el funcionamiento de muchos sistemas de IA, en especial cuando se emplean técnicas que implican el entrenamiento de modelos, con vistas a garantizar que el sistema de IA de alto riesgo funciona del modo previsto y en condiciones de seguridad y no se convierte en una fuente de alguno de los tipos

de discriminación prohibidos por el Derecho de la Unión. Es preciso instaurar prácticas adecuadas de gestión y gobernanza de datos para lograr que los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba sean de buena calidad.”.

Aunque en el desarrollo y entrenamiento de los procesos desarrollados por sistemas de IA no será necesario el tratamiento de datos personales al utilizarse, normalmente, datos anonimizados ⁷, lo cierto es que la inseguridad que proporcionan estos sistemas y, de forma más relevante, el hecho de que se proyecten en un terreno que, como el laboral, resulta especialmente sensible a los peligros derivados del tratamiento de datos (dada su perdurabilidad, su carácter personal, la diversidad de escenarios para los que pueden ser relevantes; y, en fin, el elevado número de personas trabajadoras que quedan afectadas), imponen controles de calidad muy severos sobre su tratamiento.

Especialmente importantes son, por ello, las exigencias derivadas del principio de minimización, que obligan a escoger aquella tecnología que resulte menos intrusiva desde el punto de vista de la protección de datos. El art. 5.1 c) RGPD establece con carácter general que los datos deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Una exigencia que cobra especial importancia en el terreno de los tratamientos automatizados porque, como pone de manifiesto el WP251, Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo del Grupo del artículo 29 de la Directiva 95/46, “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 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”.

La calidad de los datos a través de los cuáles se entrenan los algoritmos resulta, por todo ello, esencial en la medida en que dicha depuración evitará la existencia de sesgos selectivos. Sobre esta base, el art. 10.3 del PRIA la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial viene a precisar que “*los conjuntos de datos de entrenamiento,*

⁷ Tal y como señala el Considerando (26) RGPD: “(...) los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación”.

validación y prueba deben ser lo suficientemente pertinentes y representativos, carecer de errores y ser completos en vista de la finalidad prevista del sistema". Asimismo, deberán tener las propiedades estadísticas adecuadas, también en lo que respecta a las personas o los grupos de personas en las que en un principio se usará el sistema de IA de alto riesgo. En concreto, concluye el apartado 4 del citado 10 que: "los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba tendrán en cuenta, en la medida necesaria 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 IA de alto riesgo". Se admite, la posibilidad de tratar categorías especiales de datos personales (art. 9.1 RGPD] "ofreciendo siempre las salvaguardias adecuadas para los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas, lo que incluye establecer limitaciones técnicas a la reutilización y la utilización de las medidas de seguridad y protección de la privacidad más recientes, tales como la seudonimización o el cifrado, cuando la anonimización pueda afectar significativamente al objetivo perseguido".

Con todo, la normativa es especialmente sensible a los posibles sesgos que incorporen los datos objeto de tratamiento. Así lo subraya el Considerando (44) del PRIA:

"Asimismo, [los datos] deben tener las propiedades estadísticas adecuadas, también en lo que respecta a las personas o los grupos de personas en relación con las que en un principio se usará el sistema de IA de alto riesgo, prestando especial atención a la mitigación de los posibles sesgos en los conjuntos de datos, que podrían poner en riesgo los derechos fundamentales o dar lugar a resultados discriminatorios para las personas afectadas por el sistema de IA de alto riesgo. Los sesgos, por ejemplo, pueden ser inherentes a los conjuntos de datos subyacentes, especialmente cuando se utilizan datos históricos, introducidos por los desarrolladores de los algoritmos o generados cuando los sistemas se aplican en entornos del mundo real. Los resultados de los sistemas de IA dependen de los sesgos inherentes que tienden a aumentar gradualmente y, por tanto, perpetúan y amplifican la discriminación existente, en particular con respecto a las personas pertenecientes a determinados grupos vulnerables o étnicos o comunidades racializadas. (...)".

Sobre esta base el texto de PRIA incorpora diversos mandatos en esta dirección. Así el artículo 10.2 señala que: "Los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba se someterán a una gobernanza adecuada al contexto del uso, así como a la finalidad prevista del sistema de IA. Dichas medidas se centrarán, en particular, en:" f) el examen atendiendo a posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de

las personas, afectar negativamente a los derechos fundamentales o dar lugar a una discriminación prohibida por el Derecho de la Unión, especialmente cuando los datos de salida influyan en los datos de entrada en futuras operaciones («bucle de retroalimentación») y medidas adecuadas para detectar, prevenir y mitigar posibles sesgos”.

Añade el apartado 5 del referido artículo 10 que, “en la medida en que sea estrictamente necesario para garantizar la detección y la corrección de los sesgos negativos asociados a los sistemas de IA de alto riesgo, los proveedores de dichos sistemas podrán tratar excepcionalmente las categorías especiales de datos personales que se mencionan en el artículo 9, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679; el artículo 10 de la Directiva (UE) 2016/680, y el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1725, ofreciendo siempre las salvaguardias adecuadas para los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas, lo que incluye establecer limitaciones técnicas a la reutilización y la utilización de las medidas de seguridad y protección de la privacidad más recientes. En particular, se aplicarán todas las condiciones siguientes para que se produzca este tratamiento, precisando, entre otras medidas, que: “a) el tratamiento de datos sintéticos o anonimizados no permita alcanzar eficazmente la detección y corrección de sesgos”; o que “e) los datos personales tratados a efectos del presente apartado se protejan por medio de las medidas técnicas y organizativas adecuadas y se eliminen una vez se ha corregido el sesgo o cuando los datos personales lleguen al final de su período de conservación”.

Conviene recordar que los datos sintéticos son datos generados artificialmente. Los datos sintéticos se crean de forma algorítmica y se utilizan como soporte para los conjuntos y pruebas y producción de datos, para validar modelos matemáticos y cada vez más, para entrenar modelos de aprendizaje automático. Estos datos algorítmicos nacen “a partir de un conjunto de datos que queremos proteger pero que necesitamos compartir con terceros, generar un nuevo conjunto de datos que conserva las características informacionales del conjunto origen pero que no permite recomponer los datos originales a partir de los creados artificialmente”⁸.

3. Protección desde el diseño y por defecto. La solidez técnica como requisito clave

La aproximación basada en el riesgo constituye un principio medular del sistema de garantías aplicable a la protección de datos en el RGPD y se articula a través de

⁸ <https://manueldelgado.com/que-son-los-datos-sinteticos/>. También, <https://www.ciospain.es/big-data/que-son-los-datos-sinteticos-datos-generados-para-ayudar-a-tu-estrategia-de-ia>

diversas instituciones vinculadas a la misma. De manera singular, el art. 25 RGPD bajo el epígrafe ‘Protección de datos desde el diseño y por defecto’, incorpora a la normativa de protección de datos la práctica de considerar los requisitos de privacidad desde las primeras etapas del diseño de productos y servicios ⁹.

El Considerando (45 bis) del RIA viene a subrayar esta idea:

“El derecho a la privacidad y a la protección de datos personales debe garantizarse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema de IA. A este respecto, los principios de minimización de datos y de protección de datos desde el diseño y por defecto, tal como se establecen en la legislación de la Unión en materia de protección de datos, son esenciales cuando el tratamiento de datos entraña riesgos significativos para los derechos fundamentales de las personas. Los proveedores y los usuarios de sistemas de IA deben aplicar medidas técnicas y organizativas conforme al estado de la técnica al objeto de proteger esos derechos. Dichas medidas deben incluir no solo la anonimización y el cifrado, sino también el uso de una tecnología cada vez más disponible que permite introducir algoritmos en los datos y obtener información valiosa sin la transmisión entre las partes ni la copia innecesaria de los propios datos en bruto o estructurados”.

La PRIA incorpora nuevas ideas y dimensiones de las inicialmente proyectadas por el RGPD. Así, su artículo 11.1 establece una garantía que posee un claro aire de familia con los sistemas de protección desde el diseño y por defecto, al establecer que “la documentación técnica de un sistema de IA de alto riesgo se preparará antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, y se mantendrá actualizada”. Esta documentación, se añade, se redactará de modo que demuestre que el sistema de IA de alto riesgo cumple los requisitos establecidos normativamente y proporcionará a las autoridades nacionales competentes y los organismos notificados toda la información que necesiten para evaluar si el sistema de IA de que se trate cumple con dichas exigencias.

Un factor ligado al anterior es la solidez técnica de estos sistemas. Como concreta el Considerando (50) de la RIA:

“La solidez técnica es un requisito clave para los sistemas de IA de alto riesgo, que deben ser resilientes a los riesgos asociados a las limitaciones del sistema (p. ej., errores, fallos, incoherencias o situaciones inesperadas), así como a acciones

⁹ Nos remitimos para la definición de su alcance a AEPD, *Guía de Privacidad desde el Diseño*, Madrid, AEPD, 2019. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/guia-privacidad-desde-diseno.pdf> y por defecto <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-10/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf>

maliciosas que pueden poner en peligro su seguridad y dar lugar a conductas perjudiciales o indeseables por otros motivos. La incapacidad de protegerlos frente a estos riesgos podría tener consecuencias para la seguridad o afectar de manera negativa a los derechos fundamentales, por ejemplo, debido a la adopción de decisiones equivocadas o a que el sistema de IA en cuestión genere una información de salida errónea o sesgada. Los usuarios del sistema de IA deben tomar medidas para garantizar que la posible compensación entre solidez y precisión no conduzca a resultados discriminatorios o negativos para subgrupos minoritarios”.

4. Auditorías algorítmicas

Igualmente, se establece como garantía la necesidad de contar con un sistema de gestión de riesgos. Según detalla el art. 9 de la PRIA: “Se establecerá, implantará, documentará y mantendrá un sistema de gestión de riesgos asociado a los sistemas de IA de alto riesgo”. Este sistema consistirá en un proceso dinámico que se llevará a cabo durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo y que requerirá actualizaciones sistemáticas periódicas. Los sistemas de IA de alto riesgo serán sometidos a pruebas destinadas a determinar cuáles son las medidas de gestión de riesgos más adecuadas y comprobarán que los sistemas de IA de alto riesgo funcionan de un modo adecuado para su finalidad prevista y cumplen los requisitos previstos normativamente. Y es que, como explica el Considerando (64) del RIA: “Ante la complejidad de los sistemas de IA de alto riesgo y los riesgos asociados a ellos, resulta esencial desarrollar una capacidad más adecuada para someterlos a evaluaciones externas de la conformidad”

Las auditorías algorítmicas cobran, por tanto, una indudable importancia. El fin de una auditoría es identificar o anticipar errores, riesgos o amenazas (actuales o potenciales) y ayudar a corregirlos ¹⁰. Esto puede darse en cualquiera de las fases del desarrollo del sistema, tanto en su diseño y puesta en marcha, como en la fase de funcionamiento y posteriormente a él. Los supuestos más problemáticos se plantean cuando resulta difícil “replicar” la aplicación de la norma sin el algoritmo, para compararla con el resultado que éste arroja. En estos casos el control puede materializarse a través de sistemas de auditoría inversa y usando datos administrativos, entrevistas y escrutando tanto informes como guiones del diseño del modelo para después recopilar resultados a escala contrastando, de este modo, la regularidad del funcionamiento y aplicación del algoritmo

¹⁰ GARCÍA HERRERO, J., “¿Cómo auditar un algoritmo?”, entrada de 28 de febrero de 2017 en el blog <https://jorgegarciaherrero.com/auditar-algoritmo/>

o sistema. Esto es que ese sistema aplicado a una concreta persona y proyectado al resto de personas funcionará exactamente igual que ha funcionado conmigo (o sea que las mismas premisas, sobre el set de datos de otra persona igual o análoga a mí, arrojaría el mismo resultado).

5. Principio de humano al mando

La “reserva de humanidad”, como se la ha calificado ¹¹, la idea del humano al mando (*human-in-the-loop*, *human-on-the-loop*, o *human-in-comand*) ¹² constituye un soporte fundamental en el diseño de los nuevos sistemas de IA y en dicha dirección ya caminaba el art. 22.3 RGPD al establecer que: “En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”..

El Acuerdo Marco sobre Digitalización que se presenta como un acuerdo “para apoyar el éxito de la transformación digital de la economía europea y gestionar sus grandes repercusiones en los mercados laborales, el mundo del trabajo y la sociedad en general” ha subrayado la garantía que supone el control humano. La Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial da un paso más en esta dirección y precisa que los sistemas de IA deberán estar diseñados de forma que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas para prevenir o reducir al mínimo los riesgos derivados de su uso. El objetivo de la vigilancia humana será, conforme establece el art. 14 de la RIA será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando un sistema de IA de alto riesgo se utiliza conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persisten a pesar de aplicar otros requisitos establecidos en el presente capítulo.

Las medidas a adoptar permitirán que las personas a quienes se encomiende la vigilancia humana puedan, en función de las circunstancias:

- a) ser conscientes de las capacidades pertinentes y limitaciones del sistema de IA de alto riesgo, entenderlas suficientemente y controlar debidamente su

¹¹ PONCE, J., *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, Revista General de Derecho Administrativo, 2019, nº 50.

¹² VIDA FERNÁNDEZ, J., “*Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea*”, en T. DE LA QUADRA-SALCEDO, J.L. PIÑAR MAÑAS, (Dir.) *Sociedad Digital y Derecho*. Madrid. BOE, 2018, p. 218.

funcionamiento, de modo que puedan detectar indicios de anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados y ponerles solución lo antes posible;

b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión;

c) interpretar correctamente la información de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta en particular las características del sistema y las herramientas y los métodos de interpretación disponibles;

d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que este genere;

e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema accionando un botón específicamente destinado a tal fin o mediante un procedimiento similar que permita detener el sistema en un estado seguro, excepto si la injerencia humana eleva los riesgos o repercute negativamente en el rendimiento habida cuenta del estado actual de la técnica generalmente reconocido.

VI. LAS EMPRESAS COMO IMPLEMENTADORES DE LOS SISTEMAS DE ALTO RIESGO Y EL PAPEL DE CONTROL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Define el artículo 3.4 del PRIA como implementador a “toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional”. La empresa es, por tanto, el implementador natural en el ámbito de las relaciones laborales.

La empresa asume, por tanto, cuando decide incorporar el uso de sistemas de IA, un conjunto de responsabilidades y obligaciones, como se ocupa de subrayar el Considerando (58 bis):

“Aunque los riesgos relacionados con los sistemas de IA pueden resultar de su diseño, también pueden derivarse del uso que se hace de ellos. Por consiguiente, los implementadores de un sistema de IA de alto riesgo desempeñan un papel crítico a la hora de garantizar que se protegen los derechos fundamentales,

complementando las obligaciones del proveedor al desarrollar el sistema de IA. Los implementadores son los más indicados para comprender cómo se utilizará concretamente el sistema de IA de alto riesgo y pueden, por lo tanto, identificar potenciales riesgos significativos que no se previeron en la fase de desarrollo, debido a un conocimiento más preciso del contexto de uso y de las personas o los grupos de personas que podrían verse afectados, incluidos grupos marginados y vulnerables. Los implementadores deben identificar estructuras de gobernanza adecuadas en ese contexto específico de uso, como las disposiciones para la supervisión humana, los procedimientos de tramitación de reclamaciones y los procedimientos de recurso, ya que las opciones en las estructuras de gobernanza pueden ser decisivas para mitigar los riesgos para los derechos fundamentales en casos de uso concretos. Por lo tanto, a fin de garantizar de forma eficiente que se protegen los derechos fundamentales, el implementador de sistemas de IA de alto riesgo debe llevar a cabo una evaluación de su impacto en los derechos fundamentales antes de su puesta en funcionamiento. La evaluación de impacto debe acompañarse de un plan detallado que describa las medidas o herramientas que ayudarán a mitigar los riesgos detectados para los derechos fundamentales a más tardar desde el momento de su puesta en funcionamiento. Si no se puede identificar dicho plan, el implementador debe abstenerse de poner en funcionamiento el sistema”.

Los citados principios han quedado concretados en el importante artículo 29 de la PRIA. A estos efectos, el artículo 29 1 bis del PRIA establece que en la medida en que los implementadores ejerzan control sobre el sistema de IA de alto riesgo, ellos: i) aplicarán la supervisión humana con arreglo a los requisitos establecidos en el presente Reglamento, ii) velarán por que las personas físicas encargadas de la supervisión humana de los sistemas de IA de alto riesgo sean competentes, estén debidamente cualificadas y formadas, y dispongan de los recursos necesarios para garantizar la supervisión eficaz del sistema de IA de conformidad con el artículo 14, iii) garantizarán que las medidas de solidez y ciberseguridad pertinentes y adecuadas sean objeto de un seguimiento periódico de la eficacia y se ajusten o actualicen periódicamente. El apartado 3 del artículo 29 establece que “el implementador se asegurará de que los datos de entrada sean pertinentes y suficientemente representativos para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo, en la medida en que ejerza el control sobre dichos datos”. E, igualmente, el apartado 6 bis establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 52, los implementadores de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III que tomen decisiones o ayuden a tomar decisiones

relacionadas con personas físicas informarán a las personas físicas de que están expuestas a la utilización de los sistemas de IA de alto riesgo. Esta información incluirá la finalidad prevista y el tipo de decisiones que toman dichos sistemas. El implementador también informará a la persona física de su derecho a una explicación con arreglo al artículo 68 quater”.

A lo largo de proceso de elaboración del PRIA su regulación fue cuestionada al no mencionar explícitamente a los interlocutores sociales ni a su papel en la regulación de los sistemas de IA ¹³. No obstante, dicha participación se ha incorporado en la recta final de su proceso de elaboración precisando ahora el artículo 29.5 bis que: “Antes de la puesta en servicio o del uso de un sistema de IA en el lugar de trabajo, los implementadores consultarán a los representantes de los trabajadores con vistas a alcanzar un acuerdo de conformidad con la Directiva 2002/14/UE e informarán a los empleados afectados de que estarán expuestos al sistema”.

La representación de los trabajadores posee un papel importante, también, en el desarrollo de las evaluaciones de impacto. El artículo 29.4 del PRIA establece que “en el transcurso de la evaluación de impacto, el implementador, con excepción de las pymes, notificará a las autoridades nacionales de supervisión y a las partes interesadas pertinentes e incluirá, en la medida de lo posible, la participación de los representantes de las personas o grupos de personas que probablemente se vean afectadas por el sistema de IA de alto riesgo, según se determina en el apartado 1, incluidos, entre otros, los organismos de igualdad, los organismos de protección de los consumidores, los interlocutores sociales y las agencias de protección de datos, con vistas a recibir su contribución a la evaluación de impacto. El implementador concederá a estos organismos un plazo de seis semanas para responder. Las pymes podrán aplicar voluntariamente las disposiciones establecidas en el presente apartado”.

Finalmente, como recuera el Considerando (84 bis) “dado que los sistemas de IA pueden menoscabar gravemente los derechos y libertades de personas físicas y jurídicas y de grupos de personas físicas, es esencial que las personas físicas y jurídicas y los grupos de personas físicas tengan acceso significativo a mecanismos de denuncia y reparación y tengan derecho a acceder a vías de recurso proporcionadas y efectivas. Deben poder denunciar infracciones del presente Reglamento a su autoridad nacional de supervisión y tener el derecho a presentar reclamaciones contra los proveedores o implementadores de los sistemas de IA. En su caso, los implementadores deben proporcionar mecanismos de reclamación internos que puedan utilizar las personas físicas y jurídicas o los grupos de personas físicas”.

¹³ V. DE STEFANO y S. TAES, *Management algorithmique et négociation collective*, Notes de prospective del ETUI (European Trade Union Institute), 2021, nº 10, p. 13.

VII. EL POTENTE RÉGIMEN SANCIONADOR

Como expresa el Considerando (84) del PRIA,

“el cumplimiento del presente Reglamento debe garantizarse mediante la imposición de multas por parte de la autoridad nacional de supervisión en el marco de los procedimientos establecidos en el presente Reglamento. Los Estados miembros deben tomar todas las medidas necesarias para asegurarse de que se apliquen las disposiciones del presente Reglamento, incluso estableciendo sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las infracciones que se cometan. A fin de reforzar y armonizar las sanciones administrativas por infracción del presente Reglamento, deben establecerse los límites máximos para el establecimiento de las multas administrativas en el caso de ciertas infracciones concretas. A la hora de determinar la cuantía de las multas, las autoridades competentes nacionales deben tener en cuenta en cada caso concreto todas las circunstancias de la situación específica, considerando especialmente la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, las consecuencias de esta y el tamaño del proveedor, en particular si este último es una pyme o una empresa emergente”.

El régimen sancionador ha sido objeto de cambios relevantes a lo largo del proceso de elaboración. Frente a los iniciales tres niveles de sanciones, ahora se establecen cuatro. Las sanciones más elevadas serán de hasta 40 millones de euros o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 7% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía, en caso de incumplimiento del artículo 5 de la norma (sistemas de IA prohibidos).

Por otra parte, se prevén multas intermedias de 20 millones de euros o de hasta el 4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía, y de hasta 10 millones de euros o de hasta el 2% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía, para el caso de incumplimiento del sistema de IA o del modelo fundacional de las normas incluidas en los artículos 5, 10 y 13. Por último, se han propuesto multas más bajas, de cinco millones de euros o de hasta el 1% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía, por facilitar información incorrecta, incompleta o engañosa a organismos o autoridades nacionales competentes en respuesta a una solicitud.

EFICIENCIA DIGITAL Y PROCESAL EN LA JUSTICIA (RDL 6/2023) Y SU IMPACTO EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Por

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

manogua@hotmail.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, aprueba medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. En lo relativo a la Administración de Justicia, la reforma profundiza en la digitalización puesta en marcha con la Ley 18/2011, de 5 de julio -que ahora se deroga- y continúa la senda del proceso de implantación de nuevas aplicaciones tecnológicas iniciado en 2015 incorporando medidas procesales novedosas, como la celebración de vistas y actos procesales mediante presencia telemática que han demostrado su eficacia en la crisis del COVID-19. El Libro I del RDL 6/2023 contiene una completa regulación de medidas de carácter transversal para la digitalización de la Justicia que buscan estabilizar algunas de las medidas de emergencia, mejorándolas al mismo tiempo que respetar los derechos y libertades fundamentales en juego. Estas medidas de carácter transversal son también aplicables al ámbito social de la jurisdicción por lo que se examinan en el presente estudio. Pero junto a las medidas de eficiencia digital, el Libro I termina con un Título VIII destinado a regular medidas de eficiencia procesal que buscan agilizar los procedimientos, lo que supone la modificación de las normas de carácter procesal y, entre ellas, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Su estudio, agrupación, razón de ser y exposición, constituyen el objeto del presente trabajo con el objetivo de ofrecer una primera visión global del impacto de la reforma en el orden social de nuestra jurisdicción.

PALABRAS CLAVE: Digitalización; Administración de Justicia; inteligencia artificial; reforma; jurisdicción social española.

SUMARIO: I. Contenido general y razón de ser de la nueva norma.- II. Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia.- III. Medidas de Eficiencia Procesal y Reforma de la LRJS: 1. Las normas procesales reformadas. 2. La reforma de la LRJS: 2.1. Modificaciones: 2.1.1. Modificaciones de adaptación. 2.1.2. Modificaciones de digitalización. Modificaciones de agilización. 2.2. Novedades. 2.3. Supresiones.- IV Conclusiones.

DIGITAL AND PROCEDURAL EFFICIENCY IN JUSTICE (RDL 6/2023) AND ITS IMPACT ON THE SOCIAL PROCEDURE LAW (LAW REGULATING THE SOCIAL JURISDICTION)

ABSTRACT: Royal Decree-Law 6/2023, of December 19, 2023, approves urgent measures for the implementation of the Recovery, Transformation and Resilience Plan in the field of public service justice, public service, local regime, and patronage. With regard to the Administration of Justice, the reform deepens the digitalization implemented with Law 18/2011, of 5 July - which is now repealed - and continues the path of the process of implementing new technological applications initiated in 2015 by incorporating innovative procedural measures, such as the holding of hearings and procedural acts by telematic presence that have proven their effectiveness in the COVID-19 crisis and that are now widespread. Book I of RDL 6/2023 contains a complete regulation of cross-cutting measures for the digitalization of Justice that seek to stabilize some of the emergency measures, improving them while respecting the fundamental rights and freedoms at stake. These cross-cutting measures are also applicable to the social sphere of the jurisdiction, which is why they are examined in this study. But along with the digital efficiency measures, Book I ends with a chapter aimed at regulating procedural efficiency measures that seek to streamline procedures, which involves the modification of procedural rules and, among them, the Law Regulating the Social Jurisdiction. Its study, grouping, ratio and exposition constitute the object of this work with the aim of offering a first global vision of the impact of the reform on the social order of our jurisdiction.

KEYWORDS: Digitalization; Administration of Justice; artificial intelligence; reform; Spanish social jurisdiction.

SUMMARY: I. General content and reason of the new standard.- II. Digital and Procedural Efficiency Measures of the Public Justice Service.- III. Procedural Efficiency Measures and Reform of the Law Regulating the Social Jurisdiction (LRJS): 1. The reformed procedural rules; 2. The reform of the LRJS: 2.1. Modifications: 2.1.1. Adaptive modifications. 2.1.2. Digitization modifications. 2.1.3 Agility Modifications. 2.2. New provisions. 2.3. Derogations.- IV Conclusions.

I. CONTENIDO GENERAL Y RAZÓN DE SER DE LA NUEVA NORMA

El pasado miércoles 20 de diciembre de 2023, día en el que se celebra anualmente a Santo Domingo de Silos, se publicó en el BOE del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Si Santo Domingo fue conocido por poseer el don de la sabiduría y destacó por su celo en el estudio de las Sagradas Escrituras y en la copia de manuscritos para preservar y difundir su conocimiento, lo cierto es que lo más parecido a las Sagradas Escrituras de este RDL es su inusitada y perezosa extensión, que alcanza las 187 páginas del periódico oficial. El RDL regula en sucesivos Libros varios bloques separados y sistematizados de temas, acompañado de un último Libro “escoba” o complementario a los anteriores, conteniendo precisiones adicionales o transitorias, de entre las que conviene destacar el establecimiento de un plazo de 12 meses para que se regule, previa negociación colectiva, el teletrabajo y el puesto de trabajo deslocalizado como modalidades de prestación de servicios a distancia en el ámbito de la Administración de Justicia.

El Libro I busca esencialmente adaptar la realidad de la justicia española al marco tecnológico y digital se ocupa, entre otras cuestiones, de los derechos y deberes de la ciudadanía en relación con la Administración de Justicia en un nuevo marco tecnológico

y digital que busca la eficiencia procesal garantizando procedimientos más ágiles para hacer frente al incremento de la litigiosidad. La reforma profundiza en la digitalización¹ puesta en marcha con la Ley 18/2011, de 5 de julio -que ahora se deroga- y continúa la senda del proceso de implantación de nuevas aplicaciones tecnológicas iniciado en 2015 ya sea en el seno de las Administraciones Públicas (L. 39/2015 y L. 40/2015), o en el específico ámbito de la Administración de Justicia, con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil para establecer la obligatoriedad con carácter general de comunicación por medios electrónicos con la Administración de Justicia e introducir las subastas judiciales (L. 42/2015), o con la regulación del sistema del sistema LexNET (RD 1065/2015). La pandemia derivada del COVID-19 en el año 2020 exigió medidas procesales y organizativas específicas en el ámbito de la Administración de Justicia (L. 3/2020 y RDL 16/2020) con medidas novedosas como la celebración de vistas y actos procesales mediante presencia telemática que han demostrado su eficacia y hoy están generalizadas. El Libro I del RDL 6/2023 contiene una completa regulación de medidas de carácter transversal para la digitalización de la Justicia que buscan estabilizar algunas de las medidas de emergencia, mejorándolas sin dejar de respetar los derechos y libertades fundamentales en juego. Estas medidas de carácter transversal son también aplicables al ámbito social de la jurisdicción por lo que se examinan, aunque sean brevemente, en el presente estudio. Pero junto a las medidas digitales, el Libro I contiene una reforma de las principales normas procesales con el objetivo de mejorar la eficiencia procesal. Se reforman muchos preceptos específicos de la LRJS, de ahí que se examinen posteriormente de modo específico.

El Libro II se refiere a una serie de medidas legislativas de reforma de la función pública, algunas de ellas muy relevantes y aplicables también al ámbito de la docencia, en tanto regula una nueva evaluación del desempeño obligatoria para todos los empleados públicos y funcionarios con el fin de valorar la conducta profesional y medir el rendimiento profesional. Se desarrolla la carrera horizontal, mediante tramos, mejorando las condiciones sin cambiar de puesto de trabajo a través de incentivos retributivos y su reconocimiento para el ascenso, pero obligando a acciones formativas en caso de no superarse a fin de mejorar el desempeño individual. El método de evaluación concreto queda postergado a un próximo reglamento, sometido a ciertos principios orientadores de carácter general ofrecidos por la propia norma. Interesante en este ámbito es, igualmente, la transformación del INAP como agencia de empleo público, a fin de procurar profesionales con formación específica (lo que recuerda, aunque sea

¹ Para una evolución más detallada de la digitalización el ámbito de la justicia *vid.* NORES TORRES L.E., “El proceso de digitalización en la jurisdicción social algunos avances y perspectivas”, *Lex Social* vol. 13, n. 2, 2023, pp. 3-7.

remotamente, a la alemana *Hochschule der Bundesagentur für Arbeit*, HdBA y cuya total imitación en nuestro país no estaría de más). Subrayar en este Libro la previsión de una nueva figura, la del Directivo Público profesional, con la que se pretende garantizar la idoneidad, capacidad y orientación a resultados de las personas que asumen puestos directivos en las Administraciones Públicas.

El Libro III aborda una reforma del régimen local que acelere y amplíe el despliegue de los servicios públicos en los Entes Locales y apoyando a las ciudades pequeñas para lograrlo, actualizando para ello, además, los datos del padrón municipal. Finalmente, el Libro IV modifica el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y los incentivos fiscales al mecenazgo. Se regula, completando así el Estatuto del Artista, la legitimación activa de las asociaciones de profesionales del arte y de la cultura para la defensa en juicio de los intereses de sus asociadas y asociados cuando se detecten prácticas fraudulentas, abusos de ley o discriminación que afecten a un colectivo de profesionales. Se trata, como señala el preámbulo de la norma, de restaurar el equilibrio contractual en un sector caracterizado, en muchas ocasiones, por la falta de capacidad negociadora de los artistas que, sin autonomía de negociación y decisión, acaban aceptando cláusulas desventajosas que, en no pocos casos, resultan nulas o abusivas. Defensa exclusivamente referida, no obstante, a la defensa de los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte.

La variedad de contenidos y falta de interrelación entre los mismos encuentra, sin embargo, un punto de conexión fundamentalmente económico y al que se vincula la, ya manida, urgencia y necesidad que evite una futura inconstitucionalidad de la norma. Con su aprobación se cumplen algunos compromisos ya adquiridos con la UE cuyos proyectos de ley se estaban tramitando pero que la convocatoria de elecciones generales impidió rematar. Su aprobación, en tanto medidas contenidas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, permite el cuarto desembolso al Estado español de los fondos europeos *Next Generation*, pudiendo, en caso contrario suspenderse total o parcialmente el pago de los fondos ya librados.

Del conjunto de novedades, como adelantamos, nos centraremos en examinar brevemente las que afectan a la reforma de la Ley Reguladora de la jurisdicción social.

II. MEDIDAS DE EFICIENCIA DIGITAL Y PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

Con esta denominación comienza el Título Preliminar del Libro I aunque, en realidad, todo el Libro I se dedica a la eficiencia digital y tan sólo su último Título, el VIII, se concentra en medidas de eficiencia procesal, a través de la reforma específica de las concretas leyes procesales existentes. Aunque el RDL 6/2023 entra en vigor al día

siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 21 de diciembre de 2023, las medidas de eficiencia digital entran en vigor a los 20 días de la publicación esto es, el 9 de enero de 2024 y las medidas de eficiencia procesal entran en vigor a los 3 meses de la publicación, lo que lleva a que entren en vigor el 20 de marzo de 2024. 2. El libro primero, las disposiciones adicionales primera a novena, y las disposiciones transitorias primera a tercera entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

No obstante, las previsiones contenidas en el título VIII del libro primero y en las disposiciones finales primera, segunda y cuarta, entrarán en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Debe así de inmediato destacarse que, al margen de las reformas en la Ley reguladora de la jurisdicción social en las que nos tenemos que centrar, en realidad el impacto y repercusión de esta nueva normativa es impactante en relación con todas las disposiciones destinadas a la digitalización con seguridad y eficiencia la Administración de Justicia y que ocupan casi todo el Libro I. En puridad, para el abogado laboralista resulta más relevante el conocimiento del Libro I en su totalidad con exactamente 100 artículos dedicados a todas las novedades digitales que afectan transversalmente a cualquier relación con la Administración de Justicia, afectantes a toda la jurisdicción con independencia de la especialidad, más allá del contenido de su último Título, el VIII, sobre “medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia” que es el dedicado ya a las reformas concretas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y, por fin, cerrando el Libro, las reformas de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social.

Pese a ello no es posible aquí detenerse a exponer todas y cada una de las disposiciones que configuran un importante cambio de paradigma en las relaciones con la Administración de Justicia. Baste con intentar esquematizar la estructura del Libro I y destacar alguna cuestión especialmente relevante². De este modo, el Título Preliminar se destina a las disposiciones generales dejando claro que su objeto es regular la utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos (incluidas personas jurídicas salvo que se precise lo contrario de modo expreso) y de las personas profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia, así como las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de administraciones públicas, y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas y dependientes. Se

² Sobre estas cuestiones generales igualmente: MAGRO SERVENT V., “Análisis del Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre. Aspectos procesales y de funcionalidad tecnológica en la justicia”, *Diario LA LEY*, n. 10412, de 22 de diciembre de 2023, sección Doctrina, consulta *on line*.

proclama que en la Administración de Justicia se utilizarán las tecnologías de la información asegurando la seguridad jurídica digital, el acceso, autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, conservación, portabilidad e interoperabilidad de los datos, informaciones y servicios que se gestionen en el ejercicio de sus funciones, y se subraya que las tecnologías de la información en el ámbito de la Justicia tendrán carácter instrumental de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional, con pleno respeto a las garantías procesales y constitucionales. Se prevé que el servicio público de justicia asegure en todo el territorio del Estado una serie de servicios equivalentes, interoperables y con niveles de calidad equiparables, lo que ayudará a superar los problemas que hasta ahora se venían observando ante los intentos de digitalización desfragmentados por Comunidades autónomas. Entre esos servicios destaca el de la “itineración” (palabra no contenida en la RAE) de los expedientes electrónicos, básicamente consistente en la posibilidad de transmisión de documentos electrónicos entre cualesquiera órganos y oficinas judiciales, fiscalía europea, u oficinas fiscales; la interoperabilidad de datos entre cualesquiera órganos judiciales o fiscales para fines legalmente previstos; la conservación y acceso a largo plazo de los expedientes y documentos electrónicos; la presentación de los escritos y comunicaciones a través de un registro común para toda la Administración de Justicia; la existencia de un Punto de Acceso General de la Administración de Justicia; el establecimiento de un servicio personalizado, de acceso a los distintos servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración de Justicia que afecten a un ciudadano o ciudadana cuando sean parte o interesados legítimos y directos en un procedimiento o actuación judicial; la existencia de un registro común de datos para el contacto electrónico de ciudadanos y profesionales, interoperable con los posibles registros existentes, para facilitar el contacto de los usuarios en los distintos ámbitos de competencias; el acceso de los profesionales a todos os actos de comunicación de los que sean destinatarios; la creación de un tablón Edictal único, de un registro electrónico de apoderamientos judiciales; la identificación y firma de los intervinientes en actuaciones no presenciales y de las actuaciones y procedimientos judiciales llevados a cabo por videoconferencia; la interoperabilidad transfronterizas en actuaciones de cooperación jurídica internacional; , a través de un nodo común que asegure el cumplimiento de los requisitos de interoperabilidad que se hayan convenido en el marco de la Unión Europea o, en su caso, de la normativa convencional de aplicación.

El Título I, sobre derechos y deberes digitales en el ámbito de la Administración de Justicia, regula el *derecho* de la ciudadanía y de los y las profesionales a relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos de modo que puedan conocer por estos medios el estado de tramitación de los procedimientos en que sean

parte procesal o interesados legítimos, así como poder acceder y obtener copia del expediente judicial electrónico y de los documentos que formen parte de esos procedimientos. Se contempla el derecho a utilizar los sistemas de identificación y firma electrónica, el derecho a la protección de datos de carácter personal y, en particular, a elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con la Administración de Justicia siempre y cuando utilicen estándares abiertos compatibles con los de los órganos judiciales y, desde el punto de vista de las condiciones de trabajo. Derechos equivalentes para los y las profesionales a los que se añade de modo relevante el derecho a que los sistemas de información de la Administración de Justicia posibiliten y favorezcan la *desconexión digital* para permitir la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de los y las profesionales que se relacionen con la Administración de Justicia, con respeto a lo dispuesto en la legislación procesal. El ejercicio de este derecho se deberá definir, mediante convenios y protocolos, para posibilitar la desconexión, la conciliación y el descanso en los períodos inhábiles procesalmente y en aquellos en que las personas profesionales de la Abogacía, la Procura y los Graduados y Gradudas Sociales estén haciendo uso de las posibilidades dispuestas a tal fin en las normas procesales (art. 6). El derecho al uso de medios tecnológicos deviene, sin embargo, obligación para los profesionales y para la Administración de Justicia (arts. 6.3 y 7), para lo que esta última debe asegurar el acceso de los profesionales a puntos de acceso electrónico “consistentes en sedes judiciales electrónicas” creadas al efecto.

El Título II de este Libro I se dedica al “acceso digital a la Administración de Justicia” regulando sucesivamente la “sede judicial electrónica”, la “Carpeta de Justicia” (arts. 13-18) y la identificación y firma electrónicas necesarias para dicho acceso (arts. 19-30). Por lo que se refiere a la *sede judicial electrónica*, entendida como “dirección electrónica disponible para los ciudadanos y ciudadanas a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a cada una de las administraciones competentes en materia de Justicia”, se acomete la regulación de su creación (cooficialidad lingüística, en su caso), su contenido (básicamente todos los aspectos que se necesitan para poder tener una relación digital completa con las Administración de Justicia: acceso datos, al Tablón Edictal judicial único, acceso a la tramitación de expedientes, servicios de asesoramiento electrónico para el uso de la sede, acceso a la carta de derechos de los ciudadanos ante la justicia, enlaces para instrucciones o gestiones de citas, etc.), pero también se proclama su sujeción a los principios de publicidad, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad, abordando especificaciones respecto de algunos de estos aspectos, especialmente el deber de que los sistemas de información que soporten las sedes judiciales electrónicas aseguren la confidencialidad, integridad,

trazabilidad y disponibilidad de las informaciones que manejan y de los servicios prestados. El instrumento de creación de la sede judicial electrónica será accesible directamente o mediante enlace a su publicación en el BO correspondiente (estatal o de CA). Se establecen sus clases y características (art. 9) y se regula el denominado *Punto de acceso general de la Administración de Justicia* (art. 12), que ya contuviera la Ley 18/2011, como un portal de servicios a la ciudadanía que, como mínimo, contendrá la *Carpeta Justicia* y el directorio de las sedes judiciales electrónicas que faciliten el acceso a los servicios relacionados con la justicia, así como acceso a servicios o informaciones correspondientes a otras administraciones públicas o corporaciones que representen los intereses de los y las profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia, mediante la celebración de los correspondientes convenios. En todo caso contendrá un servicio de consulta de expedientes en los que figure como parte en procedimientos judiciales, y en todo caso permitirá conocer y acceder a recibir las notificaciones de todos los órganos judiciales. Se prevé la creación de sistemas específicos para las personas jurídicas cuyo volumen de causas pudiera dificultar el uso del acceso general. Dentro del Punto de acceso general referido se crea la *Carpeta Justicia* (arts. 13-18). Se trata de un novedoso sistema de acceso único y personalizado en el que cada persona puede acceder a hacer las gestiones habituales en relación con la Administración de Justicia como consular sus expedientes electrónicos, pedir cita, conocer sus actos de comunicación, calendario, quejas etc. Para entrar se requiere identificación previa, de ahí que los arts. 19-30 se detallen los sistemas de identificación y autenticación, lo que resulta especialmente importante en relación con los sistemas seguros de identificación en videoconferencias. Debe tenerse en cuenta que el uso de la firma electrónica no excluye la obligación de incluir en el documento o comunicación electrónica los datos de identificación que sean necesarios de acuerdo con la legislación aplicable y que se prevé la posibilidad de identificación digital por personal funcionario habilitado de las personas que no tienen acceso a un certificado electrónico o tienen dificultad en su utilización.

El Título III se destina a “la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales” (arts. 31-58) y contiene ocho capítulos sobre: disposiciones comunes e inicio del procedimiento, la tramitación orientada al dato, los documentos judiciales electrónicos, la presentación de documentos, la regulación del expediente judicial electrónico, las comunicaciones electrónicas, y las actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas.

Destacar en la tramitación electrónica la exigencia de trazabilidad en todo momento de la identidad y del acceso a estos sistemas ya sea por parte de personal de justicia como de terceros autorizados a fin de preservar la integridad del dato o que la obligación de la presentación de escritos y documentos y la realización de todos los actos de comunicación por medios electrónicos se exceptúa para las personas físicas que,

conforme a las leyes procesales no actúen representadas por procurador, en cuyo caso, salvo obligación legal de comunicación digital, pueden elegir si comunicarse con la Administración de Justicia por medios no digitales, lo que es relevante para el proceso social donde tal figura es opcional (art. 18-21 LRJS).

Novedades de interés en este Título son lo que se denomina “Tratamiento orientado al dato” que persigue que todos los sistemas de información y comunicación que se utilicen en el ámbito de la Administración de Justicia, incluso para finalidades de apoyo a las de carácter gubernativo, aseguren la entrada, incorporación y tratamiento de la información en forma de metadatos, conforme a esquemas comunes, y en modelos de datos comunes e interoperables que posibiliten, simplifiquen y favorezcan su gestión a fin de facilitar la interoperabilidad de los sistemas, la tramitación electrónica, la búsqueda y análisis de los datos, la anonimización y seudonimización, la elaboración de cuadros de mando, la gestión de documentos y su transformación, la publicación de información en portales de datos abiertos, la producción de actuaciones automatizadas, asistidas y proactivas, la utilización de sistemas de inteligencia artificial para la elaboración de políticas públicas, y la transmisión de los datos. Se realiza, como expresa su EM, una apuesta clara y decisiva por el empleo racional de los datos para lograr evidencia y certidumbre al servicio de la planificación y elaboración de estrategias que permitan adoptar decisiones estratégicas en determinados procedimientos y coadyuven a una mejor y más eficaz política pública de Justicia. Se busca que los sistemas informáticos y de comunicación utilizados en la Administración de Justicia posibiliten el intercambio de información entre órganos judiciales, así como con las partes o interesados, en formato de datos estructurados y con fines de agilización de procesos judiciales y de eficiencia procesal. La importancia del expediente judicial electrónico, como conjunto de datos estructurados identificado por un número único para cada procedimiento y con un índice electrónico, proporcionará información sobre los documentos, trámites, actuaciones electrónicas o grabaciones audiovisuales correspondientes a un determinado procedimiento judicial. Habrá que esperar a comprobar si el acceso a este expediente, ya introducido con la L. 18/2011, supera los problemas técnicos con los que venía topando como desde conexiones remotas o con mala cobertura, o desde las propias salas de vista en las que por su propia situación no alcance el acceso de la wifi o sistema de conexión.

Se aborda igualmente el documento judicial electrónico (art. 42 ss.) entendido como cualquier información electrónica archivada en soporte electrónico generada, recibida o incorporada al expediente judicial electrónico por la Administración de Justicia, su presentación con sello o firma electrónica donde quede constancia el órgano emisor, fecha y hora, así como la obligación de presentar por vía telemática los documentos en

actuaciones orales telemáticas. Se regulan las actuaciones automatizadas (arts. 56 ss.) para tareas repetitivas y automatizables, permitiendo que algunas cuestiones que antes no se podían hacer de manera automática porque requerían que se leyera un documento, se procesara y se hicieran tareas con base en la información, se puedan ahora realizar de manera automática (por ejemplo, cálculo de plazos con base a fechas que aparecen como datos, comprobaciones automáticas de situación concursal de una empresa, en base a NIF y tipo de proceso judicial, declaración de firmeza, etc.). Como subtipo de estas, las actuaciones proactivas, aprovechan la información incorporada con un fin determinado, para generar efectos o avisos a otros fines distintos como, por ejemplo, notificaciones o avisos automáticos, sin necesidad de intervención manual; y las actuaciones asistidas que permiten generar un borrador total o parcial de texto, que puede servir de apoyo a la tarea del juez o jueza, magistrado o magistrada, fiscal y letrado o letrada de la Administración de Justicia, manteniendo éstos siempre pleno control sobre el texto y sin que el borrador se constituya en resolución sin la intervención del operador. Para estas tareas, es fundamental la orientación al dato (para posibilitar la generación de borradores de calidad), así como la aplicación de nuevas tecnologías, como la Inteligencia Artificial³ (EM).

Se generaliza la documentación digital en la que conste la identidad de la persona que presenta el documento, el órgano al que va dirigido, el tipo y número de procedimiento al que debe incorporarse y la fecha de presentación, debiendo conservarse en un formato que permita garantizar la autenticidad, integridad y conservación del documento, así como debiendo proceder a la exhibición del original cuando se planteen dudas sobre su integridad o dudas derivadas de la calidad de la copia (art. 42), pero también previéndose la digitalización por parte de la oficina judicial de los documentos que se presenten en papel cuando la parte que los presente no venga obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia (art. 43). En las actuaciones orales telemáticas de algún interviniente y en los actos no presenciales las partes pueden presentar y visualizar la documentación con independencia de si su intervención se realiza por vía telemática o presencial. A tal fin, los intervinientes por vía telemática que quieran presentar documentación en el mismo acto deberán presentarla por la misma vía, incluso en los casos en los que por regla general no estén obligados a relacionarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos, y siempre de conformidad con las normas procesales (art. 45). En fin, se

³ Sobre las posibilidades y limitaciones de la aplicación de la IA al ámbito de la Administración de justicia puede verse: BARONA VILAR S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, 2021.

generaliza la celebración de vistas y de todos los actos procesales por vía telemática, lo que permite la no presencialidad.

En este sentido, el Título IV del Libro I se dedica a los “actos y servicios no presenciales”, lo que, como se vio durante la pandemia, supondrá un ahorro de costes de desplazamientos⁴. A tal fin se prevé que cuando así lo deseen, la atención a la ciudadanía y a los profesionales se realizará mediante presencia telemática, por videoconferencia (con exigencia de decoro en la vestimenta y el respeto que se tendría de ser la vista presencial) u otro sistema similar, debiendo realizarse desde un “punto de acceso seguro” garantizándose la encriptación e integridad de las comunicaciones (art. 60). Salvo excepciones por razones de seguridad o protección, la regla general es la de identificación electrónica inicial de las personas intervinientes y la necesidad de firma (art. 60) aunque el incumplimiento de estos requisitos no aboca *per se* a la nulidad de la videoconferencia, en caso de ser impugnados y resultar conformes con la legislación el impugnante asume los costes de comprobación, en otro caso, se genera una audiencia.

Un punto seguro consiste en un dispositivo o sistemas de información que cumplan los requisitos que se determinen por la normativa del Comité técnico transmisión segura de las comunicaciones y la protección de la información y que permitan la identificación de los intervinientes, a integridad, interoperabilidad, confidencialidad y disponibilidad de lo actuado (art. 62.2). Distintos son los “lugares seguros”, donde se dispondrá de puntos seguros desde donde realizar las actuaciones telemáticas. Entre estos lugares seguros conviene destacar que lo son las oficinas judiciales, pero también a los efectos que nos interesan en el ámbito social “las sedes oficiales de la Abogacía del Estado, del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social y de los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas, para la intervención de los miembros de tales servicios” (art. 62.4.e). Se prevé la disposición de salas de vista virtuales (art. 65) y que las videoconferencias pueden realizarse también por órganos judiciales en funciones no jurisdiccionales (art. 64). En las actuaciones judiciales telemáticas y en los servicios no presenciales, las partes, intervinientes o cualesquiera personas que tengan acceso a dicha actuación, tienen terminantemente prohibido grabar, tomar imágenes o utilizar cualesquiera medios que permitan una posterior reproducción del sonido y/o de la

⁴ No obstante, durante la pandemia, la videoconferencia a través de una legislación de urgencia generaba problemas y se aconsejaba sólo para supuestos sencillos no muy problemáticos o con una actividad probatoria no muy compleja, sin que, además, estuviera muy clara la economía procesal como consecuencia de la ausencia de sistemas técnicos fiables o, directamente, de equipos adecuados, la existencia de problemas de baja calidad en el audio o en la imagen de modo sincrónico, la ausencia de wifi en las salas de vistas, o por la existencia de unas normas procesales no adaptadas completamente a las nuevas tecnologías y con graves carencias en lo tocante a la digitalización de los expedientes. Al respecto *vid.* SANCRISTOBAL VILLANUEVA J.M., “La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.12/2020, *on line*

imagen de lo acontecido so pena de multas que alcanzan los 160.000 euros, no pudiendo las grabaciones oficiales destinarse a otra finalidad más que la jurisdiccional salvo autorización judicial, lo que constituye una medida claramente destinada a garantizar la protección de los datos personales ya que había sido una de las cuestiones más cuestionadas durante el uso de estos sistemas durante la pandemia.

El Título V del mismo Libro (arts. 69-80) contempla una completa regulación de los registros de la Administración de Justicia (registro de datos personales para el contacto electrónico -voluntario para ciudadanía y obligatorio para profesionales-, el registro judicial electrónico con su cómputo de plazos, el registro electrónico común de la Administración de Justicia, el registro de apoderamientos judiciales y el registro de personal al servicio de la Administración de Justicia) así como de los archivos electrónicos, previéndose la creación de un sistema para conservar y acceder a expedientes y documentos electrónicos, que será interoperable con los sistemas de gestión procesal, y el resto de los sistemas de archivo de conformidad con la normativa técnica aprobada en el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica.

El Título VI lleva por rúbrica “Datos abiertos”, regula el Portal de Datos de la Administración de Justicia, para facilitar información procesada y precisa sobre la actividad, carga de trabajo y otros datos relevantes de todos los órganos, servicios y oficinas judiciales y fiscales de España. El título VII mantiene la estructura de la Ley 18/2011, al regular la cooperación entre las administraciones con competencias en materia de Justicia, el Esquema Judicial de Interoperabilidad (con registros de la propiedad, bienes muebles, mercantiles, notarías) y Seguridad y las demás normas sobre seguridad, en especial, la protección de datos en el uso de medios tecnológicos e informáticos y la protección de datos en los documentos electrónicos

Por fin, cierra el Libro I el Título VIII sobre “medidas de eficiencia procesal servicio público de justicia” donde, ya de modo específico y no transversal, se procede a la modificación concreta de las leyes procesales actualmente vigentes, entre ellas, la LRJS.

III. MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL Y REFORMA DE LA LRJS

1. Las normas procesales reformadas

Frente a las medidas de eficiencia digital, el Título VIII se centra en ofrecer medidas de eficiencia procesal en el servicio público de Justicia mediante la modificación de diferentes leyes procesales, para armonizar la regulación procesal civil, penal, contencioso-administrativa y social con el contexto de tramitación electrónica.

En todas las normas procesales mencionadas se introduce una reforma común en lo relativo al recurso de revisión de sentencias seguidas ante el Tribunal Supremo como

consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en los que se declare la violación de los derechos del CEDH. Se trata de permitir que la Abogacía General del Estado tenga conocimiento y colabore con los órganos judiciales en dichos procedimientos para que pueda, en el ejercicio de sus funciones de Agente del Reino de España ante el TEDH, informar al Comité de Ministros del Consejo de Europa de las medidas adoptadas en ejecución de las sentencias del citado Tribunal, así como facilitar a los órganos jurisdiccionales su tarea en la ejecución de dichas sentencias de condena. En particular, en el ámbito de la jurisdicción social ello se concreta en el art. 236.1 LRJS donde simplemente se añade un último párrafo de cierre señalando que en estos supuestos de revisión frente a sentencia firme por haber recaído sentencia del TEDH, se debe dar traslado a la Abogacía General del Estado sobre la presentación de la demanda , así como de la decisión sobre su admisión y que la “Abogacía del Estado podrá intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El letrado o letrada de la Administración de Justicia notificará igualmente la decisión de la revisión a la Abogacía General del Estado. Del mismo modo, en caso de estimarse la revisión, los letrados y las letradas de la Administración de Justicia de los tribunales correspondientes informarán a la Abogacía General del Estado de las principales actuaciones que se lleven a cabo como consecuencia de la revisión”.

Ya por lo que se refiere a las modificaciones de leyes procesales concretas, además de las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ajenas ahora a nuestro objeto de estudio, se modifica también la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁵, para dotarla de herramientas que permitan agilizar tanto la tramitación y resolución de los pleitos de que conocen, así como para el uso de medios electrónicos. Se introduce la obligación de que la remisión por la Administración a los órganos jurisdiccionales del expediente administrativo en los distintos procedimientos que regula la ley haya de realizarse en soporte electrónico y además se incorpora el deber de relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios telemáticos o electrónicos de los funcionarios públicos que, en defensa de sus derechos estatutarios, comparecen ante esta jurisdicción por sí mismos.

⁵ Para una rápida visión de todos los aspectos modificados: CHAVEZ J.R., Impacto del RDL 6/2023 sobre el proceso contencioso administrativo, consulta 22 diciembre 2023 <https://delajusticia.com/2023/12/21/impacto-del-real-decreto-ley-6-2023-sobre-el-proceso-contencioso-administrativo/>

En la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶, además de adecuarla a las medidas de digitalización generales, como indica la EM se introducen modificaciones para tener en cuenta la situación y necesidades de las personas mayores, para eliminar las barreras que les impiden participar en los procesos judiciales en igualdad de condiciones, contribuyendo a la creación de un servicio público de Justicia inclusivo y amigable, se amplían las materias que con independencia de su cuantía se tramitan por las normas del juicio verbal, se incorpora el procedimiento testigo, y se regula la “legitimación activa de las asociaciones de profesionales del arte y de la cultura en aquellos procesos que tengan por objeto la defensa en juicio de los intereses de sus asociadas y asociados cuando se detecten prácticas fraudulentas, abusos de ley o discriminación que afecten a un colectivo de profesionales a fin de restaurar el equilibrio contractual en un sector caracterizado, en muchas ocasiones, por la falta de capacidad negociadora de los artistas que, sin autonomía de negociación y decisión, acaban aceptando cláusulas desventajosas que, en no pocos casos, resultan nulas o abusivas”.

Por lo que respecta al orden jurisdiccional social, se reforma la Ley Reguladora de la Jurisdicción social (L. 36/2011, de 10 de octubre) adecuándola en su redacción a la reforma que ya se hiciera en la L. 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en la que se redefinieron las competencias de los letrados o letradas de la Administración de Justicia en la dirección del proceso. Pese a ello, se echa de menos que no se aproveche esta reforma para cambiar la referencia constante a los secretarios judiciales contenida en el actual texto procesal social y que ya desde la LO 7/2015, de 21 de julio, pasaron a denominarse Letrados de la Administración de justicia. Según la EM del RDL 6/2023 “tras diez años desde la entrada en vigor de aquella ley, la presente actualiza su contenido, tomando en consideración el trabajo realizado en los juzgados en el momento presente, se optimizan recursos y se profundiza en los avances conseguidos utilizando para ello herramientas como el procedimiento testigo o la extensión de efectos”.

2. La reforma de la LRJS

En el ámbito de la normativa procesal social la reforma se contiene en el art. 104 del RDL 6/2023⁷, con nada más ni nada menos que 33 disposiciones dentro de dicho

⁶ Un cuadro comparado de las modificaciones puede verse en https://www.linkedin.com/posts/irene-redondo-rif%C3%A9-637570150_cuadro-comparativo-lec-antes-y-despu%C3%A9s-del-activity-7143995701176291328-Zab4?utm_source=share&utm_medium=member_ios

⁷ Para unas útiles tablas comparativas *vid.* ROJO TORRECILLA E., <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/12/reforma-de-la-ley-reguladora-de-la.html>; asimismo, y

precepto, contempla las modificaciones concretas de la LRJS y los nuevos preceptos añadidos (los arts. 86 bis, 103.4 y 5, 247 bis y 247 ter), todo ello con efectos desde el 20 de marzo de 2024 (Disposición Final 9.2 del RDL 6/2023). Por lo demás, se suprime el apartado 2º de la Disposición Transitoria Cuarta y de la Disposición Final Séptima, para eliminar normas transitorias carentes ya de sentido. Veamos sucesivamente, las modificaciones, a continuación, los preceptos añadidos o novedades, para concluir con las supresiones.

2.1. *Modificaciones*

En primer lugar, por lo que se refiere a las modificaciones, las mismas pueden agruparse en modificaciones de adaptación a normas sustantivas, de adaptación digital y de economía procesal.

2.1.1. Modificaciones de adaptación

En primer lugar, se modifica el ámbito de la jurisdicción social. En concreto, la letra n) del art. 2 LRJS para adaptarla a las reformas sufridas por el TRET desde que se promulgara la LRJS. Así, mientras que antes se establecía la competencia respecto de las resoluciones administrativas recaídas en los procesos de suspensión y extinción “previstos en el apartado 3 del artículo 47 y en el apartado 7 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, ahora se adecúa la remisión numérica y el Texto del ET al que se remite (anteriormente se remitía al RDleg 1/1995) y se incluye la impugnación de las resoluciones administrativas recaídas en los procedimientos derivados del nuevo art. 47 bis TRET relativos al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Igualmente, se modifica la letra o) del mismo precepto de modo muy interesante pues antes se dotaba de competencia a la jurisdicción social de las cuestiones litigiosas “relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, pero la Disposición Final séptima, apartado segundo, retrasaba la entrada en vigor de esta atribución competencial hasta la aprobación de una Ley ulterior cuyo plazo expiró el 12-11-14, de modo que la jurisdicción

acompañadas las tablas de una precisa idea síntesis en cada precepto puede verse PRECIADO DOMECH H., “Novedades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *LinkedIn*.

seguía siendo del orden contencioso administrativo (SSTS 17-9-13, Rcu. 2212/2012, 14-1-14, rcu. 1115/2013, 8-7-15, rec. 2346/213). Con el RDL 6/2023 se incorpora de modo expreso el control del “reconocimiento de la situación de dependencia” y de las “prestaciones económicas y servicios derivados de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia” y se procede a derogar el segundo apartado de la DF 7ª LRJS, de modo que la competencia a partir del 20 de marzo de 2024 será por fin del orden social ¿a todos los efectos? Esa es la duda porque antes se hacía referencia a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad y ahora tan sólo se otorgan los plenos efectos jurisdiccionales al “reconocimiento”. Una interpretación no estrictamente literal pudiera, no obstante, considerar que el reconocimiento abarca todos los asuntos conectados con la Ley de dependencia cualquiera que sea la fase de procedimiento (valoración de grado, dictamen, provisión de servicio o prestación) en tanto pudiera considerarse que la insatisfacción jurídica, por ejemplo, con el grado de discapacidad lleva consigo tan solo un reconocimiento parcial o incompleto.

Por otro lado, en materia de recursos, se reforma el art. 188.1 LRJS para añadir el recurso de revisión contra los decretos del LAJ que antes no eran recurribles cuando resolvían el recurso de reposición. En concreto, en la redacción anterior se establecía que contra el decreto resolutorio de la reposición no se daría recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva. Este párrafo fue declarado nulo por vulneración del art. 24.1 CE al no contemplar la intervención judicial en la revisión de resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia y se estimó que, hasta que el legislador no se pronunciara al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del Letrado resolutorio de la reposición sería el directo de revisión al que se refiere el propio precepto en su segundo párrafo como señaló la STC Pleno 72/2018. Con la reforma el legislador ya se ha pronunciado reproduciendo la solución constitucional.

Finalmente, se reforma el art. 244 LRJS en el que se regulan los supuestos excepcionales de suspensión y aplazamiento de la ejecución. Se mantiene que la ejecución únicamente podrá ser suspendida cuando así lo establezca la ley y a petición del ejecutante o de ambas partes por un máximo de 3 meses salvo que la ejecución derive de un procedimiento de oficio. Pero ahora se añade la posibilidad de una solicitud de suspensión solicitada de común acuerdo por las partes y por un tiempo máximo de 15 días, para solventar las posibles discrepancias que se susciten en el ámbito de la ejecución a los procedimientos de mediación. De alcanzarse un acuerdo, éste debe someterse a homologación judicial en la forma y los efectos establecidos para la

transacción, pero de no alcanzarse, se declara que se levantará la suspensión y se continuará con la tramitación. El resto del precepto se mantiene en sus actuales términos.

2.1.2. Modificaciones de digitalización

Varios preceptos de la LRJS se modifican para introducir las medidas de digitalización introducidas o precisadas por el RDL 6/2023.

Se especifica expresamente que el poder *apud acta* se puede realizar a través del registro electrónico de apoderamientos *apud acta*. Este apoderamiento gratuito ya podía obtenerse mediante la inscripción en el Archivo Electrónico de Apoderamientos conforme a la Ley 42/2015 que reformaba en este punto la L.18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, lo que permitía entender que era también aplicable al ámbito de la jurisdicción social. En consecuencia, dicho poder podrá realizarse, como venía siendo habitual, tanto por escritura pública o, ya de modo gratuito mediante comparecencia personal o por el registro electrónico que ahora se advierte expresamente (art. 18.2 LRJS). Del mismo modo, se reforma el art. 19 LRJS donde las posibilidades de *apud acta* eran ya mayores (pues la representación podía ya conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante el secretario judicial, por escritura pública o mediante comparecencia ante el servicio administrativo que tenga atribuidas las competencias de conciliación, mediación o arbitraje o el órgano que asuma estas funciones) para añadir que la representación también se puede hacer *apud acta* a través del registro electrónico referido en los supuestos de demandas con más de 10 actores en los que los demandantes deben designar un representante común (que, recordemos, debe ser deberá ser necesariamente abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o un sindicato) con el que se entenderán las sucesivas diligencias del litigio.

Digitalización de las actuaciones procesales. Se modifica el art. 44 LRJS, sobre el lugar de presentación de escritos y documentos estableciendo que las partes deben presentar ya todos ellos en la forma establecida en el art. 135 LEC (reformado por el mismo RDL 6/2023 para señalar que esos medios son los electrónicos o digitales cuando los intervinientes estén obligado a su empleo o hayan voluntariamente decidido optar por el uso de dichos medios) y donde se regula de modo detenido la presentación de dichos escritos a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales. Mientras que hasta ahora en la jurisdicción social las partes debían presentar todos los escritos y documentos en los Registros de la oficina judicial adscrita a los Juzgados y Salas de lo Social y sólo cuando las oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispusieran de medios técnicos que permitieran el envío y la normal recepción de

escritos iniciadores y demás escritos y documentos, garantizando la autenticidad de la comunicación y la constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de su fecha, podían dichos escritos y documentos enviarse y recibirse por aquellos medios, con plenos efectos procesales, con la reforma se procede a una simple remisión general al art. 135 LEC. Este precepto, que parte de la obligación general de presentar los escritos y documentos en formato electrónico y regula el modo el que proceder en tales casos, era ya aplicable en el ámbito social y ahora ha sido reformado para añadir que cuando la presentación de escritos perentorios dentro de plazo se vea impedida por limitaciones, incluso horarias, en el uso de soluciones tecnológicas de la Administración de Justicia, establecidas de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia, como regla, el remitente podrá proceder a su presentación el primer día hábil siguiente, justificándolo suficientemente ante la oficina judicial. En el caso de que la imposibilidad de la presentación se deba a la naturaleza del documento a presentar o al tamaño del archivo, el remitente deberá proceder, en este caso, a la presentación del escrito por medios electrónicos y presentar en la oficina judicial dentro del primer día hábil siguiente el documento o documentos que no haya podido adjuntar. Asimismo, el art. 135 LEC se ha reformado para añadir que el plazo que permite la presentación de escritos hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo abarca el plazo “procesal o sustantivo”. En todo caso la nueva redacción del art. 44 LRJS deja expresamente claro que los trabajadores, no obstante, pueden “elegir en todo momento si actúan ante la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no”, posibilidad que en interpretación a contrario no parece extenderse ni a TRADES, ni a empresarios individuales. En todo caso, la reforma del art. 44 LRJS tampoco es tan relevante pues ya a partir de enero de 2016 el uso de medios telemáticos era obligatorio para todos los profesionales y ya el TS había señalado que el hecho de que la LRJS no hiciera mención en su articulado al sistema *LexNet* no debía entenderse como una singularidad excluyente, sino que su vigencia era también total en este ámbito por vía de la aplicación supletoria de la LEC (ATS 30-11-21, rec. Queja 41/2021).

Digitalización de las comunicaciones procesales. Aunque a partir de enero de 2016, como se ha dicho, la comunicación electrónica también se erigía como la forma obligatoria y se establecía que el uso de los medios telemáticos abarcaba todos los actos de comunicación incluidos los exhortos, mandamientos y oficios, a salvo de las especialidades previstas en la propia LRJS (art. 53.1 LRJS), ahora se reforman los arts. 53.2 y 55 en relación con el lugar de las comunicaciones a fin de evitar contratiempos y retrasos y poder obtener datos fiables sin necesidad de subsanaciones posteriores o de infructuosas comunicaciones que acaben por generar la indefensión de algunas de las

partes interesadas en el litigio. De este modo, frente a la referencia general que mantenía antes el art 53.2 LRJS de que en el primer escrito o comparecencia las partes debían señalar un “domicilio y datos completos para la práctica de actos de comunicación”, a partir del 20 de marzo de 2024 se impone la obligación de señalar un domicilio “físico, teléfono y dirección electrónica, en el caso de las personas obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, para la práctica de actos de comunicación”. Asimismo, mientras que el art. 55 LRJS anterior a la reforma establecía que los actos de comunicación (citaciones, notificaciones, emplazamientos y requerimientos) a los representados se hacía en el local de la oficina judicial por propia iniciativa de los interesados o, en otro caso, en el domicilio señalado a tales efectos, ahora se señala que dichos actos de comunicación sólo se realizan en el local de la oficina judicial “a las partes que no actúen representadas” y se añade que este es el lugar tanto si es por propia iniciativa “o por haber sido emplazados para ello”, si bien se mantiene que, en otro caso, sigue siendo posible la comunicación en el domicilio señalado a estos efectos.

Comunicaciones fuera de la oficina judicial. En esta misma línea, aunque el art. 56.1 LRJS sigue manteniendo que las citaciones, notificaciones y emplazamientos que se practiquen fuera de la sede de la oficina judicial se harán, cualquiera que sea el destinatario, por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el secretario en los autos del contenido del sobre remitido, y uniéndose a ellos el acuse de recibo -y que por ello, según la STC 47/2019, el primer emplazamiento o citación del demandado no podría realizarse por medio de comunicación electrónica-, pero también (art. 56.5 LRJS) que “cuando la comunicación tenga lugar utilizando medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, se realizará conforme a lo establecido en el artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” -precepto supletorio ahora también reformado-, la reforma en la jurisdicción social se encarga ahora de precisar, inmediatamente a continuación de la remisión a la LEC, que las comunicaciones por medios electrónicos no se pueden imponer al trabajador mediante contrato (“sin que quepa en el orden jurisdiccional social la posibilidad de obligar contractualmente al trabajador a dicha relación electrónica”: art. 56.5 LRJS). Limitaciones que tiene el LAJ para comunicarse electrónicamente que igualmente se infieren en la reforma del art. 62 LRJS donde ahora se añade que “la remisión de oficios, mandamientos, exhortos y cualesquiera otros actos de comunicación por el letrado o letrada de la Administración de Justicia se realizará de forma electrónica, si fuera posible”.

Comunicación edictal. Dentro también de las comunicaciones, aunque el art. 59.1 LRJS ya señalaba que consignará por diligencia la infructuosa constancia del domicilio del interesado o se ignore su paradero tras haber intentado averiguar el domicilio,

incluso, a través de los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas) en cuyo caso el LAJ debía comunicar el acto por medio de edictos (art. 59.2 LJS), con la reforma en caso de averiguación infructuosa se permite que el LAJ antes acuda al Registro Central de Rebeldes Civiles para comprobar si el demandado consta en dicho Registro y si los datos que en él aparecen son los mismos de que dispone, en cuyo caso acordará directamente la comunicación edictal del interesado. Una comunicación que se remite al art. 164 LEC reformado también para incluir el Tablón Edictal Judicial Único.

Importancia de la correcta identificación en la demanda de los profesionales cuando el demandante quiera comparecer por medio de profesional que le represente. Hasta el momento, cuando el demandante pretendía comparecer en el juicio asistido de abogado o representado técnicamente por graduado social colegiado o representado por procurador, se exigía que se hiciera constar en la demanda dicha decisión, sin más. Ahora se añade en el art. 21.2 LRJS que deben indicarse en tal caso “los datos de contacto del profesional”; datos éstos que también la parte demandada debe poner en conocimiento por escrito del juzgado o tribunal cuando no vaya a litigar por sí misma, lo que debe hacer dentro de los dos días siguientes al de su citación para el juicio, con objeto de que, trasladada tal intención al actor, pueda éste estar representado técnicamente por graduado social o representado por procurador, designar abogado en otro plazo igual o solicitar su designación a través del turno de oficio, añadiéndose que “en este caso, el actor que no hubiese efectuado dicha designación podrá hacerlo, comunicando al juzgado o tribunal dentro de los dos días siguientes a la notificación tal circunstancia”. Se mantiene sin modificar que “la falta de cumplimiento de estos requisitos” (lo que ahora incluye los datos de contacto del profesional) “supone la renuncia” de la parte demandada al derecho de valerse en el acto de juicio de abogado, procurador o graduado social colegiado.

Juicio: documentación. El art. 89.1 LRJS hasta el momento venía señalando que el desarrollo de las sesiones del juicio oral se debía registrar en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen y que correspondía al secretario judicial su custodia. Ahora, no sólo se adecúa la mención al LAJ de todo este precepto, sino que se establece que la custodia de documento electrónico de soporte de la grabación sólo le corresponde al o la LAJ “si los sistemas no proveen expediente judicial electrónico” ya que, de existir los medios tecnológicos, ya no es el secretario/a judicial el que garantiza la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido, sino los propios medios tecnológicos, si bien para ello se añade que, a estos efectos, el o la LAJ “hará uso de la firma electrónica u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías” (art. 89.2 LRJS).

Finalmente, en el art. 143.1 LRJS se añade que en los procedimientos en materia de prestaciones de la seguridad social es posible la remisión del expediente administrativo de forma electrónica facilitándose su puesta a disposición “en los términos previstos en el artículo 63 del Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, aprobado por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo”, es decir, a través de un nodo de interoperabilidad, de la dirección electrónica o localizador que dé acceso al expediente electrónico puesto a disposición, siempre que se garantice la integridad del acceso a lo largo del tiempo que determine la correspondiente política de gestión de documentos electrónicos y el cumplimiento de la normativa de interoperabilidad aplicable al tipo de expediente.

2.1.3. Modificaciones de agilización

Las modificaciones que tienden a fomentar la economía procesal son las más numerosas y fundamentalmente se concentran en la figura de la acumulación.

De este modo, se amplían los supuestos de acumulación de acciones pues, aunque se sigue permitiendo la acumulación de acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados cuando entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir y entendiéndose que ello acaece cuando se funden en los mismos hechos, ahora se añade que también existe la conexión exigida cuando se funden “en una misma o análoga decisión empresarial o en varias decisiones empresariales análogas” y se fuerza la acumulación al señalarse que en estos casos, si los actores (o actor) no ejercitaran conjuntamente esas acciones, deberá acordar la acumulación de los procesos de oficio “el juzgado” “salvo cuando aprecie, de forma motivada que la acumulación podría ocasionar perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes” (art. 25.3 LRJS). En el mismo precepto, la acumulación de demandas derivadas del mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional que se deben repartir en el momento de su presentación al juzgado o la sección de la misma Sala y Tribunal que hubiere conocido del primero de los procesos, se condicionaba a la constancia de dicha circunstancia o que la misma se hubiera puesto de manifiesto en la demanda. Ahora tal constancia se suprime. Pero a cambio se introduce un segundo párrafo cuyo objetivo es forzar el examen conjunto de estos asuntos ya que ahora el reparto se erige en obligación no condicionada, de modo que es la oficina judicial quien deberá estar particularmente atenta al efectivo cumplimiento de la norma. Pero, además, se establece que, en defecto del reparto judicial de oficio, entonces “las partes deberán informar de esta circunstancia al juzgado o sección al que se hubiera repartido la primera demanda o recurso, en el plazo de cinco días desde la notificación de la admisión de la segunda o ulteriores demandas o recursos o en su caso, desde que la parte tenga

conocimiento del juzgado o sección a la que hubiere sido turnada la primera demanda o recurso” (art. 25.5 LRJS). Con ello, el deber se extiende a las partes concretándose el modo y tiempo en que deben facilitar dicha información. Finalmente, en supuestos de impugnación de actos administrativos que afecten a una pluralidad de destinatarios, la existencia de otros procesos que permita la acumulación en el juzgado o sección que conociera de primero de dichos procesos, se debe poner en conocimiento en la demanda, pero ahora también se admite “en el recurso” cuando existan otros recursos en los que puedan concurrir los supuestos de acumulación. En tales casos se señalaba, y se sigue señalando, que es la Administración autora del acto impugnado quien debe comunicar al juzgado o tribunal, tan pronto le conste la existencia de otras demandas o recursos en las que puedan concurrir los supuestos de acumulación previstos. Pero, también aquí se establece la misma regla supletoria para asegurar la acumulación por la que, en su defecto, es el resto de las partes quien debe informar al juzgado o sección al que se hubiera repartido la primera demanda o recurso, en el plazo de cinco días desde la notificación de la admisión de la segunda o ulteriores demandas o recursos (art. 25.7 LRJS).

En la regulación de supuestos especiales de acumulación de acciones (art. 26 LRJS), que es donde se establece la regla general de no acumulación en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvenición, de la mayor parte de las acciones propias de las modalidades procesales especiales (art. 26.1 LRJS), sin perjuicio de la posibilidad de poder reclamar en dichos juicios la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 26.2 LRJS), se añade la posibilidad, no obstante, de acumular a todas ellas las acciones de “responsabilidad por daños derivadas” en el art. 26.1 LRJS pero también se incluye dentro de la prohibición de acumulación “las acciones en reclamación sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia a las que se refiere el artículo 138 bis”. En este mismo precepto, como es sabido, se contienen algunas excepciones a la regla general para permitir la acumulación de ciertas acciones y es aquí donde la reforma interviene para ampliar dicha posibilidad.

En primer término, en relación con la posibilidad de acumular en la misma demanda las acciones de despido y extinción del contrato cuando la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido para la modalidad procesal de despido. Con la acción de despido se permitía acumular la reclamación de las cantidades adeudadas derivadas del finiquito, con expresa remisión al art. 49.2 TRET, mientras que ahora la reforma suprime dicha referencia para permitir la acumulación de “las cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada adeudas hasta esa fecha” (se entiende que es la del despido), lo que en principio tampoco parece suponer una gran modificación en

tanto el finiquito como saldo de cuentas al que alude el art. 49.2 TRET supone “un documento de liquidación de las cantidades adeudadas” cualquiera que sea su causa siempre que se derive de la relación laboral. Sin embargo, el hecho de que en el finiquito pudieran contenerse cantidades de cuantía no determinada, hace pensar que el legislador reduce la acumulación a las cantidades vencidas e indiscutibles (cuantía determinada) y sólo a estas. De hecho, esta acumulación de acciones (cantidad y despido) antes se condicionaba a que no existiera una especial complejidad en los conceptos reclamados que pudiesen ocasionar demoras excesivas al proceso por despido, en cuyo caso el juzgado podía disponer, en acto seguido de la celebración del juicio, que se tramitaran en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad (art. 26.3.último párrafo). Tal previsión ha sido eliminada en la reforma de modo que, en todo caso, deberán examinarse despido y cantidades acumuladamente, pero solo en relación con cuantías determinadas. En segundo lugar, se añade una nueva excepción a la regla de no acumulación (nuevo 26.8 LRJS), permitiendo la acumulación en una misma demanda de acciones individuales de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por parte de distintos actores contra un mismo demandado, siempre que se deriven de los mismos hechos o de una misma decisión empresarial, así como también ahora se permite la acumulación en una misma demanda de acciones de despido por causas objetivas por parte de distintos actores contra un mismo demandado siempre que deriven de cartas de despido con idéntica causa.

Ya por lo que se refiere a la acumulación de procesos la reforma establece la obligatoriedad de la acumulación subjetiva frente a un mismo demandado de acciones idénticas o acumulables tanto las seguidas ante el mismo juzgado o tribunal, debiendo motivar la no acumulación en supuestos de que la misma pueda ocasionar perjuicios desproporcionados (art. 28.1 LRJS), como en el caso de que las demandas pendieran en distintos procesos ante distintos juzgados de lo social de una misma circunscripción, si bien en este segundo supuesto la obligatoriedad puede ser de oficio pero también a instancia de parte, en cuyo caso se impone a las partes la obligación de comunicar la existencia de las demandas ante el juzgado o tribunal que haya conocido de la primera demanda que haya tenido entrada en el Registro (art. 29.1 LRJS).

En relación con el momento en que debe procederse a la acumulación de acciones y procesos, aspecto regulado en el art. 34 LRJS, se mantiene que debe formularse antes de la celebración de los actos de conciliación o de juicio, salvo que se proponga por vía de reconvención, pero la reforma incorpora la posibilidad de que se proceda a la suspensión por el tiempo imprescindible de aquellas actuaciones cuya realización pudiera privar de efectividad y dejar sin efecto la acumulación (nuevo art. 34.2 LRJS). El reforzamiento de la acumulación en tales casos se endurece ya que mientras que, en la

redacción anterior del precepto, una vez acordada la acumulación de procesos ésta podía dejarse sin efecto por el órgano judicial respecto a uno o varios de ellos cuando concurrieran causas justificativas para su tramitación separada, con la nueva redacción (ahora en el art. 34.3 LRJS) la acumulación sólo puede dejarse sin efecto ahora si se justifica “de forma motivada, que la acumulación efectuada podría ocasionar perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes”, es decir, se acotan las causas justificativas de una tramitación separada ciñéndolas sólo a supuestos en que la falta de tramitación separada pudiera vulnerar la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes.

Finalmente, también en materia de acumulación, pero ahora de recursos, se reforma el art. 234.1 LRJS para añadir la posibilidad de acumular de oficio recursos de casación o de casación para la unificación de doctrina previo traslado a las partes por 5 días, obstaculizándose también que se deje sin efecto la acumulación declarada, salvo causa justificada en el mismo motivo anteriormente señalado, esto es, que se pudieran ocasionar perjuicios desproporcionados para la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes.

Además de en materia de acumulación, otras modificaciones atañen a los actos previos a la interposición de la demanda, como mecanismos alternativos de resolución de conflictos exigidos legalmente, así como para la admisión de la demanda. Así, entre los procesos exceptuados de conciliación o mediación previa se añaden ahora los procesos monitorios y los relativos al acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia a los que se refiere el artículo 138 bis (art. 64.1 LRJS). También quedan exceptuados aquellos procesos en los que la representación corresponda al abogado del Estado, al letrado o letrada de la Administración de la Seguridad Social, a los representantes procesales de las Comunidades Autónomas o de las Administraciones Locales o al letrado o letrada de las Cortes Generales (art. 64.1.a LRJS). Cuando, por el contrario, es obligatoria la conciliación o mediación previas, la redacción actual del art. 66,1 LRJS simplemente establecía que la asistencia al acto de conciliación o de mediación es obligatoria para los litigantes. La novedad que se incorpora tiene que ver con la necesidad de recabar los datos adecuados que impidan retrasar o frustrar posteriores actuaciones judiciales. De este modo se añade un nuevo párrafo a continuación que señala la obligación de “las partes que hayan comparecido sin profesionales designados” de “aportar su número de teléfono, dirección de correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que permita su comunicación telemática, realizándose las notificaciones desde ese momento en la dirección telemática facilitada, siempre que se cumplan los requisitos establecidos de la Ley que regule el uso de las

tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia” (art. 66.1 LRJS).

En el proceso ordinario, hasta el momento el LAJ daba cuenta en el plazo de 3 días al juez o tribunal cuando entendía que concurrían una falta de jurisdicción o de competencia. A partir de 20 de marzo de 2024, el LAJ, de modo previo a dar cuenta al órgano judicial para que éste decida lo que sea oportuno, debe antes requerir a las partes y al Ministerio Fiscal en tales casos (art. 81.1 LRJS). En caso de que existieran defectos u omisiones en la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso, así como en relación con los documentos de preceptiva aportación con la misma, se mantiene la obligación de ofrecer plazo para subsanación, pero, una vez efectuada la subsanación, el LAJ debe admitir la demanda de inmediato y no en el plazo de 3 días que la ley le venía confiriendo (art. 81.2 LRJS). Cuando la demanda es directamente admisible o ha sido ya subsanada, ya no se dota de competencia al juez o tribunal para decidir sobre las diligencias de preparación de la prueba a practicar en el juicio solicitadas en la demanda, sino que ahora se asignan al LAJ, quien acordará lo que corresponda para posibilitar su práctica en el decreto de admisión de la demanda, sin perjuicio de lo que el juez, la jueza o el tribunal decida sobre su admisión o inadmisión en el acto del juicio (art. 81.4 LRJS), si bien los supuestos de solicitud de diligencias de anticipación o aseguramiento siguen siendo competencia del juez o tribunal. Por último, se introduce un nuevo apartado en este mismo art. 81 para que el LAJ requiera “a la parte demandada para que, en el plazo de dos días desde la notificación de la demanda, designe letrado o letrada, graduado o graduada social o procurador o procuradora, salvo que litigase por sí misma” (art. 81.5 LRJS).

En la regulación de la forma y contenido de la sentencia, el art. 97 se reforma sólo en su apartado 3º para ampliar los casos en los que se puede imponer una sanción pecuniaria, añadiendo a los ya existentes (al litigante que no acude sin causa justificada al acto de conciliación, o que obró de mala fe o temeridad) también el supuesto de no acudir injustificadamente al acto de mediación o “cuando la sentencia condenatoria coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación”.

Finalmente, la intención del legislador de fomentar la economía procesal se hace también patente en la reforma del proceso monitorio (art. 101 LRJS), escasamente utilizado en el ámbito laboral en comparación con el ordinario, pero que se intenta potenciar ampliando de 6000 euros a 15.000 euros el máximo de la reclamación de cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada que se puede solicitar por esta vía, suprimiendo: a) la exigencia de justificar el intento de conciliación o mediación

cuando fueran exigibles, b) la referencia que se hacía a la prohibición de requerir al empresario por edictos para que pague o comparezca alegando razones para oponerse, c) la exigencia de “previa entrega de la cantidad” “consignada” para el archivo del proceso, transcurrido el plazo conferido en el requerimiento, al suprimirse la posibilidad de consignación de la cantidad debida. Por lo demás, en caso de formularse oposición, se reduce el plazo de 4 días al de 3 días para que la parte demandante “manifieste lo que a su derecho convenga respecto a la oposición. Si las partes no solicitan vista, pasarán los autos al juez o jueza para dictar resolución fijando la cantidad concreta por la que despachar ejecución. Si se solicitara vista, se convocará la misma siguiendo la tramitación del procedimiento ordinario”; y en caso de que no sea posible notificar “personalmente”, se añade, el requerimiento de pago, se dicta resolución convocando la vista siguiendo la tramitación del procedimiento ordinario, suprimiéndose la exigencia anterior de dar traslado al actor para que presente demanda. El resto de las exigencias y la tramitación se mantienen.

2.2. *Novedades*

Ya en lo referente a las adiciones, salvo la introducción en el art. 103 LRJS de dos nuevos párrafos (el 4º y el 5º), sobre la demanda de despido el resto de las novedades gira en relación con el denominado procedimiento testigo.

En primer lugar, en la demanda por despido se añade un procedimiento urgente y preferente (vista en los 5 días siguientes a la admisión de la demanda y sentencia dictada en 5 días) en los casos en los que el trabajador manifieste que la empresa no ha tramitado la baja por despido en la TGSS (art. 103.4 LRJS). Es decir, se introduce el despido verbal que normalmente se produce por desaparición de la empresa sin que la empresa tramite la baja del trabajador y lo hace otorgándole preferencia. Dicha preferencia, sin embargo, como puso de manifiesto el informe del CGPJ, puede terminar por perder su virtualidad y eficacia pues cada vez más procedimientos (vacaciones, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, etc.) y en estos despidos hubiera sido adecuado contemplar debidamente la intervención del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en los supuestos de despido verbal. Procedimiento urgente y preferente que igualmente se extiende a las demandas de extinción por falta de pago o retrasos reiterados del art. 50.1.b) TRET (art. 103.5 TRET). Incorporación de estos apartados en el art. 103 que no encaja con la sección en la que se ubica el precepto relativo exclusivamente al despido disciplinario. La incorporación de una única causa de entre las conocidas como “despido indirecto” o, en puridad, de una de las causas de extinción “por voluntad del trabajador” a decir del art. 50 TRET, llama la atención por cuanto reconduce al procedimiento por

despido una de las causas que venía considerándose externa al proceso especial de despido y reconducible a la vía del procedimiento ordinario, pero sin hacer referencia expresa a ninguna otra que, en consecuencia, llevarán a mantener la doctrina consolidada de la vía ordinaria como la adecuada.

La segunda novedad es a incorporación al ámbito de la jurisdicción social del procedimiento testigo. El recurso de casación testigo tramitado y resuelto ante la Sala de lo Social del TS había sido ya introducido recientemente con el RDL 5/2023, de 28 de junio, en el art. 225 bis LRJS⁸. Ahora se acomete la reforma que se había dejado pendiente mediante la introducción por el art. 104.19 del nuevo art. 86 bis LRJS y presenta una razón clara de economía procesal al regular en el orden social un nuevo procedimiento: el *procedimiento testigo* también incorporado ahora en la LEC (art. 438 bis) y que ya introdujera en el ámbito contencioso administrativo el art. 37.2 de la Ley 29/1998, modificado por el RDL 5/2023, de 28 de junio para litigios masivos con identidad sustancial.

En concreto, cuando ante un juez o tribunal estén pendientes: a) una pluralidad de procesos, b) con idéntico objeto c) contra una misma parte demandada, d) no susceptibles de acumulación o que no se hubieran podido acumular, el nuevo precepto le obliga a, tras audiencia de las partes por plazo común de 5 días, tramitar uno o varios de ellos (pleitos testigo) con carácter preferente según el orden de presentación de las demandas, dejando en suspensión el resto hasta que se dicte sentencia firme en el procedimiento testigo. Tras dicha sentencia, dejando constancia de la misma en los procesos suspendidos, se notificará a las partes de dichos procesos para que en el plazo de 5 días: soliciten la extensión de los términos de la sentencia del procedimiento testigo, desistan de la demanda, o continúen con los procedimientos suspendidos. Se reforma también el art. 191.3.b) para añadir a los supuestos en que procede el recurso de suplicación por afectación general, el hecho de que la sentencia de instancia hubiera sido susceptible de extensión de efectos lo que parece incluir ambos nuevos supuestos.

Cuál será la virtualidad del procedimiento testigo en el ámbito laboral plantea dudas⁹ ya que, si su finalidad es la de agilizar y lograr la economía procesal, la norma procesal laboral contempla la acumulación de procesos pendientes de varios actores contra un

⁸ Sobre el mismo puede verse SALINAS MOLINA F., "Breves notas sobre la incidencia del RDL 5/2023 en la LRJS", en el blog "según Antonio Baylos", escritas el 1 de julio 2023, <https://baylos.blogspot.com/2023/07/breves-notas-sobre-la-incidencia-del.html>, consultado el 2 de enero 2023; FERNÁNDEZ NIETO L., "La figura del recurso de casación testigo en la jurisdicción social", *Diario LA LEY* n. 10362, de 5 de octubre de 2023, consulta *on line*.

⁹ Al respecto *vid.* CHOCHRÓN GIRÁLDEZ A.M., "Medidas de eficiencia procesal: la implementación del pleito testigo en el enjuiciamiento laboral", *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, n.7/2023, pp. 21-50; en el ámbito civil *vid.* CASTILLO MARTINEZ M.C. "El pleito testigo en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal", *Práctica de Tribunales* n. 160/2023, *La Ley* 1125/223, *on line*

mismo demandado cuando la pretensión sea idéntica (art. 28 LRJS) o cuando entre ellos exista tal grado de conexión que de seguirse por separado pudieran llevar a dictarse sentencias incompatibles o excluyentes (art. 30 LRJS) y todo ello sea en el mismo o distinto juzgado o tribunal. En el pleito testigo solo se está ante un único juzgado o tribunal y exclusivamente la posibilidad de seleccionar por el orden de las demandas se concede al órgano judicial y no a las partes. El pleito testigo, por otra parte, si lo que pretende es economía procesal y agilizar asuntos con el mismo objeto, podría haberse configurado de modo obligatorio como “cosa juzgada” respecto al resto dependientes en suspenso, a modo parecido de lo que ocurre en los conflictos colectivos de trabajo también para evitar pleitos en masa. Sin embargo, el pleito “guía” o “testigo” elegido y resuelto de modo realmente ágil para permitir reducir al mínimo la suspensión de los pleitos dependientes, al final puede terminar sin que su solución termine por proyectarse en los pendientes en la medida en que la nueva norma permite que las partes de los suspendidos quieran la extensión de los efectos, pero también permite que las partes desistan y, en consecuencia no se aplicaría la sentencia firme que no les vincula en tal caso y podrían acordar términos diversos o no sustancialmente idénticos; al mismo tiempo que declara que las partes también pueden decidir “la continuación del procedimiento” sin mayores especificaciones. Ello hace surgir la duda de si la continuación sólo puede seguir respecto a cuestiones no planteadas y no resueltas en el procedimiento testigo o si, a pesar de haber sido resuelto el nudo gordiano de la pretensión planteada, pueden las partes decidir seguir. Acudir a la LEC para resolver esa duda no parece tampoco muy seguro ya que el procedimiento testigo tan sólo se contempla para un supuesto muy específico (demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación) por lo que no parece configurarse como norma general aplicable frente a la especial laboral por muy supletoria que sea. Al estar todos los pleitos suspendidos pendientes ante un mismo juzgado o tribunal, lo normal es que se proyecten los mismos efectos de la sentencia firme obtenida en el procedimiento testigo y que tan sólo se aborden aspectos colaterales novedosos no abordados específicamente. En este sentido debe destacarse la diferencia entre la regulación procesal civil y la social en la medida en que el art. 438 bis. 3º LEC en lo relativo a la posibilidad de la continuación del proceso: a) la vincula a una decisión inicial del órgano judicial, y b) al hecho de haber sido o no resueltas todas las cuestiones planteadas, relacionando el órgano judicial las que cree que no han sido resueltas y dejando que sea la parte la que después solicite y manifieste su opción. Por el contrario, en el orden social: a) no existe una posición judicial inicial y corresponde a los demandantes el hecho de interesar la opción, b) se omite toda referencia a la existencia o no de razones o cuestiones no resueltas, lo que podría dar lugar a otros supuestos

como la mera voluntad de seguir, sin más (por ejemplo, porque la firmeza se ha quedado en una sala de lo Social de un TSJ por no existir sentencia contradictoria y que luego exista).

En todo caso, para el supuesto de solicitarse por los demandantes la extensión de los efectos de la sentencia firme se añaden nuevos artículos a la sección sobre normas de ejecución colectiva y, en concreto, se introduce un nuevo art. 247 ter que regula precisamente cómo se gestiona esta extensión. De este modo, una vez firme la sentencia tramitada como preferente del procedimiento testigo, el Letrado de la Administración de justicia requiere a los demandantes afectados por la suspensión para que en un plazo de 5 días soliciten la extensión, la continuación o el desistimiento. No obstante, la extensión se acuerda por el juez o tribunal, aunque se contemplan excepciones a tal posibilidad tales como: la existencia de cosa juzgada; que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o, en su defecto, a la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia territorialmente competente; que exista resolución que causa estado en vía administrativa, consentida y firme; que concurra una causa de inadmisibilidad propia del proceso suspendido que impida el reconocimiento de la situación jurídica individualizada; que se encuentre pendiente un recurso de casación para la unificación de doctrina, cuya resolución pueda resultar contraria a la doctrina determinante de la sentencia firme cuya extensión se pretenda.

Finalmente, en esa misma sección se introduce un nuevo art. 247 bis¹⁰, también denominado “extensión de efectos” en el que se contempla la posibilidad de que los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas (y que, en principio, sólo vincularía a las partes interesadas) puedan extenderse a otras personas en fase de ejecución de la sentencia. Para tal extensión de efectos se exige que: a) los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo, b) el órgano sentenciador sea también competente por razón de territorio para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada, c) que los interesados soliciten la extensión en el plazo máximo de un año desde la última notificación de la sentencia a quienes fueron parte en el proceso. Cumplidos estos requisitos, la solicitud, por escrito razonado y en la que se justifique y acredite la identidad de situaciones, se dirige al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución cuyos efectos se pretende que se extiendan. Se establece el traslado a la parte condenada en la sentencia y a los posibles responsables subsidiarios para que en el plazo máximo de

¹⁰ Diferente a los supuestos de extensión de efectos en el procedimiento testigo del art. 247 ter que requiere la suspensión de los procedimientos ya iniciados.

quince días puedan efectuar alegaciones y de no aceptarse, en todo o parte la extensión solicitada, se pondrá de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de cinco días, con emplazamiento en su caso de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión, salvo que el órgano jurisdiccional, en atención a las cuestiones planteadas o por afectar a hechos necesitados de prueba, acuerde abrir el trámite incidental del art. 238 LRJS. Finalmente, el órgano judicial dicta auto resolviendo sobre la extensión de efectos solicitada, sin que pueda reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate. Con testimonio de dicho auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. Contra dicho auto cabe recurso de suplicación si la pretensión instada en el incidente de extensión es susceptible de suplicación. Como en el procedimiento testigo, también aquí se prevé la desestimación del incidente si concurren causas obstativas (cosa juzgada, doctrina jurisprudencial o judicial contraria, existencia de resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haberla impugnado jurisdiccionalmente. Si la sentencia firme cuya extensión se pretende se encuentra pendiente de un recurso de revisión o de un incidente de nulidad, quedará en suspenso la decisión del incidente de extensión de efectos hasta la resolución de aquellos y lo mismo ocurre cuando se encuentre pendiente un recurso de casación para unificación de doctrina cuya resolución pueda resultar contraria a la doctrina determinante de la sentencia firme cuya extensión se pretende.

2.3. *Supresiones*

Finalmente, por lo que respecta a las supresiones, en primer lugar, la que se lleva a cabo en la Disposición Transitoria 4ª supone mantener que el orden jurisdiccional social conoce de los procesos de impugnación de actos administrativos dictados desde que entró en vigor la LRJS (11 de diciembre de 2011) en materia laboral, sindical y de seguridad social, cuyo conocimiento se atribuye por la misma al orden jurisdiccional social (párrafo primero) y suprimir el segundo que atribuía al orden contencioso-administrativo la impugnación de los actos administrativos dictados en dichas materias antes de su entrada en vigor. Por su parte, la supresión del segundo párrafo de la Disposición Final Séptima, que postponía la entrada en vigor de la atribución competencial al orden social del reconocimiento de la situación de dependencia y prestaciones económicas y servicios derivados de la Ley 39/2006 de Dependencia a la aprobación de una ulterior ley, complementa la nueva redacción dada al art. 2.o) LRJS que añade estas situaciones al ámbito del orden social a fin de entender que su vigencia comenzará en la fecha indicada por el RDL 6/2023 para su Libro I, esto es, el 20 de marzo de 2024. Aparentemente con tal proceder debiera cambiar la doctrina mantenida

por la Sala de lo social del Tribunal Supremo que insistía en que, de momento, la competencia seguía siendo del orden contencioso administrativo (SSTS 17-9-13, rec. 2212/2012, 11-11-14, rec. 2970/2013, 8-7-15, rec. 2346/2013).

IV. CONCLUSIONES

La reforma llevada a cabo por el RDL 6/2023 en la Administración de Justicia impulsa, sin duda, el proceso de digitalización. Que ello lleve de inmediato a una agilización y a una economía procesal, no obstante, está aún por ver. No cabe duda de que los pasos hacia la normal introducción de las tecnologías en la Justicia se deben dar, so pena de retrasar aún más la tutela judicial efectiva del ciudadano, a la par que defenderla cuando carece de todo acceso (físico o formativo) a estos medios. Pero la norma, por sí misma, aunque incentive o promueva avances, no es suficiente. Claramente existen problemas que ya se detectaron en la puesta en funcionamiento de los primeros pasos de la digitalización, baste recordar los problemas de LExNet, la falta de interconexión entre los distintos sistemas judiciales según las Comunidades autónomas o la existencia de un sistema propio e independiente en el Tribunal Constitucional. Los problemas a los que se enfrenta la nueva norma se centran en la necesidad de inversiones. En medios tecnológicos, que permitan que no sólo en las grandes urbes se pueda obtener un acceso a la justicia de calidad y que doten de efectivos renovados a las oficinas judiciales. En formación, uno de los grandes retos habida cuenta de la constante renovación de la tecnología. En seguridad, habida cuenta de la importancia que ésta tiene para asegurar los derechos fundamentales más comúnmente afectados, como la protección de datos o la intimidad.

Por lo que se refiere a las medidas de eficiencia procesal en el ámbito laboral, lo cierto es que muchas de las medidas de eficiencia digital pueden ayudar la eficiencia procesal, pero también pueden tener un efecto boomerang. La pandemia nos hace plenamente conscientes de los retrasos imposibles que se generan cuando fallan las comunicaciones, se colapsan, no se está familiarizado con el proceso telemático, se bloquean las páginas por falta de capacidad, o se termina por necesitar a personal técnico desbordado por las contingencias. A veces la eficiencia procesal, que no economía, se logra con inversiones en personal o mediante rigurosas pautas organizativas internas. En cuanto a la economía procesal que busca aligerar los asuntos en los órganos judiciales, la reforma tiene a buscarla con ímpetu como lo demuestran las exageradas acumulaciones -algunas de ellas terminan por desnaturalizar la urgencia de la modalidad especial pretendida (como en el caso del despido con complejas deudas salariales)-, el pleito testigo -cuya eficacia dependerá de que, efectivamente se conozcan o quieran darse a conocer por los abogados la existencia de pleitos conexos y de la

dificultad de su éxito en un sistema multinivel en el propio Estado y con cuya generalización podría llegar a impedirse la unificación de doctrina si no existen sentencias contradictorias-, o la extensión de efectos -que en la práctica judicial se intentaba ya hacer en la medida de lo posible-, en tanto suponen incrementar trámites procesales y el trabajo de la oficina judicial, por lo que tampoco es seguro que contribuyan a agilizar la jurisdicción¹¹

La actual reforma, además, no ha incorporado algunas de las medidas previstas en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio público de Justicia¹² que quedó sin concluir como consecuencia de la disolución anticipada del Congreso de los Diputados y del Senado. Antes de entrar en alguno de esos olvidos, señalar, además, que el propio Proyecto de Ley referido ya abandonaba la introducción de la contestación escrita de la demanda que sí se contenía en el Anteproyecto, aunque fuera de un modo tímido¹³ y, según algún autor, de modo claramente insuficiente, distorsionador e incompleto¹⁴. Esta contestación se ha considerado por algunos como un elemento verdaderamente transformador del proceso laboral si se introdujera, al menos, para determinados procedimientos como algunos asuntos de Seguridad Social, impugnaciones de actos administrativos o en general, pretensiones frente a entes administrativos donde la prueba es exclusivamente documental consistente en expediente administrativo, lo que agilizaría la tramitación y resolvería el problema de la aportación de la prueba documental por la parte demandada en el expediente judicial electrónico¹⁵.

Entre las ausencias que el RDL presenta respecto al Proyecto de Ley, destacan la falta de incorporación de la conciliación intraprocesal, por medio de la cual se pretendía la disociación temporal entre los actos de conciliación judicial y juicio, medida que perseguía dar sustancialidad propia a la conciliación judicial con una intervención del LAJ más tendente a la figura de la mediación alejada de la inmediatez del juicio, pero que, en

¹¹ SERRANO ESPINOSA G.M., "Sobre la eficiencia procesal en la reforma del proceso laboral" (1), *Diario LA LEY*, n. 10277, de 2 de Mayo de 2023, consulta *on line*.

¹² Proyecto de Ley 121/000097, de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (BOCG de 22 de abril de 2022).

¹³ En el Anteproyecto se formulaba una tímida propuesta de contestación escrita a la demanda (que la parte demandada realice una sucinta contestación a la demanda, pudiendo presentarla por escrito de forma telemática en el plazo de tres días) considerada por algunos como una medida acertada para evitar suspensiones y posibilitar que el tribunal pueda preparar mejor el acto de juicio a tenor de lo manifestado por la demandada: URBANO HERNANDO M., Y Tuset del Pino P., "Diálogos para el futuro judicial XXII. La nueva conciliación laboral" *Diario La Ley*, n. 9818, 25 de Marzo de 2021, LA LEY 3310/2021

¹⁴ DE LAMO RUBIO J., "La conciliación intraprocesal social en el anteproyecto de ley de eficiencia procesal", *La Mediación en el ámbito Jurídico-Laboral*. LA LEY 5940/2022, *on line*.

¹⁵ SERRANO ESPINOSA G.M., "Sobre la eficiencia procesal en la reforma del proceso laboral" (1), *cit.*

términos cuantitativos en la práctica diaria, según algún autor, no aceleraría ni el 50% del trabajo final de un Juzgado pues los procedimientos en que es preceptiva la misma suele ser inferior a la mitad del volumen de trabajo en la medida en que la parte más importante del volumen de entrada viene constituido por procesos de seguridad social y similares y de otros que no requieren de conciliación intraprocesal¹⁶. No obstante, si efectivamente contribuyera a disminuir esa proporción menor al 50%, a juicio del ciudadano afectado, ya sería un avance.

Por otro lado, tampoco se incluye la reforma inicialmente planeada en el art. 50 LRJS para admitir la sentencia oral en todo tipo de procesos, ni se reforma de modo sustantivo el art. 50.1.b) del TRET. Aunque se incluye el supuesto de la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado como pretensión de rescisión sometido a urgencia y la tramitación preferente propia de la modalidad del despido (art. 103.5 LRJS) no se realiza la paralela reforma sustantiva que preveía la DF 8ª del Proyecto de Ley¹⁷ por la que se establecía una presunción *iusuris tantum* de retraso cuando se supere en quince días la fecha fijada para el abono del salario; y una presunción *iusuris et de iure* de concurrencia de la causa para la resolución judicial del contrato cuando se adeuden al trabajador o la trabajadora, en el período de un año, tres mensualidades completas de salario aún no consecutivas o cuando concurra retraso en el pago del salario durante seis meses, aún no consecutivos¹⁸. Con ello se confirma lo que ya había puesto de

¹⁶ Su estudio en DE LAMO RUBIO J., La conciliación intraprocesal en el Anteroyecto de Ley de Eficiencia Procesal, cit.

¹⁷ Disposición final octava. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDleg. 2/2015, de 23 de octubre. El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDleg. 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue: Único. Se modifica el artículo 50, que queda redactado como sigue: «Artículo 50. Extinción por voluntad del trabajador. 1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Sin perjuicio de otros supuestos que, por el juez, la jueza o el tribunal puedan considerarse causa justa a estos efectos, se entenderá que hay retraso cuando se supere en quince días la fecha fijada para el abono del salario, concurriendo la causa cuando se adeuden al trabajador o la trabajadora, en el período de un año, tres mensualidades completas de salario, aún no consecutivas, o cuando concurra retraso en el pago del salario durante seis meses, aún no consecutivos. c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador o la trabajadora en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados. 2. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente».

¹⁸ SERRANO ESPINOSA G.M., “Sobre la eficiencia procesal en la reforma del proceso laboral” (1), cit., quien critica que el legislador se ha quedado corto en el primer caso y no llega, en el segundo a la vista de la doctrina de los tribunales de la que debió partir.

manifiesto la doctrina al comentar los proyectos de ley¹⁹ en el sentido de que no siempre se vislumbran con la debida nitidez los espacios de juego entre el derecho sustantivo y el derecho procesal en el ámbito social.

Para finalizar base con señalar que en esta reforma siguen siendo válidas algunas reflexiones que ya pusiera encima de la mesa la mejor doctrina, como la necesidad en las reformas procesales del ámbito de la jurisdicción social de mayores remisiones directas a los concretos preceptos de la LEC aplicables o directamente a la LEC, para dotar de una mayor precisión la función de cobertura de esta norma supletoria, o una delimitación más adecuada del elenco de modalidades procesales, donde concurren “piezas asistemáticas (como el proceso monitorio, la audiencia al demandado rebelde o los procesos de revisión o por error judicial) y en el que deberían tener ubicación algunos otros asuntos (como la impugnación de los laudos arbitrales, las acciones de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador o los contenciosos sobre trabajo autónomo y trabajo en cooperativas)”²⁰, además de clarificar en las normas sustantivas y procesales el alcance del control de convencionalidad que vienen realizando algunos tribunales respecto a la indemnización adecuada o el preaviso exigido en una figura central del Derecho del trabajo (material y procesal) como es el despido disciplinario.

¹⁹ GARCÍA MURCIA J. Las leyes de eficiencia del servicio público de justicia: visión general y posible incidencia en la jurisdicción social, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 474 (mayo-junio 2023), pp. 55-83.

²⁰ GARCÍA MURCIA J. Las leyes de eficiencia del servicio público de justicia: visión general y posible incidencia en la jurisdicción social, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 474 (mayo-junio 2023), pp. 55-83.

**¿EN SERIO UNA JORNADA DE TRABAJO PARA EL ESTATUTO DE LOS
TRABAJADORES DEL S. XXI? A PROPÓSITO DEL ESTUDIO SOBRE
FUNDAMENTACIÓN DE UNA LEY DE USOS DEL TIEMPO Y
RACIONALIZACIÓN HORARIA**

Por

ERIK MONREAL BRINGSVAERD
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de las Islas Baleares

erikmonreal@gmail.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: Este trabajo valora críticamente el Estudio de fundamentación de una Ley de usos del tiempo y racionalización horaria presentado por el Ministerio de Trabajo en junio del pasado año. Lo que se enjuicia son los fundamentos del Estudio, no sus propuestas, aunque en algún caso la valoración de aquel comporte una valoración de la propuesta, como sucede con la propuesta de reformar la duración de la jornada. La intención es proporcionar al lector elementos de juicio para que pueda valorar si este Estudio sirve para fundamentar la Ley que anuncia.

PALABRAS CLAVE: Directiva sobre tiempo de trabajo; Comisión Europea; realismo jurídico; mimetismo legislativo; metodología; tiempo de trabajo digitalizado.

SUMARIO: I. Consideraciones generales. -II. Sobre la Bibliografía del Estudio.- III. Poco realismo jurídico.- IV.- Mimetismo con respecto al vigente régimen.- V.- Aplicación errática de la Directiva sobre tiempo de trabajo. Y sobre su coordinación con los Convenios de la OIT.- VI. Aproximaciones metodológicas discutibles y otras inconsistencias.- VII. Tiempo de trabajo digitalizado: Mucha Directiva sobre condiciones de trabajo previsibles y nada de Directiva sobre tiempo de trabajo.- VIII. Apunte final.

**SERIOUSLY A WORK DAY FOR THE STATUTE OF 21ST CENTURY
WORKERS? REGARDING THE STUDY ON THE FOUNDATION OF A LAW
ON TIME USES AND TIME RATIONALIZATION**

ABSTRACT: This work critically assesses the Study on the Foundation of a Law on Time Use and Rationalization presented by the Ministry of Labour in June of last year. What is judged are the foundations of the Study, not its reform proposals, although in some cases the assessment of that conduct also evaluate the reform proposal itself, as it happens with the proposal to reform the weekly working day. The intention is to provide the reader with elements of judgment so that he can assess whether this Study serves to substantiate the Law that announces.

KEYWORDS: Directive on working time; European Commission; legal realism; Legislative mimicry; methodology; digitized work time.

SUMMARY: I. General considerations.- II. On the Bibliography of the Study.- III. Little legal realism.- IV. Mimicry with respect to the current regime.- V. Erratic application of the working time Directive. And on its coordination with the ILO Conventions.- VI. Questionable methodological approaches and other inconsistencies.- VII. Digitized work time: Much Directive on foreseeable working conditions and no Directive on working time.- VIII. Final note.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los iuslaboralistas españoles tenemos una propuesta de *lege ferenda* de marco normativo del tiempo de trabajo. La propuesta (en adelante, Propuesta) se incluye en un *Estudio de fundamentación de una Ley de usos del tiempo y racionalización horaria* (en adelante, *Estudio*) encargado por la Vicepresidencia segunda del Gobierno de España. El *Estudio* fue presentado en junio de 2023 por la Ministra de Trabajo.

El *Estudio* refleja la inquietud de sus redactores en el momento de nuestra sociedad y expresa que es “*urgente y necesario*” encontrar un nuevo equilibrio “*en la organización del tiempo de trabajo*”. Y proporciona hasta diez elementos justificativos de la concurrencia de la urgencia y necesidad de la reforma del marco normativo de la jornada de trabajo¹.

Se observa paralelismo entre la utilización en el *Estudio* de los calificativos de ‘urgencia’ y ‘necesidad’ de la reforma que propone con los presupuestos constitucionales habilitantes de la figura del RD-Ley (art. 86.1 CE). Ni que decir tiene que espero que esta sea una impresión mía falsa o casual. Resultaría especialmente importante debatir en el Parlamento cualquier reforma del marco normativo de la jornada. Y especialmente esta, dado el carácter transversal del *Estudio* que la fundamenta. Y es que, además del ET, el *Estudio* toca amplísimos ámbitos de la vida pública², al pretender consagrar un derecho al tiempo “*de toda la ciudadanía*”.

¹ El *Estudio* justifica la necesidad y urgencia de la *Ley de usos del tiempo* en los siguientes elementos: 1) Garantiza el derecho al tiempo, reduciendo el malestar horario de gran parte de la ciudadanía y genera una mejor calidad de vida; 2) Es ya la batalla de los jóvenes y será la de las nuevas generaciones; 3) Contribuye al ahorro energético; 4) Es un elemento clave para la productividad empresarial; 5) Introduce una mayor flexibilidad y autonomía (pactada) en la organización del tiempo de trabajo; 6) Da certezas y previsibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo (la disponibilidad 24 horas está ganando peso en el mercado laboral. Por eso resulta clave recuperar la previsibilidad del tiempo de trabajo para la persona trabajadora); 7) Facilita la conciliación y la corresponsabilidad; 8) Mejora la salud física y mental y el sueño; 9) Fortalece la democracia y la participación; y, 10) Constituye la base de nuevas políticas públicas y nuevos derechos.

² El *Estudio* identifica los siguientes ámbitos sectoriales necesarios para la mejora de manera sistémica de los usos del tiempo en España: a) Administración y servicios públicos. b) Investigación y datos en usos del tiempo. c) Movilidad y sostenibilidad medioambiental. d) Oferta audiovisual. e) Comercio y consumo. f) Educación y formación a lo largo de la vida.

El objetivo del *Estudio* es facilitar la discusión, aprobación e implementación de la futura *Ley de los usos del tiempo y de racionalización horaria*³. A tal fin, plantea el *Estudio* 84 medidas multisectoriales dirigidas a asegurar una organización del tiempo equilibrada, saludable, eficiente, igualitaria y sostenible con la vida, el país y el planeta. Adicionalmente, el *Estudio* plantea, y de ahí sale la Propuesta, 22 medidas en el ámbito laboral⁴. Medidas que quedan ancladas a otros seis “*objetivos estratégicos*”: 1º) Mejorar la transparencia y previsibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo⁵. 2º) Racionalizar el tiempo de trabajo⁶. 3º) Fomentar una ordenación del tiempo de trabajo saludable y segura⁷. 4º) Contribuir a la productividad de las organizaciones mediante la sostenibilidad y flexibilidad de la ordenación del tiempo de trabajo⁸. 5º) Fomento de la ordenación del tiempo de trabajo corresponsable e igualitaria⁹. 6º) Impulsar la participación empresarial y social en la ordenación del tiempo de trabajo¹⁰.

Hay doctrina científica que ensalza el “*rigor*” de la Propuesta y alberga la esperanza de que “*la mayor parte de propuestas, generales y laborales, vean la luz*”¹¹. Yo creo que

³ Ley cuyo objetivo es “*adaptar las diferentes normativas con relación a los usos del tiempo y, especialmente, modernizar y adaptar el Estatuto de la Persona Trabajadora en base a las directivas y jurisprudencia recientes europeas y convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo*”. Aunque más adelante el *Estudio* dice que el objeto de la Ley viene referido a “*proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades con el objetivo de equilibrar los usos del tiempo en España*”.

⁴ Cada medida laboral incluye un objetivo, una justificación, una propuesta de modificación normativa del ET y aspectos y recomendaciones para su implementación.

⁵ Se proponen las siguientes medidas laborales: 1) Modernizar la definición de tiempo de trabajo, prever expresamente las situaciones que tienen la consideración de tiempo de trabajo y regular las guardias de disponibilidad. 2) Especificar la obligación empresarial de información sobre las condiciones de trabajo. 3) Regular explícitamente el horario.

⁶ Se proponen las siguientes medidas laborales: 1) Reducción y limitación de la jornada máxima. 2) Racionalización de las horas extraordinarias. 3) Compactación de la jornada.

⁷ Se proponen las siguientes medidas laborales: 1) Ampliar el descanso semanal. 2) Ampliar el descanso en jornadas continuadas. 3) Concretar el derecho a la desconexión digital. 4) Introducir una referencia expresa a la obligación empresarial de adoptar medidas de sensibilización y formación frente a la desconexión digital y fatiga informática. 5) Reformar la regulación del trabajo a turnos. 6) Reformar la regulación del trabajo nocturno.

⁸ Se proponen las siguientes medidas laborales: 1) Revisar la regulación de la distribución irregular de la jornada. 2) Revisar la regulación del trabajo a tiempo parcial. 3) Introducir el derecho a excedencia por formación. 4) Ampliar los derechos de fomento de la formación.

⁹ Se proponen las siguientes medidas laborales: 1) Introducir la referencia expresa a la bolsa de horas flexibles u horarios individualizados en el derecho a la adaptación de la jornada. 2) Ampliar las opciones de reducción de jornada por motivos de conciliación. 3) Ampliar los permisos retribuidos. 4) Introducir una salvaguarda para evitar discriminaciones por conciliación.

¹⁰ Se proponen las siguientes medidas laborales: 1) Introducir la obligación de negociar en materia de tiempo de trabajo en el convenio colectivo. 2) Plan de mejora de la organización del tiempo de trabajo y los usos del tiempo

¹¹ ROJO TORRECILLA, E.: ‘El tiempo de trabajo y los usos del tiempo. Las propuestas de contenido laboral y los programas electorales’, En el blog del autor, entrada a 10.07.2023.

esta afirmación tiene que ser filtrada a través de un análisis sosegado y una valoración crítica de las medidas concretas de la Propuesta. Valoración que dejo para el próximo número de esta Revista. Llevo a cabo en ese trabajo una valoración crítica de las propuestas de reforma que propone el Ministerio de Trabajo en materia de cómputo, duración y distribución de la jornada, que acompaño de mis correspondientes propuestas de *lege ferenda*. Para realizar, con todo, esa valoración y proporcionar mis propuestas antes he tenido que realizar un análisis del fondo jurídico-laboral del *Estudio* del Ministerio de Trabajo que fundamenta su Propuesta.

Así que el objeto de estas páginas es este, una valoración crítica del *Estudio* del Ministerio de Trabajo, de sus cimientos jurídico-laborales, que permita al lector hacerse una idea acerca de si este *Estudio* puede servir de fundamento a la reforma que propone del marco normativo de la jornada. Y lo que yo veo en el *Estudio* son insuficiencias, que expongo a través de varios ítems: 1º) Bibliografía. 2º) Poco realismo jurídico. 3º) Mimetismo con respecto al vigente régimen. 4º) Aplicación errática de la Directiva sobre tiempo de trabajo. 5º) Aproximaciones metodológicas discutibles y otras inconsistencias. 6º) Poca Directiva sobre tiempo de trabajo y mucha Directiva sobre condiciones de trabajo previsibles en el planteamiento del marco normativo para la jornada de trabajo digitalizada.

II. SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA DEL ESTUDIO

Es de suponer que las propuestas de reforma del marco normativo de la jornada habrán sido obtenidas con la base dogmática de la *Bibliografía* del *Estudio*.

El apartado del *Estudio* caracterizado como *Bibliografía* mezcla investigaciones de nuestra doctrina científica con normas jurídicas como el Convenio núm. 30 de la OIT o la Directiva 2003/88, sobre ordenación del tiempo de trabajo, y también con documentos técnicos de organismos públicos y privados, nacionales e internacionales. Entre estos documentos técnicos que el *Estudio* dice que son *Bibliografía* hay publicaciones de Eurofound, de Eurostat, de la OIT y del Parlamento y la Comisión Europea. De la UE, el *Estudio* cita el último *Eurobarómetro sobre Deporte y actividad física*¹², un *Informe sobre la organización del tiempo escolar en Europa*¹³, un *Documento de trabajo sobre Riesgos*

¹² Comisión Europea (2018). *Special Eurobarometer 472: Sport and physical activity*.

¹³ De Lel, G. (2021). *The organisation of school time in Europe: primary and general secondary education: 2021/22*, (Publications Office of the European Union, European Education and Culture Executive Agency): <https://data.europa.eu/doi/10.2797/63021>.

para la salud emergentes¹⁴, un *Estudio sobre incidencia y costes de los cuidados informales de larga duración en la UE*¹⁵ y un *Estudio sobre Educación y formación para adultos en aprendizaje permanente en la UE*¹⁶.

Esta *Bibliografía* presta mucha atención a los documentos científico-técnicos de la OIT sobre sus Convenios en materia de jornada y descansos¹⁷ y nula atención a los documentos de la UE sobre la Directiva sobre tiempo de trabajo. En efecto, el 24 de marzo de 2023, meses antes de que el *Estudio* fuese presentado por la Ministra, la Comisión Europea publicó su *Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE*. Texto del que se ha dicho que constituye “*materia de incalculable valor para el estudio de la Directiva*”¹⁸. La Comisión Europea explica que el volumen de jurisprudencia comunitaria sobre esta Directiva hace que para los Estados miembros pueda ser difícil entender el contenido exacto de sus disposiciones, en particular “*el alcance y las limitaciones de la flexibilidad que ofrece*”. Por este motivo, la *Comunicación* expresa que, “*Si la Comisión informa de manera transparente a todos los Estados miembros acerca de su punto de vista sobre determinados aspectos poco claros de la Directiva, los Estados miembros pueden tenerlos en cuenta a la hora de elaborar su legislación nacional*”.

Conviene insistir en que este punto de vista de la Comisión Europea está fundamentado en todas las sentencias y autos que el TJUE ha emitido desde que en el año 1993 se aprobase la original Directiva 1993/104/CE. Jurisprudencia comunitaria vinculante y aplicable en España. En la *Bibliografía* del *Estudio*, con esto y con todo, no encontrará el lector referencia de ningún tipo a esta *Comunicación* de la Comisión. Lo que inquieta, porque, si este texto no se quiere ver como una interpretación auténtica de la Directiva, no se podrá negar que lo que nos ofrece la Comisión sí que es una interpretación autorizadísima de la misma.

El *Estudio* ignora también, en su *Bibliografía*, el *Informe sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE*, emitido por la Comisión Europea el

¹⁴ European Commission (2012). *Health Effects of Artificial Light*. Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks: https://ec.europa.eu/health/scientific_committees/emerging/docs/scenih_r_o_035.pdf.

¹⁵ European Commission (2021), *Study on exploring the incidence and costs of informal long-term care in the EU*. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Publications Office of the European Union: <https://data.europa.eu/doi/10.2767/06382>.

¹⁶ European Parliamentary Research Unit (2019). “Adults in education or training” en *Lifelong Learning in the EU*: <https://www.europarl.europa.eu/thinktank/infographics/lifelonglearning/adult>.

¹⁷ OIT (2007). *Decent work agenda*; OIT (2018). *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*. Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión; OIT (2019). *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*.

¹⁸ ROJO TORRECILLA, E.: ‘Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos periodos de tiempo claramente diferenciados’, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2023, edición digital, pág. 7.

15 de marzo del pasado año, antes que su *Comunicación*. En este *Informe*, la Comisión advierte que “*El aumento del teletrabajo, las nuevas modalidades de trabajo (por ejemplo, el trabajo en plataformas) y la jurisprudencia reciente del Tribunal plantean nuevos retos para la interpretación de las disposiciones de la Directiva*”. No obstante, por mucho que se busque, ni rastro en el *Estudio* de medidas explícitamente dirigidas al reto que representa regular la jornada en el trabajo a distancia o en el trabajo a través plataformas digitales. Yo me pregunto si un estudio que pretende fundamentar una reforma del marco normativo de la jornada, que es algo que necesariamente tiene que hacerse a la luz de la Directiva sobre tiempo de trabajo, puede permitirse el lujo de ignorar que la Comisión Europea nos está diciendo de forma transparente cómo puede implementarse correctamente la citada Directiva.

III. POCO REALISMO JURÍDICO

La *Ley* que nos propone el *Estudio* sugiere mucho realismo y más progresismo. Mi impresión es que ni lo uno ni lo otro. Diría incluso que el *Estudio* peca de realismo de calle y adolece de realismo jurídico. Ese realismo jurídico que, explica el maestro Sala Franco, es tan necesario para hacer investigación en Derecho del Trabajo¹⁹.

La propuesta estrella de todo el paquete de reformas del *Estudio* es reducir la jornada, sin tocar el salario, a 32 horas semanales en el año 2032, mediando un periodo transitorio con jornada semanal de 37,5 horas. Propuesta nada realista. Su justificación en el *Estudio* puede sintetizarse como sigue: 1º) Tendencia mundial a la reducción de la jornada. 2º) Práctica de la negociación colectiva, que recoge jornadas similares. 3) Mandato de la Carta Social Europea sobre duración razonable del trabajo y reducción progresiva de la jornada. 4) Límite máximo de la Directiva de 48 horas semanales en promedio. 5) Trabajadores con más tiempo libre y generación de una dinámica de creación de empleo.

Los puntos expuestos no dejan de ser justificaciones ‘friendly’. Se echa en falta una aproximación, siquiera leve, a la variable creación de empleo/inversión en productividad. Es como si el *Estudio* no quisiera representarse que la evolución de la duración de la jornada es uno de los determinantes de la contribución del factor trabajo al crecimiento del producto de la economía²⁰. Y esto es grave. Máxime cuando hay estudios serios que nos dicen que España presenta una preocupante trayectoria de productividad del trabajo

¹⁹ SALA FRANCO, T.: ‘El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo’, en AA.VV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre relaciones laborales*, Zaragoza, 1977.

²⁰ CUADRADO, M^a. P.: ‘Un análisis de la evolución de las horas trabajadas por ocupado en España: desarrollos tendenciales y evolución reciente’. Banco de España, Boletín Económico, 20.02.2023, pág. 1.

y del capital que viene provocada, entre otros factores, por un deficiente aprovechamiento de los recursos, lo que pone en desventaja a la economía española en el entorno internacional porque frena las ventajas de costes a la hora de competir y las mejoras de renta per cápita y bienestar²¹.

El *Estudio* discurre por la senda de considerar que la reducción de la jornada va a comportar inevitablemente un aumento de la productividad de cada persona trabajadora de nuestro país y que este factor, por sí mismo, va a conllevar un incremento global de la productividad de nuestras empresas²², suponiendo que ello neutralizará el gasto en empleo que acarrea, también inevitablemente, toda reducción por ley de jornada sin reducción salarial. Pero eso hay que demostrarlo. Y no me parece que quede demostrado explicando, como hace una de las autoras del *Estudio*²³, que “*tal vez la reducción de la jornada laboral proyectada no logre un incremento generalizado de la productividad, pero desde luego tampoco hará que seamos menos productivos*”; más aún cuando al mismo tiempo se tiene claro, al parecer, que, en algunos sectores y actividades, existe el riesgo de que la reducción de la jornada genere “*de entrada mayores costes para la empresa*”. De hecho, recientes declaraciones desde el Ministerio de Economía ponen también de manifiesto que nuestros responsables políticos se mueven en un mar de dudas. Así entiendo las declaraciones del Secretario de Estado de Economía cuando manifiesta que la reducción de la jornada “*no tendría por qué afectar a la productividad*”, reconociendo de paso que “*la literatura es bastante ambigua en este sentido*”²⁴.

El lector puede buscar en el *Estudio* una respuesta a la pregunta de quién va a correr con el coste que representaría, para nuestras empresas, esta reducción legal de la jornada sin reducción salarial -por muchas vueltas que le doy, no consigo captar el sentido del apartado del *Estudio* referido a los *Mecanismos de financiación de la ley*²⁵-. Y

²¹ Fundación BBVA, IVIE: *El comportamiento de la productividad en España (1995-2022). Informe OPCE 2023*, disponible en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2024/01/DE_2024_OPCE_MG_Productividad_version_preliminar.pdf.

²² Se afirma en el *Estudio* (pág. 31) que existe una evidencia que relaciona la reducción de las horas de trabajo con una mayor productividad y que el aumento de productividad resulta no solo de factores fisiológicos, como menos fatiga, sino también de una mejora en las actitudes y la motivación de las personas trabajadoras; que cada vez más empresas reconocen que promover un trabajo decente es una estrategia para mejorar el rendimiento individual e institucional; o que mejorar la organización del tiempo de trabajo realza la productividad de forma similar a como lo hacen los salarios de eficiencia.

²³ SERRANO OLIVARES, R.: ‘Reducción de la jornada laboral, productividad y derecho al tiempo’, IUSLabor, núm. 3, 2023.

²⁴ Vid., <https://www.economiadigital.es/economia/el-equipo-de-cuerpo-defiende-la-jornada-laboral-de-yolanda-diaz-no-tiene-por-que-afectar-a-la-productividad.html>.

²⁵ Lo que cabría esperar de este apartado (pág. 64 del *Estudio*) es un detalle de cómo ayudará el Estado a nuestras empresas a compensar el incremento de costes laborales que comporta toda

no va a encontrar respuesta alguna. Y eso que el profesor Sala Franco y otras figuras de nuestra doctrina sí que se han hecho esta pregunta. Por eso es llamativo que la *Bibliografía* no recoja el material de obligadísima consulta que representa la monografía, publicada en 2022, titulada *La Transformación del tiempo de trabajo ¿Hacia la jornada laboral semanal de 4 días?*²⁶, o que deje de incluir otros valiosísimos estudios, como el publicado en 2016 por los profesores García-Perrote y Mercader²⁷. Estas y otras carencias de la *Bibliografía* dicen poco, a mi juicio, acerca del rigor científico del *Estudio*.

Yo le pregunto a nuestra Ministra de Trabajo si en serio piensa que, por ejemplo, la propietaria de un restaurante con 5 camareras en nómina, ella misma de chef y su pareja funcionando como metre, mantendría, tras la reforma, las ventajas salariales reconocidas extra convenio, particularmente las propinas -que hasta ahora son todas para las camareras- así como la flexibilidad en la entrada y salida del trabajo y en días de asuntos propios, cuando además sucede que una de las 5 camareras está de baja, tiene para 3 meses, y recibe el sueldo íntegro porque el convenio colectivo le reconoce el derecho a que la propietaria del restaurante le complemente la prestación por IT. Creo que la respuesta se responde sola. Más bien, el *Estudio*, a fuer de ser realista, debería habernos explicado por qué esto no va a suceder.

Una medida tan polémica, porque no está exenta de riesgos para nuestras empresas y para la economía nacional, debería posponerse. El *Estudio* no lo advierte, pero la medida también puede entrañar riesgos para las personas trabajadoras, en términos de pérdida salarial, incremento de horas extraordinarias, ampliación de la desigualdad entre la clase trabajadora y aumento de brecha social entre colectivos con alta productividad, renta y cualificación y colectivos que no alcanzan estos estándares²⁸. Habiendo quien señala, a mayor abundamiento, que la reducción de la jornada, tal y como la plantea el

reducción de jornada sin reducción salarial proporcional. En cambio, lo que encuentra el lector cuando accede a dicho apartado es una declaración de principios en virtud de la cual se compromete al Estado a “destinar recursos públicos al impulso de políticas y medidas de convergencia necesarias, incluyendo como mínimo: 1) Financiación para la Oficina de Coordinación de Políticas del Tiempo. 2) Financiación para los municipios para los Planes de Organización del Tiempo del Municipio. 3) Financiación para las empresas para el Plan de Mejora de la Organización del Tiempo de Trabajo y los Usos del Tiempo de las empresas. 4) Financiación de los estudios referenciados en esta Ley. 5) Financiación de la Encuesta de Empleo del Tiempo (ETT) cada 5 años y de la convocatoria propia de proyectos de investigación relacionada con los usos del tiempo en España. 6) Medidas de impulso a las empresas para fomentar la transformación de los usos del tiempo. 7) Financiación de la prueba piloto «Caja de pensiones-Fondo de pensiones comunitario»“.

²⁶ Firmada por los profesores T. Sala Franco y J. Lahera Forteza y publicada por la editorial Tirant Lo Blanch, que es la más prestigiosa de nuestro país.

²⁷ Trabajo publicado en la Revista de Información Laboral núm. 10, 2016, que lleva por título *El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)*.

²⁸ LAHERA FORTEZA, J.: ‘El debate de la jornada laboral semanal de cuatro días’, Lex Laborum, núm. 3, 2023, pág. 26.

Ministerio de Trabajo, “obligaría a una revisión de las tablas salariales de los convenios colectivos, fijadas por unidad de tiempo, que podría conllevar un mayor papel de la parte variable retributiva”²⁹.

Tampoco es realista la aproximación que hace el *Estudio* al problema de las horas extraordinarias. Se justifica la necesidad de limitarlas y el incremento de su retribución. En el primer caso por referencia a que su limitación es cuestión recurrente en la legislación y práctica europea. Y en el segundo caso porque el Convenio núm. 1 de la OIT establece un recargo del 25% y porque la retribución superior es práctica habitual en la negociación colectiva. Nada hay en estas justificaciones acerca de la carga de profundidad contra el derecho a observar jornadas limitadas y contra la política de empleo que representa tener en nuestro país, según la EPA del primer trimestre de 2022, una tasa de 6,6 millones de horas extraordinarias semanales, con el añadido de que un 44% de esas horas extraordinarias no son remuneradas. Es verdad que este dato lo recoge el *Estudio*, pero en el apartado dedicado al *Diagnóstico* de la situación en España, a modo de tópico, junto con otros -por ejemplo, que dormimos menos que en Europa o que hacemos poco deporte- que caracterizan a nuestro modelo de sociedad y que conducen a los autores del *Estudio* a afirmar que existe justificación para que la reforma del tiempo de trabajo persiga el objetivo de favorecer “unos usos del tiempo más saludables y seguros”³⁰.

Claro que una reforma del tiempo de trabajo debe perseguir este objetivo. Sin embargo, lo realista es hacerlo atacando al corazón del problema. Problema, este del torrente de horas extraordinarias, que, si algo pone de manifiesto, aunque no se diga en el *Estudio*, es que la reforma de 2019 del registro de la jornada fue un fiasco. Lo que de inmediato conduce a destapar una ausencia del *Estudio*, referida a la no-propuesta en materia de registro de jornada. El *Estudio*, en efecto, no plantea la reforma de la obligación de registro del art. 34.9 ET, que por tanto seguiría solapándose con la obligación de registrar las horas extraordinarias del art. 35.5 ET, que tampoco tocan ni el *Estudio* ni la Propuesta.

²⁹ LAHERA FORTEZA, J.: ‘La jornada laboral semanal de cuatro días’, Trabajo y Derecho, núm. 108, 2023, edición digital, pág. 8.

³⁰ La justificación que ofrece el *Estudio* para unos usos del tiempo más saludables y seguros señala los siguientes factores: 1) Comparado con el resto de Europa (y el mundo), España tiene una pausa excesiva a la hora de comer, que disminuye la cantidad de tiempo libre por la tarde y retrasa la hora de ir a dormir. 2) Las jornadas españolas son las que terminan más tarde de la UE. 3) En España se realizan muchas horas extraordinarias habituales. 4) En España tenemos una peor percepción de cómo nos afecta el trabajo en la salud mental que en el conjunto de países europeos. 5) Uno de cada cuatro casos de depresión en España se relacionan por estrés laboral. 6) En España se duerme menos que en el resto de Europa. 7) Bajo índice de deporte entre la población española en edad de trabajar. 8) Los niños destinan poco tiempo al juego al aire libre. 9) España es el país del mundo donde se toman más tranquilizantes.

No parece necesario insistir en lo poco realista que, en el plano de la política del Derecho, es plantearse que en España se percibe un “*malestar global por falta de equilibrio entre vida laboral y personal*”, añadiendo que el malestar trae causa, entre otros factores, de que en España dormimos poco, hacemos poco deporte y muchas horas extraordinarias. Lo que un estudio de fundamentación de una reforma normativa del tiempo de trabajo tiene que hacer es cuestionarse por qué en España se realizan tantísimas horas extraordinarias. Con seguridad, el efecto de fuga y otros chorreos normativos de tiempo de trabajo que existen en España se produce porque el grupo normativo del tiempo de trabajo no está bien armado y porque su cláusula de cierre, que es la obligación empresarial de registrar la jornada, está, aun, peor instrumentada. Si el Gobierno no hubiese aprobado su reforma del registro de la jornada de la manera que lo hizo, el Parlamento habría podido valorar introducir en la ley los requisitos de fiabilidad y objetividad del registro que requiere la STJUE 14.05.2019, dictada pocos días después de aprobar de prisa y corriendo el RD-Ley 8/2019. Como no fue así, el resultado es que hoy tenemos que la STS 05.04.2022³¹ convalida, con carácter general, los registros efectuados a mano por la persona trabajadora. Pienso que no es nada realista que el *Estudio* omita plantear que muchas personas trabajadoras de nuestro país están fichando sus horas de salida del trabajo cuando fichan la hora de entrada.

Me parece, por otra parte, que también se mantiene muy al margen de la realidad la propuesta del Ministerio, se supone que obtenida a la luz del *Estudio*, referida a establecer una jornada máxima diaria, insuperable, de 9 horas. Con la consecuencia de que la décima hora de trabajo al día sería una hora extraordinaria. Propuesta que, aunque el *Estudio* no se lo representa, retrotraería a España, automáticamente, al régimen legal sobre tiempo de trabajo del año 1983, cuando se reformó el ET para incorporar la jornada semanal de 40 horas.

Y eso que la intención de nuestra Ministra es aprobar un ET del siglo XXI. Un ET del siglo XXI que contaría con un marco normativo fordista para el tiempo de trabajo. Un contexto, este del fordismo al que nos conduciría la Propuesta, donde la absoluta uniformidad horaria de los regímenes productivos de aquel entonces hacía fácil concebir la décima hora al día como extraordinaria³². Pero, a las alturas de la enésima revolución tecnológica, ya no predominan las técnicas de producción masiva, ni el trabajo semicualificado en cadena, ni el control exhaustivo del ritmo de la producción ni la ocupación completa de los recursos productivos, con trabajo a tiempo completo por tiempo indefinido y una demanda de consumo generalizado de bienes y/o servicios

³¹ Rec. 7/2020.

³² MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Madrid, 2005, págs. 13-16.

creada de forma artificiosa manejando el gasto público. No hace falta insistir en ello. De hecho, el *Diagnóstico del Estudio* señala que la nueva organización de los usos del tiempo que el Ministerio pretende implantar “*debe fomentar la productividad y responder a las implicaciones de la globalización, la digitalización, los nuevos modelos de trabajo*”.

Por eso me pregunto si la Ministra de Trabajo considera que, en un contexto productivo mundializado, globalizado y digitalizado nuestras empresas van a poder competir en el mercado, nacional e internacional, ajustando de forma eficaz las horas de trabajo que tienen contratadas a las necesidades de la demanda productiva teniendo que pagar la décima hora de trabajo al día con el recargo de las horas extraordinarias. Con lo que ello, además, traería consigo en el marco de una política legislativa, que se pretende que tenga reflejo en la negociación colectiva, tendente a limitar o eliminar esta figura de las horas extraordinarias. Incluso el Convenio núm. 30 de la OIT, que tiene cerca de un siglo porque es del año 1930, prevé que su jornada semanal de 48 horas puede ser distribuida a lo largo de la semana con jornadas diarias de hasta 10 horas.

Trabajar todos los días como regla general 8 o 9 horas es normal. Por eso es también razonable que el convenio colectivo de una empresa o un sector confirme que la novena o la décima hora de trabajo al día es extraordinaria. Pero esto debe hacerlo la negociación colectiva, no la ley. Esto es lo que hace, por ejemplo, el convenio de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio cuando dice que la distribución de la jornada puede ser irregular, pero sin trabajar más de 9 horas al día; y tiene mérito que lo haga, porque este convenio colectivo incluye en su ámbito subjetivo a los riders de reparto, cuya jornada requiere flexibilidad extrema.

Pero también existen ocupaciones donde es muy normal trabajar 12 horas al día, aunque no todos los días. Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha dicho hace poco que la actividad del transporte de enfermos en ambulancia no está incluida en el RD 1561/1995 y no es posible distinguir entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. Así que la permanencia de los conductores en la base de la empresa a la espera de ser llamados “*es trabajo efectivo a efectos del cómputo de la jornada máxima*”³³. En estas condiciones, no me parece nada irracional que la negociación colectiva organice, para la cobertura de este servicio de los conductores de ambulancias, turnos presenciales de 12 horas³⁴; turnos que serían ilegales de aplicar la jornada diaria del *Estudio*. No resulta

³³ STS 07.06.2023 (rec. 221/2021).

³⁴ El Antecedente de hecho núm. 4 de la STS 07.06.2023 recoge los hechos probados de la sentencia de instancia, que no modifica el TS, y ahí puede leerse que, “*La prestación del servicio se lleva a cabo mediante turnos rotatorios entre los trabajadores de 8, 9 y 12 horas durante los cuales los trabajadores deben permanecer en el centro de trabajo y a disposición de la empresa, si bien unas horas son de trabajo efectivo y otras son de presencia, en espera de prestar un servicio*”.

discutible que todo este tiempo de permanencia en la base de la empresa de los conductores de ambulancia tiene que quedar incluido en la jornada, aunque dispongan de zona de descanso con sofá, televisión y bebidas³⁵; lo que resulta discutible, aunque el *Estudio* guarde silencio, es que, de estas 12 horas, 3 tengan que ser extraordinarias.

IV. MIMETISMO CON RESPECTO AL VIGENTE RÉGIMEN

El *Estudio* adolece también, a mi juicio, de un exacerbado mimetismo con respecto al vigente régimen jurídico de la jornada de trabajo que el Ministerio quiere reformar. Aspecto que preocupa especialmente. Existen, en este sentido, importantes investigaciones científicas, no citadas en el *Estudio*, que advierten una situación “descontrolada” en materia de tiempo de trabajo y subrayan que cualquier intención de modernizar su marco normativo “*ha de comportar una rigurosa reflexión, como precondition ineludible, sobre la eficacia de los mecanismos de cómputo y registro de la jornada*”³⁶. Afirmación que suscribo íntegramente.

El principal factor de complicación de nuestro sistema de medición de las horas de trabajo radica en que el vigente régimen legal sobre distribución de la jornada adopta el modelo de 40 horas semanales de promedio “*en cómputo anual*” (art. 34.1.2º ET). Modelo que mantiene el *Estudio*, en los mismos términos. Y sin explicar por qué. Es más, el *Estudio* también define la hora extraordinaria de la misma forma que hace ahora el art. 35.1 ET. Todo lo cual evidencia, en mi opinión, mimetismo y falta de tino. Y es que medir, por una parte, la jornada máxima ordinaria en promedio anual y definir, por otra parte, la hora extraordinaria como el tiempo de trabajo que se presta sobre la duración máxima de la jornada ordinaria implica abrir un agujero legal que puede hacer, y en la generalidad de los casos sucede así, que la única manera de saber cuántas horas extraordinarias se han realizado sea cuando acaba el año.

El *Estudio* tampoco cuestiona que este promedio anual directo de la jornada fricciona con la Directiva. En nuestro caso la ley utiliza el módulo anual sin condicionante alguno, mientras que el art. 19.2º de la norma europea admite este módulo, pero si lo establece la negociación colectiva por necesidades “*objetivas, técnicas o de organización del trabajo*”³⁷. Este planteamiento, como digo, está ausente en el *Estudio*. Lo cual es grave. No porque yo diga que nuestro cómputo anual de jornada, tal y como está formulado, no

³⁵ En el mismo Antecedente también puede leerse que en esos turnos “*Los trabajadores cuentan en el centro de trabajo con zona de descanso, con sofá, televisión, bebidas*”.

³⁶ TRILLO PÁRRAGA, F.: ‘La conquista (*in progress*) del derecho a la limitación de la jornada de trabajo’, Trabajo y Derecho, núm. 93, 2022, edición digital, págs. 7 y 2.

³⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E.: ‘La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo’, Relaciones Laborales, núm. 10, 2014, edición digital, pág. 5.

se ajusta a la Directiva. Es que esto también lo dice la Comisión Europea, en su *Informe sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE*, donde advierte que “El límite de 4 meses para promediar la jornada se sigue superando en bastantes países, y entre ellos España llega al cómputo anual, sin que además ello se limite a las actividades del art. 17.3 Directiva”. Pero el *Estudio*, como he avanzado antes, discurre al margen de este *Informe*.

Creo que se comete un error técnico jurídico, por inadecuación a la Directiva, cuando se establece, como hace nuestro vigente art. 34.2.1º ET y tal cual reitera la correspondiente propuesta del *Estudio*, que la negociación colectiva podrá establecer la distribución irregular “a lo largo del año”. No es que en España no se pueda adoptar un sistema para distribuir la jornada en términos anuales. Claro que podemos. Pero hay que hacerlo bien. La Directiva prevé módulos de 4 meses como regla general -arts. 6.b) y 16.b)-, módulos de 6 meses mediante convenio sectorial -arts. 6.b) y 18.1º- y un módulo de 12 meses cuando es necesario por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo -arts. 6.b) y 19-. Así que lo que hay que hacer es habilitar por ley a la negociación colectiva para organizar estos cómputos anuales de jornada cuando exista una causa que lo justifique, obviamente sin necesidad de que se trate de una causa crítica. Una causa ordinaria de ajuste a la situación de la empresa; por ejemplo, la del convenio estatal de empresas de jardinería cuando dispone que estas empresas podrán establecer jornadas “flexibles en cómputo anual” porque su actividad queda “sujeta a una producción discontinua”.

Lo que sí parece que se intuye en el *Estudio* es que el vigente sistema legal de saldos interanuales de horas del art. 34.2.3º ET, con posibilidad de regularizar excesos de jornada anual en periodos anuales subsiguientes, no se ajusta a la Directiva. Así valoro la afirmación de que “el vigente párrafo 3º del art. 34.2 del ET parecería contravenir” el requisito de que concurren razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo para poder adoptar un cómputo anual de jornada. Sin embargo, no creo que aquí existan dudas. El art. 34.2.3º ET desborda la Directiva. Máxime cuando el TJUE dice que el art. 6.2 de la Directiva “confiere a los particulares un derecho a que el período de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses”³⁸. Derecho al que el TJUE reconoce efecto directo.

Preocupa que, tal y como el *Estudio* proyecta su reforma, el art. 34.2 ET siga expresando que la distribución irregular podrá establecerla la negociación colectiva “a lo largo del año”. También inquieta que el 10% de distribución irregular que se atribuye a la empresa pueda ejecutarse “a lo largo del año”. Para más *inri*, en la propuesta de art.

³⁸ STJUE 03.10.2000.

34.2 ET puede leerse que, en defecto de pacto, las diferencias horarias generadas por la distribución irregular deben compensarse “dentro del año natural”. Cabe razonablemente esperar que, si esta reforma se lleva a cabo, dado su mimetismo con respecto al régimen vigente, nada cambie y siga existiendo un auténtico caos.

Este apego al vigente régimen, en fin, unido a la ausencia de realismo jurídico, hace que el *Estudio* deje de plantear respuestas específicas para otras importantísimas asignaturas pendientes de nuestro marco normativo. Un problema particular lo representa aplicar sin matices el régimen de distribución irregular en los contratos temporales. Hay doctrina científica que señala que “*El uso de la distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo en aquellas relaciones laborales cuyo término es anterior al período de referencia pactado para el cómputo de la duración de la jornada ordinaria de trabajo, hace que en muchas ocasiones el trabajador no vea compensada la intensificación del tiempo de trabajo con motivo de la llegada del término de su contrato*”³⁹. Sin embargo, ni una sola reflexión dedica el *Estudio* a este problema. Y no parece muy realista dar por hecho que este problema no existe.

V. APLICACIÓN ERRÁTICA DE LA DIRECTIVA SOBRE TIEMPO DE TRABAJO. Y SOBRE SU COORDINACIÓN CON LOS CONVENIOS DE LA OIT

El *Estudio* propone reformar el art. 34.1 ET para establecer en la jornada semanal de 32 horas en cómputo anual, o de 37,5 horas transitoriamente, un “límite absoluto” de 48 horas, incluyendo las horas extraordinarias, de promedio en cómputo cuatrimestral, pudiendo ampliarse este periodo de 4 meses hasta un máximo de 6 meses por convenio sectorial⁴⁰. Opción que el *Estudio* justifica en términos abiertos⁴¹, y que reitera en las propuestas de reformar la distribución irregular⁴² y las horas extraordinarias⁴³, con algún dislate⁴⁴.

³⁹ TRILLO PÁRRAGA, F.: ‘La conquista (*in progress*) del derecho a la limitación de la jornada de trabajo’, cit, pág. 9.

⁴⁰ El art. 34.1 ET que propone el Ministerio establece lo siguiente: “*La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de treinta y dos horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, En todo caso, la jornada no podrá superar las 48 horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral, incluyendo las horas extraordinarias, pudiendo por negociación colectiva sectorial ampliar el período de referencia hasta un máximo de seis meses*”.

⁴¹ La justificación de esta medida que proporciona el *Estudio* es “*Establecer un límite absoluto de 48 horas semanales de jornada de promedio en cómputo cuatrimestral, incluyendo las horas extraordinarias, según la Directiva 2003/88/CE relativa a tiempo de trabajo. Se permite por negociación colectiva sectorial ampliar el período de referencia hasta un máximo de seis meses, también conforme con la Directiva*”.

⁴² El art. 34.2.º ET que propone el Ministerio prevé que el régimen de distribución irregular de la jornada a lo largo del año que establece el art. 34.2.1º ET “*deberá respetar en todo caso el límite de la jornada previsto en el artículo 34.1*”.

El caso, sin embargo, es que esta operación del 'límite absoluto' que el *Estudio* nos explica malamente no es necesaria y perjudica la seguridad jurídica. Por lo pronto, el tenor del art. 34.1 ET, según propone el *Estudio*, no permite saber a ciencia cierta si la jornada máxima semanal puede promediarse utilizando el módulo anual o si necesariamente hay que utilizar módulos de hasta 4 meses que pueden ser de 6 si así lo dispone un convenio colectivo sectorial.

Perjudicando la seguridad jurídica, la opción del *Estudio* de establecer la vertiente cuantitativa de la jornada mediante una jornada semanal de 32 horas, o transitoriamente de 37,5, acompañada de un límite absoluto de 48 horas semanales promediadas en módulos de 4 o de 6 meses es, también, innecesaria. Y además supone, según entiendo yo, aplicar mal la Directiva. Esta es una norma mínima que los Estados pueden transponer mejorando en beneficio de los trabajadores los niveles de tutela de la propia Directiva. Así que, en nuestro caso, una jornada semanal de 40 horas -qué decir de una de 32- y un tope anual de 80 horas extraordinarias, como el que tenemos ahora y que mantiene el *Estudio*, supone una clarísima mejora en materia de duración máxima del trabajo a la luz de la Directiva. Este tope absoluto de 48 horas semanales en promedio cuatrimestral o semestral carece de sentido, porque la mejora de la norma mínima de la Directiva ya se ha llevado a cabo en nuestro ordenamiento estableciendo la jornada máxima ordinaria y el tope de horas extraordinarias.

Me parece que, tal y como está redactada esta norma que sale del *Estudio*, cabría incluso interpretar que el verdadero límite máximo en materia de duración del trabajo no son las 32 horas, sino las 48 horas semanales. Una interpretación que cabe realizar aplicando los cánones del art. 3.1 Ccivil y que significaría arruinar el objetivo principal de la reforma desde dentro de la propia reforma, aumentando la jornada máxima legal en España de 40 a 48 horas semanales.

Por otra parte, pero sin abandonar este plano de reflexión referido a la naturaleza de norma mínima que tiene para nosotros la Directiva sobre jornada, me parece que la ausencia de realismo jurídico y el apego del *Estudio* al vigente marco normativo, en conjunción con este escaso dominio técnico de la Directiva, hace que *Estudio* se quede muy corto y no solucione importantes problemas prácticos que suscita la aplicación del

⁴³ El art. 35.4 ET que propone el Ministerio establece en su párrafo 4º que “*En todo caso, la jornada no podrá superar las 48 horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral, incluyendo las horas extraordinarias, según establece el artículo 34.1 ET*”.

⁴⁴ Se incorpora el ya citado límite absoluto de 48 horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral con el dislate, por comparación con el tope absoluto de 48 horas que la Propuesta establece en materia de jornada máxima ordinaria, de no prever que las 48 horas semanales también pueden promediarse, mediante convenio sectorial, en módulos de 6 meses.

vigente régimen. Problemas que seguirían planteándose, incluso más agudos, tras la reforma que el *Estudio* quiere fundamentar.

Me refiero, en particular, a que el *Estudio* podría haber valorado el problema que, para muchas organizaciones productivas, supone tener que reconocer el descanso entre jornadas a continuación del descanso semanal, sin posibilidad de que, por causas justificadas, exista superposición parcial. En el próximo número de esta Revista desarrollo este aspecto, siendo posible avanzar ahora que, en la tantas veces aquí citada *Comunicación* de la Comisión Europea sobre el cumplimiento de la Directiva, la Comisión advierte que su art. 15, “*sobre carácter mínimo de la Directiva, implica que, cuando los trabajadores se beneficien de una protección adicional en virtud del Derecho nacional, los Estados miembros deben decidir acerca de las condiciones de esta protección, y que las interpretaciones del Tribunal en relación con las disposiciones de la Directiva no son aplicables a las disposiciones más protectoras que se concedan a nivel nacional. Cuando los Estados miembros utilicen esta opción para implementar o aplicar disposiciones más protectoras, debe garantizarse el cumplimiento de las normas establecidas en la Directiva con arreglo exclusivamente a los límites fijados por ella*”. Es decir, que, en el marco de un régimen general de 2 días de descanso semanal como en el que nos sugiere el *Estudio*, nuestro legislador tendría margen para valorar una solución específica para aquellas organizaciones productivas cuyos procesos requieren, razonablemente, semanas de 6 días. Como el *Estudio* se ha hecho a espaldas de la Comisión, esta posibilidad, que a mi juicio es razonable implementar, queda huérfana de cualquier valoración.

Detecto también que el *Estudio* lleva a cabo una aplicación errática de la Directiva sobre tiempo de trabajo en el tratamiento de la relación de coordinación normativa que existe entre los Convenios de la OIT sobre jornada y descansos y la Directiva sobre tiempo de trabajo. Presta el *Estudio* mucha atención a los primeros y muy poca a la segunda.

La relación de coordinación normativa entre estos Convenios de la OIT y la Directiva sobre tiempo de trabajo obedece al esquema de la norma mínima. La OIT fijó hace mucho tiempo, para todos los trabajadores del mundo, mínimos de protección en materia de duración máxima del trabajo y mínima de los descansos; mínimos que, en la Europa comunitaria, han sido superados, bastantes años después, mediante el estándar más favorable de tutela que proporciona a los trabajadores la Directiva sobre jornada.

Lo que afirmo se percibe, creo, en el tratamiento que hacen la OIT y la UE de las horas extraordinarias por causa de fuerza mayor. Según los Convenios núm. 1 y núm. 30 de la OIT, el límite de horas de trabajo no resulta aplicable, entre otros supuestos, en caso de fuerza mayor. Es decir, que las reglas legales sobre duración máxima de la

jornada y limitación de las horas extraordinarias no se aplican, según la OIT, cuando hay que trabajar para prevenir males graves o remediar accidentes. Sin embargo, el art. 17.3.f) de la Directiva establece, por remisión al art. 5.4 de la Directiva 89/391, que, en caso de fuerza mayor, es posible inaplicar, condicionadamente, las normas comunitarias sobre jornada nocturna, pausa diaria, descansos entre jornada y semanal y periodos de referencia, pero no la norma comunitaria que establece la duración máxima del trabajo. Es decir, que las horas extraordinarias por causa de fuerza mayor computan, con la Directiva en la mano, como tiempo de trabajo. La Directiva, como se ve, hace bueno, en este caso, el carácter de norma mínima de los Convenios de la OIT porque incluye en la jornada las horas extraordinarias que excluyen los Convenios de la OIT.

Esta errática aproximación del *Estudio* a la relación de coordinación normativa entre los Convenios de la OIT y la Directiva provoca que el *Estudio* incurra en planteamientos defectuosos. Hablo de todo esto en el próximo número de esta Revista, pero avanzo que estos planteamientos con propuestas inadecuadas de *lege ferenda* lucen especialmente en tres ocasiones: 1ª) Cuando no se cuestiona el mantenimiento del vigente régimen de las horas extraordinarias por fuerza mayor. 2ª) Cuando no se hace lo propio con otras figuras similares que también encuentran cobijo en la OIT pero no en la UE. 3ª) Cuando el *Estudio* no cuestiona que, en materia de descanso semanal, el art. 17.3 de la Directiva puede estar representando una auténtica mejora del Convenio núm. 106 de la OIT, que dispone que el régimen general de descanso semanal que reconoce dicho Convenio no se aplica en caso de trabajos urgentes, circunstancias excepcionales o para evitar la pérdida de materia percederas. La OIT se movería en la inconcreción, mientras que la UE restringiría el alcance objetivo de esas excepciones mediante una delimitación de sectores, actividades u ocupaciones donde pueden existir regímenes alternativos de descanso semanal.

VI. APROXIMACIONES METODOLÓGICAS DISCUTIBLES Y OTRAS INCONSISTENCIAS

Que el *Estudio* está anclado al vigente régimen legal y que incurre en sus mismos vicios y defectos queda de manifiesto en su aproximación metodológica al problema del cómputo de la jornada. Una aproximación, creo, discutible.

La Propuesta, por lo pronto, no está en armonía con el *Estudio*. Este, y la correspondiente propuesta, proporcionan una definición legal de ‘tiempo de trabajo’⁴⁵. Sin embargo, esta definición legal fricciona con la propuesta de art. 34.1 ET, que, igual

⁴⁵ El art. 34.5.1º que propone en Ministerio establece que “Se considera tiempo de trabajo a todo período durante el cual la persona trabajadora permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y sujeta a sus instrucciones, y en ejercicio de su actividad o funciones”.

que sucede con el actual art. 34.1 ET, utiliza el concepto jurídico indeterminado “*trabajo efectivo*” para medir en horas de esta naturaleza la duración máxima de la jornada. Es decir, el *Estudio* apuesta por proporcionar una definición legal de ‘tiempo de trabajo’ que luego podría servir de poco porque lo que cuenta no es el tiempo de trabajo, sino el ‘tiempo de trabajo efectivo’, que es un concepto sin definición legal. Es previsible, por tanto, que, si esta reforma ve la luz, este concepto normativo indeterminado siga generando muchas dificultades. Por eso es preferible no utilizar este concepto de tiempo de trabajo efectivo y dejar previsto claramente en la ley que todo tiempo que forma parte de la jornada es retribuido y no recuperable. A fin de cuentas, esto es lo que significa que un tiempo es de trabajo efectivo.

El *Estudio* detalla, mediante una lista abierta, cinco supuestos asimilados a tiempo de trabajo⁴⁶. Cada supuesto lleva a la ley lo que establecen con carácter particular la jurisprudencia comunitaria y la nuestra. Es una opción. No obstante, incluir solo estos supuestos, y no otros sobre los que también hay jurisprudencia, puede significar una vía para interpretar que otros supuestos similares en donde no se dan los requisitos que exige cumulativamente el *Estudio*, relativos a estar en el trabajo y en ejercicio de las funciones, no necesariamente tendrían que quedar incluidos de la jornada. Es el caso, por ejemplo, de las jornadas partidas con permanencia en el lugar de trabajo, tiempo que tiene que quedar incluido en la jornada cuando se permanezca pendiente del servicio⁴⁷. Como también es el caso, y es un extremo que no se aborda en el *Estudio*, de las horas perdidas por cortes de energía.

En cuanto a los supuestos que el *Estudio* considera como tiempo de trabajo, la opción podría ser otra. Me parece más adecuado definir en términos omnicomprensivos la jornada de trabajo, lo que incluiría implícitamente supuestos como guardias presenciales o tiempo de formación obligatoria, y especificar legislativamente supuestos problemáticos que no quedan incluidos en la misma. El elemento referencial de esta definición de ‘jornada de trabajo’ está, aunque no lo detecta el *Estudio*, en el Convenio núm. 30 de la OIT cuando establece que la expresión “*horas de trabajo*” queda referida al “*tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador*”. Definiendo en términos omnicomprensivos la jornada de trabajo -en el próximo número de esta Revista explico que esta definición encaja bien en la Directiva- se proporcionaría base legal para interpretar que otros supuestos no excluidos por ley sí pueden presumirse incluidos. Coincido con el *Estudio* en que hay que regular el tiempo de desplazamiento y las guardias de localización. Pero la regulación debería ser en negativo, especificando qué

⁴⁶ Trayectos en determinadas condiciones, periodos de formación obligatoria, guardias de disponibilidad y de localización y eventos con clientela.

⁴⁷ ATS 20.07.2017 (rec. 3845/2016).

tiempos de desplazamiento o qué tipo de guardias no quedan incluidas en la jornada, salvo disposición en contrario establecida por la legislación estatal, por la negociación colectiva o por las partes del contrato de trabajo.

El *Estudio*, además de planteamientos discutibles, también contiene inconsistencias. Se aprecian diseminadas. Sin embargo, en conjunto, estas inconsistencias permitirían formarse la impresión de que, para elaborar el *Estudio*, se ha trabajado deprisa, sin meditar.

El *Estudio*, por ejemplo, propone ampliar al doble nuestra pausa de 15 minutos. Justifica esta medida exponiendo que la ampliación de esta pausa “*hasta 30 minutos es una práctica habitual en la negociación colectiva*”. Lo que llama la atención, porque, en la *Caracterización del tratamiento del tiempo de trabajo en la negociación colectiva* que el *Estudio* aporta, lo que se dice sobre este descanso no es eso, sino que “*los convenios colectivos abordan la duración de este, aumentándolo en ciertas ocasiones a veinte minutos*”. 20 minutos, no 30.

Aprecio también una contradicción en materia de descanso semanal. La opción del *Estudio* es “*Ampliar el descanso diario y semanal a dos días*”. Lo cual sugiere errata de corta-pega, porque un descanso al día no puede ser de 2. Ello al margen, coincido con el *Estudio* en que “*es una práctica extendida en la negociación colectiva española (tanto sectorial como empresarial) la ampliación del descanso semanal hasta dos días*”. Lo que me choca es que el *Estudio* dice lo contrario en su *Caracterización del tratamiento del tiempo de trabajo en la negociación colectiva* cuando señala que “*Son pocos los convenios que abordan el descanso semanal*” y que solo “*algún convenio colectivo mejora la regulación legal, aumentando el número de días de descanso a dos*”. Pobre fundamento para esta propuesta.

El mismo halo de confusión se detecta en la opción que late en el *Estudio* respecto del RD 1561/1995, sobre Jornadas especiales (DJE). El DJE debería llevarse en gran parte al ET. Lo que estaría en línea con la DA 8ª ET cuando manda aprobar un *Código de Trabajo*. Habría que trasladar al ET, tras depurarlo, todo el régimen de *Ampliaciones de jornada* del capítulo II DJE y el régimen del *Trabajo nocturno* del capítulo IV. El capítulo III DJE, referido al régimen de *Limitaciones de jornada*, tiene naturaleza preventiva, por lo que lo adecuado sería configurarlo como desarrollo de la Ley 31/1995. Y todo ello con la mira puesta en un *Código de Trabajo* cuya articulación, que yo conozca, ningún gobierno de la nación se ha atrevido a intentar.

A sideral distancia de un planteamiento de esta naturaleza, el *Estudio* indica que sus medidas “*se refieren exclusivamente a la relación laboral general, dejando de lado la regulación referente a las jornadas especiales*”. Lo que no termina de ser cierto. Porque la propuesta del *Estudio* de reformar el trabajo a turnos incluye el objetivo de ampliar el

descanso entre jornadas, supuesto regulado en el art. 19.2 DJE. Y no es cierto porque, según puede leerse en la propuesta de art. 37.1 ET, la reforma del descanso semanal mantiene la aplicación del vigente DJE. El *Estudio*, por lo demás, recomienda en sus *Consideraciones para la implementación de la Ley*, para asegurar coherencia con el ordenamiento jurídico, “*adaptar el Real Decreto 1561/1995*”, e insiste en la necesidad de “*revisar y modificar la regulación sobre jornadas especiales*”. Es decir, por una parte, el *Estudio* entiende coherente aplicar aspectos del DJE, mientras que, por otra parte, el *Estudio* dice que hay que reformar el DJE porque no existe coherencia en nuestro ordenamiento. Lo cual complica mucho, a mi juicio, captar la *ratio legis* de estas propuestas.

Deja también que desear, en fin, la factura técnica del art. 35.2 ET que nos propone el *Estudio*. El objetivo es atribuir carácter absoluto al límite máximo de 80 horas extraordinarias al año, “*con independencia de la forma de compensación de las horas extraordinarias (en descanso o compensación económica)*”. Por eso, ese art. 35.2 ET establece en su primer párrafo que “*El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, incluyendo tanto las retribuidas como compensadas por descanso*”. Hasta aquí ningún problema. El problema lo plantea el segundo párrafo, donde puede leerse que, a efectos de aplicar este tope, “*no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización*”. Es decir, una auténtica antinomia normativa que, de ver la luz, nos daría a todos muchos quebraderos de cabeza.

VII. TIEMPO DE TRABAJO DIGITALIZADO: MUCHA DIRECTIVA SOBRE CONDICIONES DE TRABAJO PREVISIBLES Y NADA DE DIRECTIVA SOBRE TIEMPO DE TRABAJO

No lo refleja el *Estudio*, pero uno de sus autores sostiene, por lo que respecta al transporte y reparto mediante plataformas digitales como Deliveroo, Glovo, Uber o Cabify, que el art. 8 DJE, sobre *Tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia* en los transportes, “*alcanzaría sin demasiadas dificultades interpretativas*” a estas actividades⁴⁸. Mientras que otra autora del *Estudio* también ha afirmado, de una parte, que uno de los problemas de la jornada en plataformas es la “*ausencia de jornada*

⁴⁸ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: ‘El concepto de “tiempo de trabajo” ante el nuevo paradigma laboral. Desplazamientos, tiempos de presencia y guardias de disponibilidad y localización’, *Labos*, vol. 4, núm. 3, 2021, pág. 114.

mínima”, y, de otra parte, que el trabajo en plataformas “y la utilización del esquema de contratación a demanda supone la utilización de facto del contrato de cero horas”⁴⁹.

En estas condiciones, me pregunto por qué el *Estudio* no se representa expresamente este asunto del tiempo de trabajo en las plataformas digitales. Es más, vuelve aquí el *Estudio* a dar la espalda a la UE. Porque, en su *Comunicación*, la Comisión advierte que la Directiva sobre tiempo de trabajo “se está aplicando en un contexto marcado por un nuevo abanico de riesgos y oportunidades”; advierte también que la digitalización “está desdibujando la distinción entre trabajo y descanso, y propicia una mayor fragmentación del trabajo, tanto en relación con la ubicación como con el tiempo”; y asimismo señala que “la tecnología crea nuevas posibilidades para controlar el tiempo de trabajo”. Un contexto que conduce a dicho organismo a llamar la atención de los Estados miembros acerca de que “El empleo flexible puede potenciar la utilización de las excepciones de la Directiva”. Es decir, según la UE, nuestro legislador puede maniobrar, dentro de esta Directiva, para regular el tiempo de trabajo digitalizado.

El *Estudio*, como digo, pudiendo, no emprende el camino de la Directiva sobre tiempo de trabajo para ofrecer un marco regulador del tiempo digital de trabajo. Lo que hace es emprender otro camino, mucho más intrincado, de la mano de la Directiva sobre condiciones de trabajo previsibles. Solo así puede entenderse el apartado j) del art. 8.5 ET⁵⁰, sobre obligación de informar por escrito sobre los elementos esenciales del contrato que figura en el *Estudio*.

Lo que propone el *Estudio* es una norma que, por un lado, transcribe el art. 4.2.m) D 2019/1152, sobre “*patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible*”, sustituyendo la palabra ‘patrón’ por ‘jornada’, y que, por otro lado, incluye aspectos traídos desde los arts. 10 y 11 de dicha Directiva, sobre “*Previsibilidad mínima del trabajo*” y “*Medidas complementarias para los trabajos a demanda*”. Sin embargo, ni el *Estudio* propone ni nuestra legislación contempla una definición de jornada “*total o mayoritariamente imprevisible*”. Lo mismo que sucede con la obligación de informar sobre el mínimo de

⁴⁹ GINÈS i FABRELLAS, A.: ‘El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica’, *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021, pág. 29.

⁵⁰ Precepto que establece lo siguiente: “Si la jornada de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, la empresa debe informar sobre: (i) el principio que la jornada es imprevisible, (ii) el número mínimo de horas garantizadas, (iii) la remuneración fuera de horas garantizadas, (iv) las horas y días de referencia que se puede exigir trabajo, (v) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho antes del comienzo de la tarea, y (iv), en su caso, el plazo de cancelación. En ausencia de referencia al número mínimo de horas garantizadas, se presume una cantidad mínima de horas de trabajo retribuidas equivalente a la media del mes anterior, salvo prueba en contra. Si la empresa requiere trabajo fuera de las horas y días de referencia y/o sin cumplir el preaviso mínimo, la persona trabajadora tendrá derecho a rechazar la tarea sin sufrir consecuencia desfavorable alguna. La empresa no podrá cancelar una tarea previamente asignada, salvo que cumpla con el preaviso de cancelación fijado convencional o contractualmente. En caso de incumplimiento de dicho preaviso, a la persona trabajadora le corresponderá una indemnización por la cancelación tardía de la tarea, según fije el convenio o el contrato de trabajo”.

horas garantizadas; por el momento, el contrato de trabajo sin jornada garantizada, ni mínima ni máxima, no existe en nuestro país⁵¹. Así que, si esta nueva obligación empresarial de informar por escrito viese la luz, se otorgaría reconocimiento legal en España a una forma de contratación laboral -la que tiene una jornada total o mayoritariamente imprevisible con un mínimo de horas garantizadas- que carece de regulación en España. Es como querer poner pañal a una criatura que aún no ha nacido.

Este art. 8.5.j) ET da entrada por la trastienda de nuestro ordenamiento a un intento de marco normativo para el tiempo de trabajo digitalizado. No un régimen sustantivo; es un régimen instrumental cuya finalidad solo debería ser garantizar la aplicación del régimen sustantivo. Se puede regular la obligación de informar cuando la jornada es imprevisible o cuando existe un mínimo de horas garantizadas, pero para eso primero hay que saber qué es una jornada imprevisible y qué contratos cuentan con un mínimo de horas garantizadas. Y aquí el *Estudio* hace aguas, porque deja de adoptar el faro de la Directiva sobre tiempo de trabajo.

En el próximo número de esta Revista planteo que las cláusulas escapatorias de esta Directiva en materia de duración del trabajo, por un lado, y descansos, por otro lado, hacen posible diseñar un marco legal para el tiempo de trabajo digitalizado. Para el trabajo en régimen de plataformas digitales y también para el trabajo a distancia:

Para el trabajo en régimen de plataformas, cabe diseñar jornadas cuantitativamente determinables por la persona trabajadora y jornadas intermitentes. El primer caso apunta a un contrato de trabajo a llamada con jornada determinable que puede tener la cobertura del art. 16.2 ET, porque deja fuera del contrato fijo discontinuo el supuesto de necesidades empresariales intermitentes con periodos de ejecución inciertos. Mientras que la jornada intermitente apunta a una jornada especial, diferente de la de los transportes⁵². Porque repartir a domicilio comida o paquetes no es lo mismo que transportar y distribuir alimentos u otros productos a empresas o superficies comerciales. Y porque el ámbito de aplicación del DJE se define por referencia al Reglamento CE 3820/85⁵³, que excluye el transporte con vehículos de menos de 3,5 T. Planteo, en fin, que el convenio colectivo adoptado en el año 2021 entre CCOO y UGT y la empresa Takeaway Express Spain, SL (Just Eat) adelantó por la izquierda a quienes reclamaban

⁵¹ ESTEVE SEGARRA, A.: 'Una valoración crítica del contrato de trabajo intermitente o a llamada en Italia', *Labos*, vol. 2, núm. 3, 2021, pág. 33.

⁵² CAVAS MARTÍNEZ, F.: 'Breves apuntes de una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales', *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019.

⁵³ Así lo establece la Directiva 2002/15, sobre ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

una regulación del trabajo en plataformas en el contrato a tiempo parcial⁵⁴ o una relación laboral especial⁵⁵.

Las cláusulas escapatorias de la Directiva también permiten ofrecer un marco regulador para el verdadero “*Himalaya jurídico del teletrabajo*”, tal y como presenta este problema la monumental obra del profesor Thibault⁵⁶ -que tampoco cita el *Estudio*-, que es la manera de aplicar las reglas sobre jornada y verificar su cumplimiento. Encontrará el lector, como digo, en el próximo número de esta Revista argumentos para fundamentar la idea de que, en la Ley de Trabajo a distancia, es muy factible introducir, con la Directiva sobre jornada en la mano, un régimen de jornada a tiempo completo autogestionada por el trabajador.

VIII. APUNTE FINAL

El *Estudio* adolece de escaso rigor técnico, ningunea la Directiva sobre tiempo de trabajo y peca de continuismo con respecto al modelo regulatorio que pretende reformar. Faltan muchas cosas en las propuestas del *Estudio*, por ejemplo, regular de forma coherente la distribución de la jornada, ofrecer un marco regulador de la jornada digitalizada, derogar las horas extraordinarias por fuerza mayor y figuras similares o reformar el registro de la jornada.

De ver la luz esta reforma, seguirían existiendo las mismas fallas que presenta la actual regulación. Adicionalmente, la reforma pondría palos nuevos en la rueda de la competitividad de nuestras empresas, por ejemplo, esa jornada máxima diaria de 9 horas tan poco meditada. Y poner en riesgo la competitividad de la empresa es arriesgar su finalidad de lucro. Pero no solo eso. También se resiente gravemente nuestro modelo de Estado social. Porque se pone en riesgo la función social de la empresa, que es la creación de empleo de calidad.

La reforma del marco normativo de la jornada que quiere este *Estudio* retrotraería a España al ET de 1983. No me gusta decirlo, pero las reformas no están bien instrumentadas, no llegan al corazón de los problemas que hay que solucionar y se quedan, clarísimamente, en un segundo plano con respecto al verdadero y, me atrevería a decir, único objetivo del *Estudio*, que es tratar de convencernos a todos de que es posible reducir la jornada sin tocar el salario. Y el *Estudio* se queda a gran distancia de conseguirlo.

⁵⁴ GINÈS i FABRELLAS, A.: ‘El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica’, cit, pág. 35.

⁵⁵ TODOLÍ SIGNES, A.: ‘El impacto de la «Uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo’, IUSLabor, núm. 3, 2015.

⁵⁶ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2000, pág. 73.

DESCUENTO DEL SALARIO POR EL TIEMPO DE HUELGA. UN CONFLICTO PERSISTENTE

por

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ
Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

jesus.barcelo@ub.edu

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: El descuento salarial por el tiempo de huelga es un tema controvertido que ha suscitado numerosos conflictos en su interpretación y aplicación. En este estudio se examina en detalle el concepto y la práctica del descuento salarial por el tiempo de huelga por medio del análisis de la doctrina judicial en España y su ejecución práctica. Además, propone una interpretación del descuento proporcional del descanso semanal diferente a la que hasta ahora ha sostenido la doctrina judicial.

PALABRAS CLAVE: Huelga; salario; derechos fundamentales.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Cálculo del descuento del salario por el tiempo de huelga.- 1. Determinación de la participación en la huelga.- 2. Conceptos retributivos incluidos en el descuento.- 3. Repercusión de la huelga en la retribución de los complementos salariales.- 4. Repercusión de la huelga en la retribución del plus de asistencia.- 5. Cálculo del descuento por el tiempo no trabajado por huelga.- III. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

SALARY DEDUCTION FOR STRIKE TIME. A PERSISTENT CONFLICT

ABSTRACT: The salary deduction for strike time is a controversial issue that has sparked numerous conflicts in its interpretation and implementation. This study examines in detail the concept and practice of salary deduction for strike time through the analysis of judicial doctrine in Spain and its practical execution. Additionally, it proposes an interpretation of the proportional deduction for the different weekly rest from what the judicial doctrine has supported so far.

KEYWORDS: Strike; salary; fundamental rights.

SUMMARY: I. Introduction.- II. Calculation of Salary Deduction for Strike Time.- 1. Determination of participation in the strike.- 2. Retributive concepts included in the deduction.- 3. Impact of the strike on the remuneration of salary supplements.- 4. Impact of the strike on the remuneration of attendance bonuses.- 5. Calculation of the deduction for time not worked due to strike.- III. Conclusions.- IV. Bibliography.

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo 37.2 de la Constitución Española de 1978¹ se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, elevando a la categoría de derecho fundamental el derecho a la huelga de los trabajadores con su reconocimiento en el artículo 28.2 CE, lo que le confiere una tutela especial ante los Tribunales ordinarios y el amparo ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, tras más de 45 años de su promulgación, el derecho de los trabajadores a la huelga sigue regulándose por una norma preconstitucional, depurada por el Tribunal Constitucional, principalmente, en la sentencia de 8 de abril de 1981² que mantuvo en vigor la mayor parte de esta, e interpretado sus preceptos en los diferentes pronunciamientos judiciales que han resuelto los diferentes conflictos planteados³.

El derecho de huelga consiste en la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados sin ocupación por ellos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias (art. 7.1 del Real Decreto-ley 17/1977, de 1 de abril⁴), lo que supone una medida de presión de los trabajadores frente al empresario⁵.

Las reglas sobre la procedencia del descuento salarial por huelga se fundan, como apuntaba la Sala Social del Tribunal Supremo⁶, en la naturaleza sinalagmática o conmutativa del contrato de trabajo, según la cual la prestación de trabajar y la prestación salarial mantienen una conexión de reciprocidad.

Durante la huelga el contrato de trabajo se encuentra suspendido⁷, exonerando de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Consecuentemente, los trabajadores en huelga no tendrán derecho al salario⁸ (art. 6.2, RDL 17/1977, de 1 de

¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

² STC 11/1981, de 8 abril (R.I. núm. 192/1980)

³ POQUET CATALÁ, Raquel. Servicios mínimos y retribución salarial ¿Aspecto no resuelto? *IUSLabor*, 2/2019, p. 56.

⁴ RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE, núm. 58, de 09/03/1977.

⁵ El propio Tribunal Constitucional interpreta como contenido esencial del derecho de huelga “la cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir”. STC (Pleno), núm. 11/1981, de 8 de abril. Fj. 10º.

⁶ STS de 6 mayo 1994 (Rec. núm. 2400/1993), Fj 5º.

⁷ En el artículo 45.1 l) del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre) se encuentra el ejercicio del derecho de huelga entre las causas de suspensión del contrato de Trabajo.

⁸ En la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 (Gaceta de Madrid, núm. 326, de 22 de noviembre de 1931) y en el DL 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo (BOE, núm. 127, de 28 de mayo de 1975), ya se configuraba la huelga como causa de suspensión del contrato de trabajo durante la cual no se trabaja ni se perciben salarios.

abril)⁹, lo cual no supone discriminación alguna siempre que no ocasione un trato desigual por dicha causa, como podría suponer una represalia por la participación de los trabajadores en la huelga¹⁰. No obstante, durante la suspensión del contrato por motivo de la huelga se mantienen las obligaciones de buena fe o de sigilo profesional¹¹.

Es importante destacar que la deducción no deriva de un pretendido carácter injustificado de la ausencia, sino de la norma general que establece el artículo citado en virtud del cual la huelga determina una pérdida de salario proporcional a su duración¹².

El Tribunal Constitucional ha entendido que durante la huelga ha de existir «*una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos*»¹³, que implica que el descuento del salario ha de ser proporcional al tiempo en que el trabajador se encuentra con el contrato suspendido en ejercicio del derecho de huelga.

Le regulación legal del descuento del salario por el tiempo de huelga, contenida en el RDL 17/1977, de 1 de abril, es claramente insuficiente por lo que ha venido a completarse por la normativa convencional¹⁴ e interpretarse por la doctrina judicial.

Prueba que sigue manteniendo cierta conflictividad en su interpretación y aplicación es que se van sucediendo cada año resoluciones judiciales en esta materia. En concreto el Tribunal Supremo, en el año 2023, ha analizado la posible contradicción entre sentencias en al menos cuatro casos en los que se analiza el descuento salarial durante la huelga en jornadas de trabajo irregulares¹⁵, lo que de nuevo ha llevado a analizar y confirmar la doctrina judicial existente, pero poniendo en relieve que se mantiene el conflicto en la interpretación y aplicación del descuento salarial por motivo de la huelga o

⁹ Igualmente se extendió a los funcionarios públicos mediante la Disposición adicional decimosegunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. BOE, núm. 185, de 3 de agosto de 1984.

¹⁰ STS de 30 enero 1997 (Rec. núm. 1642/1996); SSTSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2/2007 de 11 enero (Rec. núm. 1059/2006); núm. 57/2007, de 31 enero (Rec. núm. 1085/2006); y núm. 149/2007, de 1 marzo (Rec. núm. 20/2007).

¹¹ STSJ de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 826/2014, de 29 abril (Rec. núm. 677/2014).

¹² SSTS de 26 mayo 1992 (Rec. núm. 1244/1991), Fj. 4º; de 22 enero 1993 (Rec. núm. 32/1992), Fj. 6º.

¹³ STC (Pleno), núm. 11/1981, de 8 de abril. Fj. 10º.

¹⁴ Convenio Colectivo de la empresa Jesús Oñate, S.A. Delegación Territorial Trabajo Bizkaia. BO. Bizkaia 7 septiembre 2021, núm. 172. Resolución de 5 de julio de 2021; II Acuerdo Marco entre la Federación Valenciana de Municipios y Provincias y las organizaciones sindicales CC.OO., UGT y CSIF para el personal al servicio de las administraciones locales de la Comunidad Valenciana. Diari Oficial de la Comunitat Valenciana 20 octubre 2014, núm. 7384 Resolución de 15 de septiembre 2014.

¹⁵ Vid. STS núm. 273/2023, de 13 abril (Rec. núm. 217/2021); y AATS, de 10 de enero de 2023 (R.c.u.d. núm. 4186/21); de 16 de mayo de 2023 (R.c.u.d. núm. 3759/2022); de 12 de septiembre de 2023 (R.c.u.d. núm. 5749/2022); 12 de septiembre de 2023 (R.c.u.d. núm. 5749/2022).

incluso en los casos en que la empresa incluye el tiempo de ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo a efectos del devengo del premio de permanencia¹⁶.

En este estudio se analiza las principales resoluciones judiciales¹⁷ que hasta ahora han resuelto los conflictos sobre la aplicación del descuento del salario por el seguimiento de los trabajadores de la huelga con el objeto de facilitar los elementos necesarios para determinar correctamente su cálculo.

II. CÁLCULO DEL DESCUENTO DEL SALARIO POR EL TIEMPO DE HUELGA

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde los años noventa¹⁸ ha construido una doctrina consolidada que intenta resolver los problemas de cálculo que suscita el descuento salarial por huelga. No obstante, la casuística exige analizar, en muchos casos, las distintas circunstancias relevantes a efectos del cálculo de este descuento.

1. Determinación de la participación en la huelga

El derecho de huelga es un derecho individual y fundamental¹⁹, de ejercicio colectivo, que consiste en el derecho a participar o a no participar en la misma.

El derecho a la huelga se ejercita mediante la cesación de la prestación de servicios de los trabajadores afectados, solo suspendiéndose los contratos de trabajo de los trabajadores que participen en la misma, y descontándose el salario del tiempo durante el cual siguieron la huelga.

En consecuencia, el descuento del salario a los trabajadores dependerá del cese en el trabajo y de su participación efectiva en la huelga²⁰.

Es al empresario al que le corresponde probar la participación de los trabajadores en la huelga para poder aplicar el descuento salarial sin que pueda presumirse la participación de una persona trabajadora en la huelga por el hecho de pertenecer al

¹⁶ Vid. STS, núm. 128/2023, de 9 de febrero (R.c.u.d. núm. núm. 2354/20).

¹⁷ Entre otras, SSTS de 18 de abril de 1990; de 26 de mayo de 1992; de 22 de enero de 1993, de 24 de enero de 1994; de 12 de marzo de 1996; de 11 de febrero de 1997; y de 13 de marzo de 2001.

¹⁸ STS de 26 de mayo de 1992, 22 de enero de 1993, 24 de enero de 1994, 18 de abril de 1994, 6 de mayo de 1994, 11 de octubre de 1994, 12 de marzo de 1996, 18 de marzo de 1996 y 11 de febrero de 1997.

¹⁹ Vid. GARCÍA VIÑA, Jordi. La huelga: un derecho fundamental configurado por los tribunales. *Revista del poder judicial*, N° 74, 2004, pp. 147-193.

²⁰ MARTÍNEZ MORENO, Carolina. La situación de los liberados sindicales en relación con el ejercicio del derecho de huelga. Algunas consideraciones a la vista de la SAN 10 de diciembre 2002. *Aranzadi social*, N° 4, 2002, p. 3367.

sindicato convocante o ante la negativa de los trabajadores a manifestarse previamente sobre el seguimiento de la huelga²¹.

La acreditación de la participación de los trabajadores en la huelga se puede llevar a cabo por varias vías con son la comunicación directamente a la empresa del propio trabajador/a participante, con la comunicación de los propios convocantes, o bien, que la empresa pueda probar que un determinado trabajador/a participó en la misma, a pesar de que no lo comunicó²².

La empresa puede utilizar mecanismos de control para determinar que trabajadores han secundado la huelga, a los que se les aplicará el descuento salarial, pero no puede practicar el descuento solo a aquellos trabajadores que se les ha realizado un control y han secundado la huelga y no practicárselo a aquellos trabajadores a los que no se les ha aplicado un sistema de control para determinar si han secundado la huelga, vulnerado así el principio de igualdad²³. Como resuelve el Tribunal Supremo «no es posible que los trabajadores que participen en la huelga sufran por dicha causa un trato desigual retributivo»²⁴. Sin embargo, la propia Sala ha resuelto, en otro caso, que el descuento salarial practicado solo a una parte de los trabajadores de la empresa por participar en una huelga legal no vulnera el principio de igualdad cuando no se ha podido acreditar el seguimiento de la huelga por parte del resto de empleados al no estar sujetos a medidas de control informático, puesto que sin el mismo no cabe establecer los parámetros elementales de trato desigual²⁵.

El Tribunal Constitucional ha entendido que constituye una vulneración del derecho a la libertad sindical de los trabajadores la actuación de la empresa consistente en descontar los salarios de todos los trabajadores afiliados al sindicato convocante de la huelga, sin haber comprobado su efectiva participación en la misma²⁶, dato de afiliación que la empresa conocía por haberle sido suministrado a efectos de practicar el descuento mensual de la cuota sindical, utilizándose esta información para un propósito

²¹ STC, núm. 198/1998, de 13 de octubre (Rec. núm. 1123/1996).

²² STSJ de Cataluña (Sala de los Social, Sección 1ª) núm. 4391/2011, de 20 de junio (Rec. núm. 7594/2010).

²³ STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 149/2007 de 1 marzo (Rec. núm. 20/2007). Fj. 2º.

²⁴ STS de 30 enero 1997 (Rec. núm. 1642/1996), Fj. 6º.

²⁵ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 junio 2013 (R.c.u.d. núm. núm. 2937/2012).

²⁶ STC, núm. 11/1998, de 13 de enero (Rec. núm. 2264/1996).

distinto al previsto legalmente²⁷, vulnerándose también el principio fundamental a la protección de datos de carácter personal²⁸.

El hecho de que un trabajador/a esté afiliado a un sindicato convocante de la huelga no implica necesariamente que haya secundado la huelga convocada, es necesario que la empresa compruebe que trabajadores realmente han seguido la huelga²⁹, lo que puede hacer preguntando a los trabajadores si han participado en la huelga a efectos de realizar el descuento salarial correspondiente, «*sin que ello evidencie propósito alguno de intromisión en la libertad ideológica, ni de discriminación por motivo alguno personal o social, siendo tan sólo el medio de constatar la participación en la huelga, para aplicar el efecto legalmente previsto en el régimen retributivo*»³⁰.

Los actos realizados por los trabajadores pueden probar la adhesión del trabajador/a a la huelga como es la efectiva participación de un trabajador como miembro del comité de huelga que exige obligatoriamente secundar la huelga, por lo que procede el descuento salarial³¹.

Igualmente, el descuento salarial se aplica también a los liberados Sindicales si estos se suman a la huelga³², como es el caso de que participen como miembros en el comité de huelga³³, salvo que sus puestos de trabajo no se vean afectados directamente por la huelga³⁴.

El comité de huelga puede estar constituido por miembros que ostente o no la condición de huelguistas, por lo que el descuento salarial únicamente se aplicará a los miembros del comité de huelga cuyos puestos de trabajo estén afectados por la huelga,

²⁷ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz. La lesión de la libertad sindical mediante la utilización de datos informáticos autorizados. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional parte Estudio*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 1999.

²⁸ Vid. DE VICENTE PACHÉS, Fernando. Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informativos relativos a afiliación sindical [Comentario a la Sentencia 11/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 11), de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional]. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional parte Estudio*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1998.

²⁹ SSTC núm. 45/1999, de 22 marzo (RA 2460/1996); núm. 126/1998, de 15 junio (RA 4685/1996).

³⁰ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 1 octubre 1992 (Rec. núm. 3695/1989).

³¹ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 marzo 2013 (Rec. núm. 1788/2012), Fj. 2º.

³² STS (Sala de lo Social), de 6 abril 2004 (Rec. núm. 40/2003); SAN (Sala de lo Social) núm. 83/2002 de 10 diciembre (Rec. núm. 132/2002).

³³ STSJ de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. 1044/2012, de 22 de marzo (Rec. núm. 315/2012); STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección5ª), núm. 819/2021, de 22 noviembre (Rec. núm. 76/2021).

³⁴ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. 2940/2014, de 16 abril (Rec. núm. 6281/2013).

al margen de que ostenten o no la condición de representantes de los trabajadores, o disfruten de horas sindicales³⁵.

Respecto a los trabajadores que acudieron a las inmediaciones del centro de trabajo participando en la labor informativa de los piquetes informativos un día festivo durante la huelga convocada ha de ser asimilado a una auténtica integración en el marco de la huelga³⁶.

En cambio, la empresa no puede realizar descuento del salario a los trabajadores que el día de huelga no tenían obligación de trabajar o estaban de baja por Incapacidad Temporal³⁷ sin que estos hayan realizado actos concluyentes que corroboran su participación en la huelga y/o no puede ampararse en que les ha concedido la posibilidad de manifestar expresamente que no se sumaron a la huelga, puesto que la empresa no tiene constatación de la participación de estos trabajadores en la huelga³⁸.

Tampoco puede descontar la totalidad del salario a los trabajadores que se les ha designado para realizar servicios mínimos en una parte de la jornada y que no han manifestado su intención de secundar la huelga y, en cambio, retribuir el salario completo de la jornada solo a los que habían manifestado su voluntad de no adherirse a la huelga³⁹.

2. Conceptos retributivos incluidos en el descuento

El artículo 6.2 del RDL, de 4 de marzo de 1977, sobre Relaciones de Trabajo, establece que durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario. La doctrina judicial ha interpretado este precepto en el sentido de que la retribución a descontar por cada día de huelga comprende el salario de la jornada no trabajada, y determinados conceptos de «salario diferido»⁴⁰, como son las gratificaciones extraordinarias y la parte proporcional correspondiente a la

³⁵ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 4391/2011, de 20 junio (Rec. núm. 7594/2010).

³⁶ STS de 13 marzo 2001 (R.c.u.d. núm. 3163/2000), Fj. 4º.

³⁷ El trabajador en huelga no tiene derecho a la prestación por desempleo, ni a la prestación económica por incapacidad temporal (art. 6.3 del Real Decreto ley 17/1977), salvo que la incapacidad temporal, o la prestación de desempleo parcial, se hubieran producido antes de la huelga. Por tanto, no cabrá considerar en situación de huelga a quien ya estuviera en IT sin conocer su voluntad posterior adherirse a la huelga. En este sentido, STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1787/2008, de 1 julio (Rec. núm. 1275/2008), Fj. 3º.

³⁸ STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 de junio de 2007 (Rec. núm. 1034/2007), Fj. 3º.

³⁹ STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1606/2004 de 21 mayo (Rec. núm. 1030/2004), Fj. 2º.

⁴⁰ Vid. GARCÍA NINET, J. I. "Retribución del descanso dominical y de las vacaciones". En AA VV, *Estudios sobre la ordenación del salario*, Universidad de Valencia, 1976.

retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga⁴¹, calculándose dicha deducción en razón al número de horas dejadas de trabajar.

El tiempo no trabajado por el ejercicio del derecho de huelga repercute tanto sobre el salario base como sobre los complementos salariales, excluyéndose únicamente las percepciones extrasalariales⁴², como pueden ser un plus de formación y actividad cultural previsto en convenio colectivo⁴³; dietas y suplidos⁴⁴; plus familiar o ayuda escolar⁴⁵; aunque sí sobre las propinas⁴⁶.

El ejercicio del derecho de huelga produce el efecto de la suspensión del contrato de trabajo, lo que impide que se genere remuneración alguna, independientemente de que durante este período le correspondiere al partícipe en la huelga trabajar o descansar, por lo que corresponde el descuento de la retribución de los días de descanso semanal y de los días festivos comprendidos dentro del período de huelga⁴⁷, mientras que no cabe detracción o deducción alguna por huelga en la retribución de las vacaciones y en la de los días festivos fuera del período de huelga⁴⁸.

No obstante, en el caso de que la huelga fuera declarada ilegal esta afectaría a la duración y retribución de las vacaciones, permitiendo su descuento, ya que la inasistencia al trabajo sería injustificada⁴⁹.

Con reiteración ya se había pronunciado el Tribunal Central de Trabajo⁵⁰ declarando que las vacaciones anuales y los festivos que no coinciden con la huelga, en su duración y en su retribución, no se ven afectadas por el seguimiento de las huelgas, dado que la suspensión del contrato de trabajo por tal causa no puede producir otros efectos que los específicamente reseñados en el art. 6 del RDL 17/1977, entre los que no se corresponde la reducción del período de vacaciones o festivos en la parte proporcional correspondiente a los días no trabajados a consecuencia de la huelga legal.

⁴¹ STS, de 24 de enero de 1994 (Rec. núm. 2653/1992).

⁴² STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) de 7 marzo 2006 (Rec. núm. 3078/2005).

⁴³ STCT de 29 septiembre de 1983.

⁴⁴ STCT de 26 de diciembre de 1983.

⁴⁵ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 59/1993, de 18 enero.

⁴⁶ STSJ de Galicia, (Sala de lo Social), de 14 julio 1992 (Rec. núm. 2059/1992).

⁴⁷ SSTS, de 26 mayo 1992 (Rec. núm. 1244/1991), Fj. 3º; de 18 marzo 1996 (R.c.u.d. núm. 397/1995), Fj. 3º.

⁴⁸ STS de 13 marzo 2001 (R.c.ud. núm. 3163/2000).

⁴⁹ STCT de 1 abril.

⁵⁰ Entre otras muchas, STCT de 5 de noviembre de 1984; 18 de marzo de 1985; 29 de mayo de 1987; y de 29 de febrero de 1988.

Consecuentemente, el descuento no alcanza ni al número de días de vacaciones⁵¹, ni a su retribución, puesto que rige el principio de «impermeabilidad»⁵² por aplicación analógica de la regla de cómputo como días de servicio para el cálculo de tal concepto retributivo de las ausencias justificadas al trabajo.

El descuento tampoco alcanza a los festivos, salvo que la huelga coincida con ellos⁵³, pues el disfrute de las fiestas no está conectado con un tiempo de trabajo precedente y no se pueden establecer reglas de proporcionalidad entre períodos de trabajo y la retribución del día festivo pues el disfrute del festivo no requiere un período previo de trabajo para devengar el descanso en que consiste⁵⁴. Los días festivos tienen como fundamento la celebración de festividades religiosas o civiles, sin relación con el descanso que es debido al trabajo, por lo que por tales días no procede deducción⁵⁵.

En el caso de que el día festivo les correspondiera trabajar a algunos trabajadores, a cambio de disfrutar el festivo otro día, la empresa solo podrá descontar, a los trabajadores que sigan la huelga, el salario del día festivo que les correspondía trabajar más la parte proporcional de descanso semanal⁵⁶, pero conservando el derecho al día compensatorio de huelga, para garantizar el cumplimiento de su jornada anual, puesto que en este caso el festivo se convierte en un día laborable ordinario⁵⁷.

Consecuentemente, la única manera de que los conceptos vacaciones y festivos no se vean afectados por el descuento por huelga consiste en deducir del salario bruto anual ordinario el importe correspondiente a la paga de vacaciones y de los días festivos⁵⁸.

Igualmente, el descuento del salario repercute, proporcionalmente, sobre la retribución de los descansos semanales y de las pagas extraordinarias⁵⁹. Cuando los días de descanso semanal comprendidos dentro del período de la huelga, en régimen de

⁵¹ STS de 11 octubre 1994 (Rec. núm. 190/1994), Fj. 6º.

⁵² STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1799/2021, de 16 noviembre (Rec. núm. 1869/2021), Fj. 4º.

⁵³ STS, de 26 mayo 1992 (Rec. núm. 1244/1991) Fj. 3º.

⁵⁴ STS de 24 enero 1994 (Rec. núm. 2653/1992), Fj. 5º.

⁵⁵ SSTS de 24 enero 1994 (Rec. núm. 2653/1992), Fj. 5º; y de 18 abril 1994 (Rec. núm. 2555/1993), Fj. 3º.

⁵⁶ Vid. BARBANCHO TOVILLAS, Fernando. "Tiempos de descanso. Descansos intra-jornada, entre jornadas y semanal. Festivos laborales". En: VV.AA. *La reordenación del tiempo de trabajo*. Juan Pablo Maldonado Montoya (dir.) Isabel Marín Moral (dir.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.). Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Vol. 1, 2022, pp. 329-361.

⁵⁷ SAN 5/2013 de 16 enero (Proc. núm. 327/2012), Fj. 4º, STS de 2 junio 2014 (Rec. núm. 172/2013).

⁵⁸ STS de 12 marzo 1996 (Rec. núm. 427/1995), Fj. 3º.

⁵⁹ STS 1 de octubre de 1991 (Rec. núm. 368/1991), Fj. 4º.

trabajo a turnos, se disfrutan de forma rotativa y sucesiva a lo largo de todos los días de la semana, sin limitarse al sábado y al domingo, corresponde el descuento de la retribución de los días de descanso semanal comprendidos dentro del período de huelga⁶⁰.

Para hallar las concretas cantidades a deducir por los días de ausencia en el trabajo se deberá tener en cuenta factores como el sistema de retribución y la posible distribución irregular de la jornada lo que según la doctrina judicial impiden establecer una fórmula operativa de composición de los distintos elementos que deben formar el dividendo y el divisor con carácter general, aunque en todo caso debe respetarse la regla general de *«proporcionalidad del día respecto del módulo temporal comparativo y la homogeneidad de ese módulo con relación al total anual»*⁶¹.

La doctrina judicial ha interpretado que el descuento proporcional de la retribución por los días de descanso por el seguimiento de la huelga debe repercutir únicamente a los correspondientes a la semana en que se haya producido el paro⁶², aunque esto presupone que el valor económico de cada día de descanso semanal lo genera el trabajo realizado en la semana que se disfruta, y esto no es así, el valor económico de los días de descanso semanal no depende de las horas concretas de trabajo de una semana y, menos aún cuando la jornada de trabajo es irregular.

Seguir la interpretación de estos pronunciamientos judiciales supone que, si se realiza un día de huelga en una semana que se disfruta de 2 días de descanso semanal, el porcentaje de descuento del salario de los días de descanso sería de 0,4% ($2/4=0,4$), en el caso de un salario diario de 50 euros el descuento sería de 20 € [$(50 \times 0,4 = 20 \text{ €})$]. No obstante, Imagínese que la huelga tiene lugar en una semana que debido a la organización de la jornada irregular o por acumulación del descanso semanal no se descansa ningún día y que en otra semana se lleva a cabo el mismo día de huelga en la que se ha acumulado los dos días de descanso semanal de la otra semana. En todos estos casos descontar solo la parte proporcional del descanso semanal efectivamente disfrutado en esa semana daría como resultado que en una semana en que se trabaja los 7 días (debido a que esta acumulado los dos días de descanso en la siguiente semana), no se descontaría ninguna cantidad por el tiempo de descanso semanal y, en cambio, si el día de huelga se lleva a cabo la semana siguiente, en la que se ha acumulado el descanso o que se disfruta de dos días más de descanso por ajuste de jornada, por ese mismo día de huelga se descontaría la parte proporcional de 4 días de descanso ($4/3 = 1,33$), en el caso de un salario diario de 50 euros el descuento sería por

⁶⁰ STS de 13 marzo 2001 (R.c.u.d. núm. 3163/2000), Fj. 4º.

⁶¹ STS de 1 octubre 1991 (Rec. núm. 368/1991), Fj 3º.

⁶² STS de 18 abril 1994 (Rec. núm. 2555/1993), Fj. 3º.

ese mismo día de huelga de 66,5 euros [50 x 1,33= 66,5), cuando en todos los casos la retribución que corresponde a cualquier día de descanso semanal es igual a la de cualquier día del mes o del año, sea de trabajo efectivo o de descanso e independientemente que la jornada se distribuya regular o irregularmente, ya que el valor económico que cada día lo determina el salario anual que se tiene derecho a percibir por la realización de la jornada anual de trabajo y, por tanto, el descuento proporcional de descanso por ese mismo día de huelga debería ser el mismo en todos los casos.

Consecuentemente, en el salario a descontar por la inasistencia al trabajo por seguimiento de la huelga debe contenerse la parte proporcional de los descansos computables como de trabajo (salvo vacaciones y festivos), independientemente que, en una semana, por diversas razones, se disfrute de más o menos días de descanso semanal.

En el caso de jornadas irregulares el descuento de los descansos semanales debe realizarse proporcionalmente en relación con el tiempo de duración de la huelga⁶³.

La Sala de lo Social del TSJ de País Vasco ha resuelto que, en el caso de distribución irregular de la jornada, no debe incluirse dentro del salario de descanso a descontar del salario anual los días en los que no se presta servicios por acumular horas de trabajo en otros días del año, fundamentando que se trata de unos días sin actividad de compensación de exceso de jornada, en los que no se trabaja porque ese tiempo ya se ha trabajado previamente en otros días del año, por lo que no puede equipararse a las vacaciones, ni a los festivos⁶⁴.

En relación con las pagas extraordinarias, el empresario no está autorizado para «anticipar descuentos futuros por un pago salarial que no se ha anticipado»⁶⁵, solo en el caso de que estas estén prorrateadas podrán descontarse en el mismo mes de la huelga⁶⁶, en otro caso se descontará la parte que corresponda a cada gratificación en el momento de su liquidación.

Las pagas de participación en beneficios deben ser asimiladas a las gratificaciones extraordinarias a los efectos de descuento retributivo⁶⁷, así como los incentivos en función del rendimiento.

⁶³ STS 4 de octubre de 1995 (Rec. núm. 440/1995), Fj. 2º

⁶⁴ SSTSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 893/2021, de 25 mayo (Rec. núm. 840/2021). Fj. 4º; núm. 1367/2021, de 21 septiembre (Rec. núm. 1336/2021). Fj. 3º; y núm. 1039/2022, de 24 de mayo (Rec. núm. 1023/2022), Fj. 3º; así como los AATS de 16 mayo 2023 (R.c.u.d. núm. núm. 3759/2022) y de 10 enero 2023 (R.c.u.d. núm. núm. 4186/2021), que inadmiten el recurso contra estas dos últimas y declarando su firmeza.

⁶⁵ STS de 26 mayo 1992 (Rec. núm. 1244/1991) Fj. 2º.

⁶⁶ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 2 junio 2014 (Rec. núm. 172/2013)

⁶⁷ STS de 18 abril 1994(Rec. núm. 2555/1993), Fj. 3º.

3. Repercusión de la huelga en la retribución de los complementos salariales

La exoneración de la obligación de abonar el salario en caso de huelga en ningún caso puede constituir una sanción, lo que exige que se respete la proporcionalidad del descuento salarial con la pérdida de trabajo ocasionada por la huelga. Consecuentemente, respecto de los pluses devengados por día de trabajo, su pérdida debe producirse de manera proporcional a la duración de la ausencia en el trabajo⁶⁸.

Por tanto, descontar la totalidad de un bonus de productividad mensual por un solo día de huelga conculca el derecho de huelga puesto que este descuento excede con mucho de la proporcionalidad entre la duración de la huelga y el salario a descontar del complemento que se percibe por la actividad laboral mensual⁶⁹.

Algunos complementos salariales podrían actuar como «cláusulas antihuelga» como puede ser la percepción de un plus por reducción de absentismo, que serán lícitos siempre que no se utilicen como un instrumento disuasorio de la huelga, que la pérdida de este complemento sea proporcional a los días de inasistencia y que no sea la única causa de absentismo que provoque el descuento, por lo que no debe suponer un sacrificio adicional a la pérdida de la remuneración correspondiente al tiempo de huelga⁷⁰.

En todo caso, puesto que son radicalmente distintas las ausencias al trabajo producidas por razón de huelga de las debidas a cualquier otro tipo de causa, no pueden entenderse comprendidas las primeras en los premios a la asiduidad o en los pluses de asistencia, cuando no se incluyen expresamente en lo convenido⁷¹.

El descuento por participación en la huelga también puede incidir en complementos como el de participación en beneficios, asimilada a las pagas extraordinarias⁷² o el de estímulo a la producción, que también experimenta una reducción proporcional al tiempo de duración de la huelga⁷³.

4. Repercusión de la huelga en la retribución del plus de asistencia

⁶⁸ STSJ de Aragón, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1268/2004, de 8 noviembre (Rec. núm. 977/2004), Fj. 4º.

⁶⁹ STS núm. 273/2023, de 13 de abril (Rec. núm. 217/2021), Fj. 9º.

⁷⁰ STC 189/1993, de 14 de junio de 1993 (R.A. 968/1990), Fj. 8º.

⁷¹ SSTS de 27 de diciembre de 1993 (Rec. núm. 2975/1992), Fj. 4º; y de 5 mayo 1997 (Rec. núm. 3310/1996), Fj. 2º.

⁷² STS de 18 abril 1994 (R.c.u.d. núm. 2555/1993), Fj. 3º.

⁷³ STS de 26 mayo 1992 (Rec. núm. 1244/1991), Fj. 4º.

La regulación del plus de asistencia que se haga en el convenio colectivo puede incluir o excluir las faltas de asistencia a causa del seguimiento de la huelga o simplemente no hacer mención alguna, lo que suscita la pregunta de si las faltas de asistencia al trabajo por razón de huelga están comprendidas en la expresión generalizada empleada para las faltas al trabajo: «cualquiera que sea la naturaleza y número de días de la misma».

La jurisprudencia ha tenido que llenar el vacío legal respecto a los complementos salariales que no operan en función directa e inmediata del trabajo en el día correspondiente teniendo en cuenta que *«no cabe admitir la existencia de unos incentivos disuasores del ejercicio del derecho de modo que se prime la no realización de la huelga»*⁷⁴.

El ejercicio del derecho de huelga es un derecho fundamental recogido en el art. 28 de la Constitución⁷⁵, de modo que la normativa convencional ha de interpretarse en el sentido más favorable a su vigencia y al ejercicio del derecho constitucional y, en concreto, no extendiendo las consecuencias económicas de su activación más allá de lo previsto en el art. 6 del RDL 17/1997, de 4 de marzo.

El Tribunal Constitucional admite la posibilidad de que, en Convenio Colectivo, pueda pactarse incluir las ausencias por el seguimiento de la huelga, junto a otras causas, a los efectos del cálculo del índice de absentismo y, consecuentemente, la posibilidad del descuento del llamado plus de asistencia, como consecuencia de las ausencias durante la huelga, respetándose el principio de proporcionalidad⁷⁶, que supone que no procede la eliminación de la totalidad del plus mensual, debiendo descontarse solo la parte proporcional que corresponde al tiempo de huelga. Descontar la totalidad del plus supondría establecer un complemento antiabsentismo.

En los casos en que en el convenio colectivo no se incluya expresamente las ausencias por el seguimiento de la huelga legal, como causas de ausencia al trabajo a efectos del complemento, estas no podrán computarse a los efectos de reducción del plus de asistencia⁷⁷, siendo esta la interpretación más favorable al ejercicio del Derecho Constitucional.

En consecuencia, como señala el Sala del Tribunal Supremo, *«solo cabría incluir el tiempo de ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo si el convenio colectivo lo hubiera establecido así expresamente, sin que el silencio del convenio pueda*

⁷⁴ STS de 19 de abril de 2004 (Rec. núm. 36/2003)

⁷⁵ STS, de 1 de diciembre de 1998 (Rec. núm. 1747/1998), Fj. 2º.

⁷⁶ STC, de 14 de junio de 1993 (Rec. núm. 968/1990), Fj. 8º.

⁷⁷ SSTS de 27 de diciembre de 1993 (Rec. núm. 2975/1992); de 5 de mayo de 1997 (Rec. núm. 3310/1996); de 1 de diciembre de 1998 (Rec. núm. 1747/1998); de 19 de abril de 2004 (Rec. núm. 36/2003); de 26 de abril de 2004 (Rec. núm. 96/2003); y núm. 128/2023, de 9 febrero (R.c.u.d. núm. 2354/2020).

interpretarse en el sentido más desfavorable al derecho fundamental, sino que, por el contrario, ha de hacerse en el sentido más favorable al derecho fundamental»⁷⁸.

Igual tratamiento debe darse a un «Premio de Asiduidad» reconocido en el convenio colectivo que concede uno o dos días adicionales de descanso por cada semestre natural en el que el trabajador mantenga una asistencia ininterrumpida al trabajo. En este caso, al igual que la huelga no minora la duración de las vacaciones anuales tampoco puede afectar al descanso complementario que implica el premio salvo en la parte proporcional correspondiente a los días de huelga, es decir, ya que el plus se devenga día a día por asistencia puntual al trabajo, la huelga impide su devengo en los días en que ésta se realiza, lo contrario implicaría privar al trabajador de algo más que el salario de dichos días y se les estaría privando de una parte del descanso devengado en jornadas de trabajo⁷⁹.

Por tanto, el descuento en la prima de asistencia y puntualidad por la huelga ha de ser proporcional al tiempo del ejercicio del derecho de huelga y no afectar a la totalidad de la prima mensual⁸⁰.

5. Cálculo del descuento por el tiempo no trabajado por huelga

Inicialmente, cuando hay que practicar descuentos salariales por el seguimiento de la huelga, la jurisprudencia se había posicionado mayoritariamente por calcular el descuento en razón al salario día, salvo en los supuestos en que la jornada de trabajo sea irregular y, por tanto, la incidencia que tendrá la huelga no será igual en un día que en otro, por lo que el módulo que se debe utilizar para el descuento salarial es el salario hora multiplicado por el número de horas del día de huelga⁸¹.

Así pues, cuando los trabajadores realizan una jornada irregular en la empresa no procede efectuar descuentos generales con arreglo al salario mensual por cada día de huelga sino que procede descontar únicamente las horas concretas que cada trabajador ha seguido la huelga, y con arreglo al precio hora de cada trabajador, que se obtiene dividiendo el salario anual, una vez deducido el valor económico de los días de vacaciones y festivos, y los descansos, calculados del modo anticipado, por el número

⁷⁸ STS núm. 128/2023, de 9 febrero (R.c.u.d. núm. 2354/2020), Fj. 3º.

⁷⁹ STS de 10 diciembre 1993 (Rec. núm. 3015/1992), Fj. 4º.

⁸⁰ STS de 15 de noviembre de 2007 (R.c.u.d. núm. 1799/2006), Fj. 3º.

⁸¹ SSTS 4 de octubre de 1995 (Rec. núm. 440/1995), Fj. 2º; y de 16 de octubre de 1995 (Rec. núm. 885/1995), Fj. 2º.

de horas de jornada anual y multiplicar el resultado por el número de horas concretas que dejaron de hacer los trabajadores que ejercieron su derecho de huelga⁸².

Como se ha analizado, la doctrina judicial mayoritariamente interpreta que debe descontarse el tiempo de inactividad de huelga, calculado como el salario anual, descontado el valor económico de las vacaciones, festivos y descansos semanales, y dividirlo por día de trabajo u hora de trabajo, aunque en algunos casos se ha resuelto que del salario anual solo debe descontarse el salario de los días de descanso semanal pero no debe descontarse el salario de los días de descanso por ajuste por exceso de jornada o de libre disposición⁸³. Al valor día u hora así calculado habrá que sumar al descuento solo de la parte proporcional del descanso semanal que corresponda a esa semana, aunque haya semanas que pueda descansarse más días que en otras semanas o que en la semana de huelga se disfrute algún día adicional de descanso por ajuste de jornada o por acumulación de días de descanso.

A modo de ejemplo, en el caso de unos trabajadores que lucran un salario anual bruto de 26.600 euros (12 mensualidades de 1.900 euros más dos gratificaciones de igual cantidad, que se liquidan en junio y diciembre), con una jornada anual de 1.792 horas (que se distribuye en 224 días de trabajo). En el año en curso, en el que tiene lugar la huelga, tienen derecho a 30 días de vacaciones y a 14 festivos (ninguno de ellos coincide en los días de vacaciones ni en los de huelga). El cálculo sería:

Puesto que el descuento proporcional del descuento de las gratificaciones extraordinarias no puede anticiparse a la liquidación de estas, lo conveniente es calcular el descuento por separado el correspondiente a las mensualidades y por otra parte las gratificaciones, salvo que estas están prorrateadas en las 12 mensualidades, por lo que del salario total anual se restará inicialmente el valor económico que corresponde a las gratificaciones (26.600 - 3800 = 22.800 €).

Del salario anual debe descontarse los 30 días de vacaciones, los 14 festivos, y el total de días de descanso descansos computables como de trabajo (art. 26.1 ET), sin incluir en el descuento los días de ajuste de exceso de jornada, lo que se obtiene restando al salario anual, sin gratificaciones (26.600 - 3800 = 22.800 €), el salario de los días de vacaciones y festivos y descanso semanal no coincidentes con los días de huelga (en el ejemplo: 30+14+96= 140 días) [(22.800/365= 62,47 €/día) x 140 días =

⁸² SAN 167/2013, de 25 septiembre (Proc. núm.244/2013), Fj. 3º; STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2222/2019 de 10 diciembre (Rec. núm. 1982/2019), Fj. 3º.

⁸³ STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1367/2021, de 21 septiembre (Rec. núm. 1336/2021).Fj. 3º y ATS e 10 enero 2023 (R.c.u.d. núm. 4186/2021), que inadmite el recurso contra la misma y declarando su firmeza; STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1039/2022, de 24 de mayo (Rec. núm. 1023/2022), Fj. 3º y ATS de 16 mayo 2023 (R.c.u.d. núm. 3759/2022) que inadmite el recurso contra la misma y declarando su firmeza.

8.745,21 €], que dará como resultado 14.054,79 euros, que se dividirá entre la jornada anual de trabajo para obtener el valor económico de cada hora de trabajo ($13.992,33 / 1792 = 7,84$ euros/hora) o entre los días de trabajo efectivo ($13992,33 / 224 = 62,74$ euros/hora).

Para descontar la parte proporcional del descanso semanal concreto se debe sumará al valor económico del tiempo de trabajo de inactividad por la huelga la proporción de descanso semanal, es decir, si en esa semana se descansa 2 días se multiplicará el salario día u hora por 0,4 ($2/5=0,4$) y se multiplicará por los días u horas de huelga de esa semana. Por tanto, se sumará, en el ejemplo, a los 62,74 € día, o a los 7,84 euros hora, el valor proporcional del descanso semanal de la semana de huelga, es decir, el valor día (62,47 €) u hora de trabajo [$(62,47 \times 224) / 1792 = 7,81$ euros] por 0,4 ($62,47 \times 0,4 = 24,99$ €, o 3,12 €) y que se multiplicará por el número de días u horas de huelga de esa semana ($62,47 + 24,99 = 87,73$ €/día; o $7,84 + 7,81 = 10,97$ €/hora).

De igual modo, en el caso de las gratificaciones extraordinarias se debe restar a las gratificaciones extraordinarias (3.800 €) el valor económico del devengo de las gratificaciones generado por los días festivos, vacaciones y días de descanso semanal [$(3.800/365 = 10,41$ €/día) $\times 140 = 1.457,53$ €; $3.800 - 1.457,53 = 2.342,47$] y dividirlo por el número de días de trabajo ($2.342,47/224 = 10,46$ €) u horas de trabajo ($2.342,47/1792 = 1,31$ €). Finalmente se sumaría el descuento proporcional devengado por el tiempo de descanso, en el caso de 2 días de descanso semanal ($2/5 = 0,4$) multiplicándolo por el valor día [$(3.800/365 = 10,41$ €) $\times 0,4 = 4,16$ €] u hora [$(10,41 \times 224) / 1792 = 1,30$; $1,30 \times 0,4 = 0,52$ €] que en total suma un descuento de 14,62 € por día de huelga o 1,83 € por hora de huelga y que se descontará la mitad de esta cantidad, ya que corresponde a dos gratificaciones, en el recibo de salario u nómina en que se liquide cada una de ellas (en el ejemplo, junio y diciembre).

Debe advertirse, como se ha señalado, que en el caso de que se acumulará el descanso semanal en 14 días, es decir que una semana no se descansa y la siguiente se descansa 4 días, si seguimos la doctrina judicial, un día de huelga en la semana que no disfrutamos descanso semanal no llevaría aparejado descuento por del salario por los días de descanso y un mismo día de huelga la semana siguiente en la que se disfrutan los 4 días acumulados de descanso semanal llevaría aparejado como descuento de un 1,33% del salario de ese día de huelga, por tanto, incluso mayor que lo que supondría la suma del descuento de esos dos días de huelga en dos semanas en que no se ha acumulado el descanso semanal ($0,4 + 0,4 = 0,8\%$). Esto lleva a la conclusión de que, siguiendo la interpretación de la doctrina laboral, en el caso de jornada irregular, o que los días de descanso se disfrutan acumulados, se descuenta para un mismo día de huelga una mayor cantidad por el descanso semanal cuantos más días de descanso

semanal se disfruten en la semana en la que se lleva a cabo la huelga, lo que supone que no se guarda la proporcionalidad entre el tiempo de huelga y el descanso semanal a descontar. Prueba de ello es que el cálculo así realizado, en un supuesto del seguimiento de una huelga que abarcará todos los días de trabajo efectivo de un año no se descontaría el total del salario del tiempo de descanso semanal, puesto que en el ejemplo 224 días de trabajo, descontarían 89,6 días de descanso semanal ($224 \cdot 0,4 = 89,6$), cuando en el ejemplo habrían 96 días de descanso semanal, diferencia que se explica porque en muchas semanas hay un festivos, por lo que en esas semanas se trabaja menos de 5 días para los dos días de descanso semanal y, por tanto, la proporción de anual entre días de trabajo y descanso es de 0,43 ($96/224 = 0,428$).

No obstante, como se ha señalado, es habitual que en el año en curso se disfruten otros días de descanso por ajuste de la jornada o debido a una distribución irregular de la jornada o por acumulación de días de descanso. En estos casos, el modo que parece más exacto para deducir el descanso proporcional equivalente al tiempo no trabajado por el seguimiento de la huelga sería dividir el salario anual, una vez deducido el valor económico de los días de vacaciones y festivos, entre la jornada anual, ya que de este modo la parte proporcional de descanso semanal y otros días de descanso por ajuste de la jornada anual quedan incluidos en el cálculo, puesto que en el valor económico de cada hora se incluye el valor económico del día de trabajo más el valor económico proporcional de los días de descanso semanal y de otros días de descanso por ajuste de jornada devengados por los días trabajados, deduciéndose así solo el que proporcionalmente corresponde al tiempo de inasistencia al trabajo por el seguimiento de la huelga.

En el Estatuto de los trabajadores se establece el derecho de los trabajadores a un descanso mínimo semanal computables como de trabajo y, por tanto, retribuido en igual cuantía que los días de trabajo. En este sentido, cada día de trabajo genera una parte proporcional de descanso por lo que el tiempo de huelga en una semana debería descontar proporcionalmente el valor económico del descanso semanal que devenga cada día de trabajo o cada hora de trabajo.

Si se hiciera así y siguiendo el ejemplo, para calcular el descuento del tiempo de huelga descontaríamos del salario anual, sin gratificaciones, el valor económico de los días de vacaciones (30 días) y de los festivos (en el ejemplo 14, ya que ninguno de ellos coincide en los días de vacaciones ni en los de huelga). El valor económico de estos 44 días se obtiene de dividir el salario anual (sin gratificaciones) entre los 365 días del año, obteniendo el salario día ($22.800/365 = 62,47$) y multiplicarlo por los 44 días ($62,47 \times 44$

= 2.748,49 euros]⁸⁴. Puesto que el descuento salarial proporcional por la huelga no repercute en la retribución de los días festivos, ni en las vacaciones, el valor económico de los festivos y vacaciones debe ser restado del salario anual (22.800 - 2.748,49 = 20.051,51 euros), este mismo valor se obtendría de multiplicar de los 365 días del año, los días de vacaciones y festivos y multiplicarlo por el salario día [365-44= 321; 321 x (22.800/365) = 20.051,51 euros].

Si esta cantidad anual, reducida por los días de vacaciones y festivos, se divide por la jornada anual obtenemos el valor hora de la jornada anual incluido el valor económico de la parte proporcional de descanso que genera cada hora de trabajo (20.051,51 euros / 1792 horas = 11,19 euros/hora); y si se divide entre los días de trabajo se obtendría el salario día a descontar (20.051,51/224 = 89,51 €).

Respecto a las gratificaciones extraordinarias, es igualmente conveniente hacer el cálculo del descuento por separado, salvo que estas están prorrateadas en las 12 mensualidades. Para ello, se debe dividir el valor económico de las gratificaciones entre los 365 días del año en los que se devengan estas y multiplicarlos por los días festivos y de vacaciones [(3.800 euros / 365 días) x 44 = 458,08] obteniéndose así el valor económico de las gratificaciones que se devengan por estos días y que no pueden descontarse por el seguimiento de la huelga. Si esta cantidad se resta del valor económico de las gratificaciones extraordinarias y se divide por la jornada anual, obtenemos el valor económico que devenga cada hora de trabajo con el tiempo de descanso proporcional [(3.800 - 458,08) / 1792 horas = 1,86 euros/hora].

Siguiendo con este ejemplo, a los trabajadores que secundan la huelga convocada deberá descontarse 11,19 € por cada hora de inactividad por la huelga que se descontará en la nómina del mes en que se ha realizado la huelga.

Respecto al descuento de las gratificaciones extraordinarias el valor del descuento será de 1,86 € por cada hora de inactividad por la huelga que se descontarán en el momento de liquidación de las gratificaciones (la mitad, 0,93 €, en junio y la otra mitad, 0,93 €, en diciembre), puesto que el descuento sobre las pagas extras debe hacerse en el mes de su devengo, salvo que su pago este prorrateado mensualmente, en cuyo caso el descuento correspondiente se llevará a cabo en el mes en que la huelga se ha realizado⁸⁵.

⁸⁴ Adviértase que los resultados son los que se obtienen del cálculo en una tabla de Excel por lo que varían ligeramente de los que se obtendría del valor redondeado sin tener en cuenta todos los decimales.

⁸⁵ STS 4 de octubre de 1995 (Rec. núm. 440/1995), Fj. 1º.

III. CONCLUSIONES

La diferencia del cálculo del modo que se interpreta por la doctrina judicial o del modo propuesto puede ser más o menos significativo, dependiendo de los días de descanso semanal que se tenga derecho en la semana concreta de huelga, pero parece mucho más proporcional realizar el descuento semanal en proporción al tiempo de huelga, con independencia que en la semana concreta se disfrute de más o menos días de descanso semanal ya que la retribución de los días de descanso se devenga en relación con el tiempo trabajado. En el caso de una jornada regular, y siguiendo el ejemplo empleado, por cada hora de seguimiento de la huelga del modo que se interpreta por la doctrina judicial se descontaría 10,97€ más 1,83€ y del modo propuesto 11,19€ más 1,86€. La pequeña diferencia se explica porque en el modo que se interpreta por los tribunales solo se descuenta el salario del descanso semanal de la semana de la huelga, cuando el salario del descanso semanal se devenga por todos los días u horas que se trabaja, no solo por los que se trabaja en esa semana que pueden ser más o menos y en cambio el salario de los días de descanso siempre es el mismo. Por tanto, la proporcionalidad matemática del descuento debería calcularse dividiendo el salario anual, descontado el salario por los días de vacaciones y festivos, entre la jornada anual o días de trabajo efectivo. El resultado sería el salario día u hora en el que estaría incluido el salario de los días de trabajo más la parte proporcional de los días de descanso. En el caso de huelgas en jornadas irregulares, semanas en las que hay más días de descanso semanal que la media o festivos la diferencia sería mucho mayor, provocando en algunos casos un descuento mucho mayor siguiéndose la doctrina de los tribunales.

Debe advertirse, de nuevo, que el modo de descuento propuesto, que se defiende ser más proporcional, no sigue la interpretación mayoritaria de nuestros tribunales⁸⁶, que han resuelto que el modo de calcular el descuento salarial de los días de huelga, cuando se trata de trabajadores cuya jornada semanal es irregular, debe realizarse con arreglo al precio de la hora de trabajo anual multiplicado por las horas de huelga, señalando que el precio de la hora anual debe obtenerse de dividir el salario anual una vez deducidos los días de vacaciones, festivos y la parte proporcional del descanso semanal (no el de los días de ajuste de jornada) y multiplicarlo por las horas de huelga, aunque ello, sin perjuicio de otro criterio mejor fundado, en algunos casos pueda ocasionar que el descuento de los días de descanso no sea proporcional al tiempo de huelga.

⁸⁶Entre otras muchas, STS de 24 enero 1994 (Rec. núm. 2653/1992); SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 167/2013, de 25 septiembre (Proc. núm. 244/2013); SSTSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2222/2019 de 10 diciembre (Rec. núm. 1982/2019), y núm. 972/2021, de 8 junio (Rec. núm. 799/2021).

Así lo ha advertido también la Sala cuando ha resuelto que para hallar las concretas cantidades a deducir por los días de ausencia en el trabajo se deberá tener en cuenta factores como el sistema de retribución y la posible distribución irregular lo que impide establecer una fórmula operativa de composición de los distintos elementos que deben formar el dividendo y el divisor con carácter general, aunque en todo caso debe respetarse la regla general de «*proporcionalidad del día respecto del módulo temporal comparativo y la homogeneidad de ese módulo con relación al total anual*»⁸⁷.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BARBANCHO TOVILLAS, Fernando. “Tiempos de descanso. Descansos intra-jornada, entre jornadas y semanal. Festivos laborales”. En: VV.AA. *La reordenación del tiempo de trabajo*. Juan Pablo Maldonado Montoya (dir.) Isabel Marín Moral (dir.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.): Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Vol. 1, 2022, pp. 329-361.

BIRGILLITO, María Laura. Trabajadores en huelga y descuentos salariales. El asunto jurídico de la adhesión del trabajador a la huelga en un reciente pronunciamiento. SJS Valladolid Núm. 4, 27 de septiembre 2017 (As 2017, 1789). *Revista española de derecho del trabajo*, N.º. 209, 2018, pp. 219-228.

CACHÓN VILLAR, Pablo. Descuentos por huelga y derecho fundamental de libertad sindical. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 4, 1996, pp. 1290-1291.

CASTRO CONTE, Macarena. De nuevo sobre las consecuencias económicas del ejercicio del derecho a la huelga. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 2, N.º. 2 (May), 2009, pp. 63-71.

CEINOS SUÁREZ, Ángeles. Abono de salarios en caso de interrupción del trabajo por huelga de otros trabajadores: Análisis jurisprudencial. Temas laborales: *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 44, 1997, pp. 99-118.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. “Descuentos sobre la percepción total bruta del trabajador”. En: VV.AA. *Estudios sobre el salario*. Luis Enrique de la Villa Gil (coord.). Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, ACARL: 1993, pp. 635-648.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando. Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informativos relativos a afiliación sindical [Comentario a la Sentencia 11/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 11), de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional]. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional parte Estudio*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1998.

⁸⁷ STS de 1 octubre 1991 (Rec. núm. 368/1991), Fj 3º.

ESCUADERO ALONSO, Luis José. Descuento del salario del tiempo no trabajado. *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, Nº. 352, 2019, pp. 21-22.

GAMBACORTA, Mario L. Descuentos salariales y evolución de los efectos del derecho de huelga: un tema abierto en proyecciones y consecuencias. *Revista Derecho del Trabajo*, Nº. 9, 2013, pp. 2225-2234.

GARCÍA NINET, J. I. "Retribución del descanso dominical y de las vacaciones". En AA VV, *Estudios sobre la ordenación del salario*, Universidad de Valencia, 1976.

GARCÍA NINET, José Ignacio. "La huelga (I)". En: *Manual de Derecho sindical*. José Luis Salido Banús (coord.), Jesús Barceló Fernández (coord.); José Ignacio García Ninet (dir.), Jordi García Viña (dir.), María Arántzazu Vicente Palacio (dir.), 2017, pp. 389-430.

GARCÍA VIÑA, Jordi. La huelga: un derecho fundamental configurado por los tribunales. *Revista del poder judicial*, Nº 74, 2004, pp. 147-193.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ. José Joaquín. ¿El descuento salarial por huelga, cuando la jornada anual de trabajo no está uniformemente distribuida a lo largo del año, debe llevarse a cabo en virtud del valor del salario/hora o del salario/día del trabajo? *Documentación Laboral*, Nº 47, 1995, pp. 279-286.

MARTÍNEZ MORENO, Carolina. La situación de los liberados sindicales en relación con el ejercicio del derecho de huelga. Algunas consideraciones a la vista de la SAN 10 de diciembre 2002. *Aranzadi social*, Nº 4, 2002, pp. 3362-3368.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz. La lesión de la libertad sindical mediante la utilización de datos informáticos autorizados. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional parte Estudio*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 1999.

POQUET CATALÁ, Raquel. Servicios mínimos y retribución salarial ¿Aspecto no resuelto? *IUSLabor*, 2/2019, pp. 54-76.

RON LATAS, Ricardo Pedro. Los descuentos retributivos al personal laboral, funcionario y estatutario por participación en huelgas. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 6, 2002, pp. 637-642.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. "Suspensión del contrato de trabajo y descuento salarial por huelga". En: VV.AA. *Huelga y conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: estudios ofrecidos a la profesora María del Mar Ruiz Castillo*. Joaquín García Murcia (dir.), Juan Escribano Gutiérrez (dir.), María del Mar Ruiz Castillo (hom.), 2021, pp. 545-590.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: puntos críticos. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 127, 2014, pp. 121-142.

**REFORMA DEL RÉGIMEN DE CONCURRENCIA CONVENCIONAL
ESTATUTARIA Y MEJORA DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL DEL
COLECTIVO DE ARTISTAS POR REAL DECRETO LEY 7/2023**

Por

FERMÍN GALLEGO MOYA
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Murcia

fgallego@um.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: Tras su aprobación por el Consejo de Ministros de fecha 19 de diciembre de 2023, el BOE del día siguiente publica el Real Decreto Ley 7/2023¹, que ha afectado a diversos cuerpos normativos², y de forma muy relevante al Estatuto de los Trabajadores, que ha sido modificado en sus artículos 37.4, 84.3 y 84.4, además de incluirse una nueva disposición adicional.

En efecto, el artículo primero de la norma reformista, modifica, en primer término, el permiso de lactancia (art. 37.4), para que la persona trabajadora pueda hacer uso de todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, sin necesidad de previsión convencional o acuerdo con el empleador³; en segundo lugar, la modificación de los apartados 3 y 4 del art. 84, regulador del régimen de concurrencia convencional, ha privilegiado la

¹ Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 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, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo.

² La parte dispositiva del RDL 7/2023 integra tres artículos que recogen las modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; y del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Pero, además, en sus disposiciones adicionales, se aborda la modificación de aquellos textos normativos que, para mantener la coherencia con la reforma, precisan adaptar alguna de sus disposiciones a los cambios que incorpora el RDL 7/2023; en concreto, se modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el RDleg. 5/2000, de 4 de agosto (con vistas a “encajar” la nueva estructura del régimen sancionador); el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (al que se incorporan dos nuevos artículos que facilitan el procedimiento para la devolución de prestaciones indebidamente percibidas); el RD 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo (para incorporar medidas que refuerzan el control en el supuesto de capitalización de prestaciones por desempleo); y, por último, el RD 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de Andalucía y Extremadura (simplificando el esquema protector).

³ Condiciones exigidas legalmente y confirmadas por la Jurisprudencia (véase STS 11 de noviembre de 2009, Rec. 133/2008).

negociación colectiva de ámbito autonómico, otorgándole prevalencia sobre la normativa convencional estatal en un elenco de materias tasadas entre las que, por exclusión de las vedadas, se encuentra el régimen salarial, de forma que, desde ahora, los convenios autonómicos podrán establecer salarios superiores a los reconocidos por la normativa sectorial estatal; finalmente, y con un carácter más específico, la norma acomete la muy reclamada reforma del sistema de representación del colectivo de artistas, incrementando el nivel de participación en los procesos electorales, tradicionalmente penalizado por el exceso de temporalidad.

Pese al escaso tiempo transcurrido desde la publicación del RDL 7/2023, existen primeras aproximaciones doctrinales, principalmente sobre las modificaciones del art. 37.4 ET, siendo el objeto del presente trabajo adentrarnos en las otras dos reformas del Estatuto, esto es, la que afecta al régimen de concurrencia de convenios y la que mejora la representatividad sindical del colectivo regulado en el RD 1435/1985.

PALABRAS CLAVE: Concurrencia de convenios; prioridad de la negociación colectiva autonómica; representación sindical del colectivo de artistas; minoración de la antigüedad exigible para participar en el proceso electoral.

SUMARIO: I. PREFERENCIA AUTONÓMICA EN EL NUEVO MARCO DE CONCURRENCIA CONVENCIONAL. LA REFORMA DEL ART. 84.3 Y 4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR REAL DECRETO LEY 7/2023.- 1. Introducción.- 2. Breve recorrido legislativo.- 3. La Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 7/2023.- 4. El contenido del Real Decreto Ley 7/2023.- 5. Valoración de la reforma.- 6. La crítica de los agentes sociales.- 7. Los efectos prácticos de la reforma.- II. LA MEJORA EN EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN DE LOS ARTISTAS QUE INTRODUCE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 28ª DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES INCORPORADA POR EL REAL DECRETO LEY 7/2023.- 1. Introducción. La temporalidad del vínculo, como obstáculo a la representatividad sindical.- 2. Antecedentes de la reforma operada.- 3. La urgente necesidad del cambio.- 4. La demanda de cambio normativo por los protagonistas del sector.- 5. Valoración de la reforma.- III. BIBLIOGRAFÍA.

REFORM OF THE STATUTORY CONVENTIONAL CONCURRENCY REGIME AND IMPROVEMENT OF THE UNION REPRESENTATION OF THE COLLECTIVE OF ARTISTS BY ROYAL DECREE LAW 7/2023

ABSTRACT: After its approval by the Council of Ministers on December 19, 2023, the BOE of the following day publishes Royal Decree Law 7/2023, which has affected various regulatory bodies, and in a very relevant way the Workers' Statute, which has been affected in its articles 37.4, 84.3 and 84.4, in addition to including a new additional provision.

In effect, the first article of the reformist norm modifies, first of all, breastfeeding leave (art. 37.4), so that the worker can make use of all the possibilities of enjoyment, including the accumulation of paid hours of absence, without the need for conventional provision or agreement with the employer; secondly, the modification of sections 3 and 4 of art. 84, regulator of the conventional competition regime, has privileged collective bargaining at the regional level, giving it precedence over conventional state regulations in a list of taxed matters among which, by exclusion of those prohibited, is the salary regime, so that From now on, regional agreements may establish salaries higher than those recognized by state sectoral regulations; Finally, and with a more specific character, the norm undertakes the much-demanded reform of the system of representation of the collective of artists, increasing the level of participation in electoral processes, traditionally penalized by excessive temporality.

Despite the short time that has passed since the publication of RDL 7/2023, there are first doctrinal approaches, mainly on the modifications of art. 37.4 ET, the purpose of this work being to delve into the other two reforms of the Statute, that is, the one that affects the regime of concurrence of agreements and the one that improves the union representativeness of the collective regulated in RD 1435/1985.

KEYWORDS: Concurrence of agreements; priority of regional collective bargaining; union representation of the artists' collective; reduction of seniority required to participate in the electoral process.

SUMMARY: I. AUTONOMOUS PREFERENCE IN THE NEW CONVENTIONAL CONCURRENCY FRAMEWORK. THE REFORM OF ART. 84.3 AND 4 OF THE WORKER STATUTE BY RDLEY 7/2023.- 1. Introduction.- 2. Brief legislative tour.- 3. The Explanation of Reasons of Royal Decree Law 7/2023.- 4. The content of Royal Decree Law 7/2023.- 5. Assessment of the reform.- 6. Criticism of social agents.- 7. The practical effects of the reform.- II. THE IMPROVEMENT IN THE SYSTEM OF REPRESENTATION OF ARTISTS INTRODUCED BY ADDITIONAL PROVISION 28 OF THE WORKER STATUTE INCORPORATED BY RDL 7/2023.- 1. Introduction. The temporality of the bond, as an obstacle to union representativeness.- 2. Background of the reform carried out.- 3. The urgent need for change.- 4. The demand for regulatory change by the protagonists of the sector.- 5. Assessment of the reform.- III. BIBLIOGRAPHY.

I. PREFERENCIA AUTONÓMICA EN EL NUEVO MARCO DE CONCURRENCIA CONVENCIONAL. LA REFORMA DEL ART. 84.3 Y 4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR REAL DECRETO LEY 7/2023

1. Introducción

En todo sistema democrático, la negociación colectiva es un instrumento esencial para equilibrar las posiciones de las partes sociales, homogenizar costes y salarios en empresas del mismo sector, reducir la conflictividad laboral, y avanzar en el Estado Social. Así ha sucedido en España, desde su reconocimiento como derecho constitucional en el art. 37⁴ de nuestra Carta Magna y su desarrollo ordinario en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Dicha regulación, no obstante, se ha visto afectada por diversas reformas, algunas de las cuales, pretextadas en crisis económicas o circunstancias coyunturales, han alterado el citado equilibrio entre las partes sociales, sin obedecer a una sistemática o visión de conjunto, lo que ha tenido efectos palpables sobre el empleo y las condiciones laborales.

De la libertad que existe en nuestro ordenamiento jurídico para establecer el ámbito de negociación convencional, deriva la necesidad de contar con normas que regulen la eventual concurrencia entre dos o más convenios colectivos que pretendan afectar, simultáneamente, un determinado ámbito de las relaciones laborales. Y ello porque, en ocasiones, varios instrumentos negociados pueden llegar a “solaparse”, de modo que a un mismo trabajador y a una misma empresa puedan serle teóricamente de aplicación varios convenios colectivos. Exponente estatutario de dichas reglas es el art. 84 ET, precepto que ha sido objeto de varias reformas de calado, la última, la que origina el presente comentario.

Trasciende, adicionalmente, a dichas reglas sobre concurrencia aplicativa de convenios, técnicamente complejas, y a veces enrevesadas, el reparto de poder entre los

⁴ Art. 37.1. “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

diversos sujetos, sindicales y empresariales, con capacidad negocial en los diferentes ámbitos territorial, funcional y personal.

A tenor de dicho art. 84 ET, y salvo pacto adecuadamente negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2⁵, un convenio colectivo no puede ser afectado, durante su vigencia, por lo dispuesto en convenios posteriores de distinto ámbito. Ocurre, no obstante, que la propia norma está permitiendo la “autorregulación” de esta materia por parte de la negociación colectiva de alto nivel⁶, capaz de quebrar la regla prohibitiva de aquella concurrencia⁷.

El problema surge, con todo, cuando dos normas convencionales se superponen temporalmente en un momento determinado, debiendo decidirse, por no existir relación de suplementariedad, complementariedad o supletoriedad entre ellas, cuál de los convenios legítimamente concurrentes es el aplicable a las relaciones jurídicas de un concreto colectivo de trabajadores que quedarían incluidos, parcialmente, en el ámbito “subjetivo, objetivo y territorial”⁸ de los convenios concurrentes. En definitiva, cuando varios convenios colectivos tienen el mismo ámbito de vigencia y aplicación, resulta necesario determinar cuál de ellos es el aplicable.

Para que se produzca dicha coincidencia⁹ espacial, objetiva y subjetiva entre dos convenios colectivos, es preciso que, o bien uno esté incluido en el ámbito de aplicación

⁵ Art. 83.2. “Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en esta ley”.

⁶ De esta forma se deja a la negociación colectiva de ámbito superior (acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales estatales o autonómicos) la posibilidad de estructurar la negociación colectiva de forma distinta a la que la norma legal contempla como regla general. O en palabras de DESDENTADO BONETE, A., “Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos”, en AA.VV., Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pág. 156, la regla general de prohibición de concurrencia cede ante la negociación colectiva de nivel superior, de manera que la regulación legal pasa a ser supletoria respecto de lo que pueda disponerse por dicha negociación colectiva de alto nivel.

⁷ Lo que según BAYLOS GRAU, A., “Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)”; *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 1460, es una posibilidad que no ha sido especialmente utilizada, de manera que se ha preferido un sistema basado en la prohibición de concurrencia (que implica una alta dosis de estabilidad en la estructura negocial y en la sucesión de convenios) a establecer reglas sobre concurrencia y estructura de la negociación colectiva de carácter autónoma.

⁸ MARTÍN VALVERDE, A., “Artículo 84. Concurrencia, en AA.VV., dirigidos por BORRAJO DACRUZ, E., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo XII. Vol. 2º. Los nuevos convenios colectivos de trabajo: puntos críticos. EDERSA, Madrid 1995, págs. 35 y ss.

⁹ Coincidencia que, en todo caso, ha de ser “parcial”, pues si fuese total, el problema debería resolverse bien por el principio de sucesión de convenios, bien por la inexistencia de la obligación

de otro, o bien que se produzca una zona de intersección entre los ámbitos subjetivo, funcional y territorial de tales convenios¹⁰.

2. Breve recorrido legislativo

Dicha concurrencia¹¹ “conflictiva”¹² (que recordemos, únicamente puede darse entre convenios estatutarios¹³) se resuelve otorgando prioridad al convenio que resulte aplicable según las reglas del art. 84 ET, en el ámbito de discusión concreto, e inaplicando (que no anulando) las disposiciones del que, por negársele capacidad de afectación, resulta rechazado.

En este contexto, el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, abanderando la -decían- inevitable flexibilización del mercado laboral¹⁴, vino a alterar varios preceptos estatutarios que regulaban la concurrencia en la negociación colectiva, con la intención, doble, de favorecer la negociación a nivel de empresa (otorgándole preferencia en diversas materias, algunas esenciales) y de descentralizar la negociación colectiva (al permitir la afectación del convenio nacional en ciertas materias, por parte de los convenios autonómicos).

En efecto, la reforma de 2011 vino a establecer que, salvo que los acuerdos interprofesionales o los convenios autonómicos o estatales del art. 83.2 ET dispusieran lo contrario, los convenios de empresa tendrían prioridad aplicativa respecto del sectorial

de negociar por tratarse de revisar un convenio que aún no ha vencido, tal y como indica GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Las reglas sobre concurrencia entre Convenios en el Ordenamiento Español”, Derecho y Sociedad, núm. 37, Asociación Civil, 2003, pág. 73.

¹⁰ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “La concurrencia de convenios colectivos”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 42.

¹¹ No habrá que acudir al art. 84 ET cuando no exista una verdadera situación de concurrencia, sino dudas sobre qué convenio es el aplicable en un ámbito funcional concreto.

¹² CRUZ VILLALÓN, J., “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 68, 2007. pág. 92.

¹³ Según la STS 2 marzo 2007, Rec. 2381, la pugna entre un convenio estatutario y otro extraestatutario se resuelve en base al principio de jerarquía normativa, prevaleciendo el primero sobre el segundo.

¹⁴ Los cambios normativos en materia de negociación colectiva fueron la respuesta del legislador a las reivindicaciones del empresariado y de un sector de la doctrina científica, que solicitaba la adaptación de esta normativa a la nueva situación económica, productiva y del mercado de trabajo; situación que el propio Ministerio de Trabajo sintetizaba, en su página web, indicando que: Un total de 5.273.600 personas que quieren trabajar no pueden (EPA IV trimestre). El número de hogares que tienen a todos sus miembros activos en paro se sitúa en 1.575.000. La tasa de paro en España alcanza el 22,85% y duplica la tasa media de la UE. La tasa de paro juvenil roza el 50% (48,6%). Empleo destruido en España desde el cuarto trimestre de 2007: 2.669.400 empleos. El porcentaje de trabajadores temporales en España alcanza el 25% y es de los más elevados de la UE. (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/6115-20120312120015.pdf).

estatal, autonómico o de ámbito inferior, en relación a un listado de materias¹⁵, entre las cuales se encontraban algunas tan relevantes como la propia cuantía del salario base o los complementos salariales¹⁶.

Y, en segundo término, vino a corregir la “difícil y compleja literalidad procedente de la reforma de 1994¹⁷ y que tantos quebraderos de cabeza había generado, al impulsar en la práctica a la negociación a nivel provincial¹⁸, mediante una nueva redacción del art. 84.3 ET, según la cual, aquellos sujetos con legitimación para negociar de conformidad con los arts. 87 y 88 ET podrían, “en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal¹⁹; posibilidad esta última condicionada, eso sí, a la inexistencia de pacto en contrario por parte de la negociación colectiva de superior nivel, y a la limitación, ex art. 84.4. ET, conformada por una “reserva estatal” de materias sobre las cuales no cabría negociación por parte del convenio autonómico posterior²⁰.

De esta forma, con una finalidad claramente homogeneizadora por sectores, y a diferencia de lo que sucede en el art. 84.2 ET, lo que el legislador parece aquí declarar, es que hay materias sobre las que no es posible la afectación.

¹⁵ a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2.

¹⁶ En aplicación del art. 83.2 ET se entiende que los instrumentos convencionales de alto nivel podían, desde “desactivar” la preferencia, hasta ampliar las materias en que se reconocería prioridad aplicativa al convenio de empresa.

¹⁷ En todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán, en un ámbito determinado que sea superior al de empresa, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

¹⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., Op. cit., pág. 77.

¹⁹ Por tanto, para que el Convenio autonómico pudiera afectar al estatal anteriormente negociado, se requería, simultáneamente, tanto la aprobación por sindicatos que representasen como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, como por asociaciones empresariales que representaran a la mayoría de los afectados por el convenio, dando además ocupación a la mayoría de los trabajadores afectados por el instrumento convencional.

²⁰ En la Exposición de motivos de la norma se aclara que los apartados 3 y 4 del renovado artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores propician también la simplificación de las unidades de negociación al favorecer una negociación más articulada, situada en los ámbitos territoriales superiores, aunque estableciendo la posibilidad de afectación del convenio estatal solo por los convenios de Comunidad Autónoma, afectación que no será posible en determinadas materias.

La lógica de dicha regulación no era, por tanto, otra que “facilitar vías de adaptación de la empresa a su concreta situación o realidad”²¹, permitiendo la negociación a la baja de derechos reconocidos en convenio sectorial superior; adicionalmente, se flexibilizaba la propia negociación colectiva, favoreciendo una “negociación más articulada”²², acogiendo niveles intermedios de negociación en detrimento del nivel de negociación nacional, priorizando la negociación autonómica sobre la provincial e inferior.

Como señala GORELLI HERNÁNDEZ²³, la reforma de 2011 “establece un principio general de prioridad temporal, pero se admiten dos importantes excepciones establecidas también con carácter legal: la preferencia por la negociación colectiva de empresa (al menos para determinadas materias) que pese a ser posterior puede imponerse a los convenios sectoriales; y la prioridad de los convenios autonómicos posteriores sobre los nacionales previos (...también sólo respecto determinadas materias)” impidiendo, además, “que los convenios provinciales o interprovinciales puedan invadir el ámbito de aplicación de los autonómicos”. Pero, recuerda el autor, “todas estas reglas legales son dispositivas para la negociación colectiva de nivel superior, para los acuerdos interprofesionales y convenios nacionales y autonómicos”.

El objetivo descentralizador de la reforma de 2011 vino a permitir, por tanto, que el convenio sectorial estatal quedase afectado por el autonómico y que, ambos, a su vez, pudieran verse afectados por el convenio de empresa (con las limitaciones advertidas).

Limitaciones que se suavizaron de manera notable por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que, dando una nueva redacción al art. 84.2., “liberó” al convenio de empresa del riesgo de ser “controlado” por los convenios sectoriales y acuerdos interprofesionales²⁴. En efecto, el nuevo precepto vino a señalar, sin cortapisas, que “la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias”. Con ello se vino a “corregir” la vía iniciada un año antes, en la que la efectiva descentralización de la negociación colectiva se había dejado en manos de los convenios estatales o autonómicos, que podían impedir esa prioridad aplicativa.

²¹ MARTÍN VALVERDE, A., Op. cit., pág. 7.

²² Tal y como señalaba la propia Exposición de motivos de la Ley 7/2011.

²³ Op. cit., pág. 79.

²⁴ Precepto que, como sabemos, fue muy cuestionado por quienes pensaban que el mismo vulneraría los preceptos constitucionales que consagran la fuerza vinculante de los convenios (37.1) y la libertad sindical (28.1), lo que fue descartado, en fecha 16-07-2014, por el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante Sentencia 119/2014 que vino a desestimar, por amplia mayoría, el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de reforma laboral.

Ahora, los convenios de empresa, no solo pueden negociarse durante el período de vigencia del convenio sectorial (estatal, autonómico o provincial) que fuera aplicable a la empresa, sin esperar por tanto a su término, sino que una vez negociado, tiene prioridad aplicativa respecto del sectorial, en una serie de materias destinadas a garantizar la flexibilidad interna.

Junto a la anterior medida, la reforma de 2012 incorporó, como sabemos, otras novedades capitales en negociación colectiva, como la modificación del régimen del descuelgue (para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometieran a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas)²⁵, y la limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año.

Fue, sin duda, la de 2012, la reforma que más ampollas levantó entre el sindicalismo y mayores críticas obtuvo de la doctrina laboralista, al apostar por una estructura descentralizada que vino a resquebrajar el protagonismo de los convenios sectoriales en la homogeneización de las condiciones salariales en sus respectivos ámbitos. Con esta reforma, mediante la negociación de convenios empresariales se permitirían ventajas competitivas basadas en la devaluación salarial, sin necesidad de acreditar las causas económicas, técnicas organizativas o de producción que exige el mecanismo de descuelgue.

Como ha apuntado parte de la doctrina²⁶, la prioridad del convenio empresarial devaluaba la acción sindical, reforzaba el poder empresarial y rompía el equilibrio entre las partes sociales, al atribuir preferencia aplicativa absoluta, ente otras materias, en la retributiva, a las unidades de negociación donde la fuerza sindical no existía, o se encontraba debilitada; situación que sería generalizada, teniendo en cuenta las características del tejido empresarial español, nutrido de empresas de tamaño reducido y mayor ductilidad sindical.

Algunos de los efectos más “nocivos” de la anterior reforma fueron revertidos en el año 2021, mediante el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, que, en su Exposición de motivos, afirmaba modificaciones “en la arquitectura de la negociación colectiva, en aspectos tales como la ultraactividad de los convenios y la relación entre convenios sectoriales y de empresa, asegurando las cautelas y garantías para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de

²⁵ Sobre esta materia, véase CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, 57/2012, págs. 231-248 y SÁEZ LARA, C., “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales*, 140/2017.

²⁶ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28 enero 2022.

costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada”.

Como indica SEMPERE NAVARRO²⁷, la extensa exposición de motivos del RDL 32/2021 constituye un excelente documento para conocer cuál es la valoración que el legislador tenía, en aquel momento, acerca de los problemas más acuciantes en materia de negociación colectiva; en síntesis, criticaba el RDL el quehacer de las sucesivas reformas anteriores, en cuanto que las mismas habrían determinado una elevación desconocida de la inseguridad jurídica, derivando, además, en una arquitectura de negociación colectiva que no responde a las necesidades actuales, con importantes distorsiones desde el punto de vista de la adaptación a los requerimientos de los diferentes sectores y empresas. Por consiguiente, era imprescindible “trazar tres grandes pautas para la introducción de sus novedades en materia de negociación colectiva”, a saber: a) Potenciar la relevancia del convenio para configurar dinámicas empresariales y productivas eficientes: adaptación de condiciones, seguridad, pacificación, reservando la competencia entre empresas a la calidad y no reducción de los costes; b) Adoptar cautelas para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada; y c) Incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos.

Básicamente, se recuperó la prioridad aplicativa del convenio sectorial en materia salarial y se puso fin a la limitación anual de la ultraactividad convencional. Con estas medidas, que contaron con el respaldo del diálogo social²⁸, se “recupera el papel central y se fortalece el ámbito legítimo de actuación de los sujetos negociadores de los convenios colectivos”²⁹.

²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V., “La reforma laboral de 2021 y los convenios colectivos”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 251/2022, parte Estudios.

²⁸ Tras un largo proceso de negociaciones, los sindicatos CCOO y UGT, y las patronales CEOE y CEPYME, acordaron, el 23 de diciembre de 2021, las medidas que incorporaría el Real Decreto Ley.

²⁹ No obstante, hay quien “desdramatizó” inmediatamente la trascendencia de la reforma. En este sentido, GODINO DE FRUTOS, A., “El impacto real de la nueva Reforma Laboral sobre la aplicación de los convenios de empresa”, El Derecho.com, Noticias Jurídicas y actualidad, (<https://elderecho.com/impacto-real-de-la-nueva-reforma-laboral-sobre-la-aplicacion-de-los-convenios-de-empresa>), señalaba que, en efecto, que la nueva reforma laboral no tiene un “impacto ...tan dramático como se ha querido vender”, pues “el convenio de empresa conserva la prioridad aplicativa en determinadas materias, existe un régimen transitorio razonable para la adaptación al convenio sectorial en materia salarial y, lo más importante, las reglas generales de concurrencia de convenios no han sufrido cambios por lo que el convenio de empresa puede y seguirá pudiendo mantener su íntegra aplicación cuando se aplique como unidad de negociación

3. La Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 7/2023

Afirma el Real Decreto Ley 7/2023 (en adelante RDL 7/2023), en su Exposición de motivos, que ha acometido la *“modificación del artículo 84 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, al objeto de mejorar la regulación de la negociación colectiva en el ámbito de las Comunidades Autónomas, asegurando la aplicación de los acuerdos o convenios más favorables para las personas trabajadoras”*.

Contextualizando temporalmente esta afirmación, señala la norma de urgencia que *“la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, introdujo una importante reforma en materia de estructura convencional con la intención de impulsar el papel de la negociación colectiva en el ámbito autonómico, favoreciendo igualmente la progresión de lo que en aquel momento se denominó los marcos autonómicos de relaciones laborales. Se trataba de permitir que dichos convenios de ámbito inferior pudieran afectar a los convenios colectivos de ámbito estatal*.

Pese a destacar de aquella norma el objetivo de impulsar, ya entonces, la negociación colectiva en el ámbito autonómico, se viene a reconocer que *“la redacción introducida, no obstante, no acertó completamente en el diseño, entre otras cuestiones porque, junto a la negociación colectiva de ámbito autonómico, potenciaba y otorgaba facultades de suscripción de convenios o acuerdos con dichos efectos también en cualquier ámbito superior a la empresa e inferior al estatal*.

En cuanto al decisivo papel que las reformas de los años 2011 y 2012 supusieron para la negociación colectiva, el RDL 7/2023 se limita a indicar que *“dicha redacción fue objeto de posterior modificación por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, en la que, si bien se limita al ámbito negocial autonómico la posibilidad de afectar a convenios colectivos estatales, introduce importantes condicionantes al dejar esta posibilidad al arbitrio de los propios acuerdos o convenio de ámbito estatal*.

No hace referencia la Exposición de motivos a la reforma laboral de 2021, y ello porque la prevalencia de los convenios colectivos autonómicos fue una cuestión expresamente excluida, al no contar con el beneplácito de los agentes sociales, quienes siempre han considerado que la estructura de la negociación colectiva había de ser abordada en el marco del diálogo social.

propio y no por prioridad aplicativa (dado que la nueva redacción del art. 84.2 ET no afecta a los convenios de empresa que no se vengán aplicando en virtud de tal prioridad aplicativa, sino como consecuencia de la existencia de unidad de negociación distinta creada antes o después de la vigencia del convenio sectorial).

La no inclusión de la citada “prevalencia autonómica” en la reforma de 2021 provocó el rechazo, en la votación parlamentaria, del principal impulsor de la medida: el bloque nacionalista vasco que, sin embargo, sí conseguiría luego “amarrar” la medida, “tan largamente reclamada” por la clase trabajadora y sindicatos de Euskadi³⁰, a cambio de apoyar la posterior investidura del presidente Sánchez el 16 de noviembre de 2023.

Dicho cambio en la estructura negocial, que ya figuraba en la proposición de ley registrada por el PNV un mes antes, justifica la prevalencia de los convenios colectivos autonómicos en aquellos territorios que tienen una “dinámica sindical y empresarial propia y diferenciada”, como forma de responder de manera particular al tejido y necesidades socioeconómicas de aquellos³¹.

4. El contenido del Real Decreto Ley 7/2023

En este contexto, la reforma que incorpora el RDL 7/2023³² se presenta como una “matización”, de la regulación actual, de modo que *“manteniéndose los requisitos de que los acuerdos y convenios autonómicos sean suscritos por los sujetos legalmente legitimados y la eventual limitación de regular algunas materias, estos acuerdos y convenios suscritos en el ámbito autonómico tendrán prioridad aplicativa sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal, siempre que dichos convenios y acuerdos obtengan el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. No obstante, dicha prioridad aplicativa queda condicionada ahora exclusivamente a que la regulación de los convenios o acuerdos autonómicos resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales, de modo que paralelamente se promueva el desarrollo de los ámbitos autonómicos de negociación y los derechos de las personas trabajadoras”*.

³⁰ En información del diario El País, de fecha 20-12-2023, constan las declaraciones del portavoz Aitor Esteban, según el cual, la aprobación de esta medida (en referencia a la modificación de los apartados 3 y 4 del art. 84 ET, operada por RDL 7/2023) ha sido largamente reclamada por la clase trabajadora y los sindicatos de Euskadi, ampliándose, con ella, lo que suelen llamar el marco de relaciones propio.

³¹ Diario Europa Press, 18-10-2023. <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-pnv-presenta-ley-congreso-convenios-autonomicos-prevalezcan-sectoriales-20231018182736.html>.

³² Ha sido lógico objeto de crítica el hecho de que una cuestión de tanto calado como la reforma del régimen de prevalencia del convenio autonómico sobre el estatal se haya incluido en una norma que, supuestamente, se limita a completar la transposición de la Directiva (UE) 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, y a la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo.

Como sabemos, la versión del art. 84 ET inmediatamente anterior a la reforma del RDL 7/2023, tras hacer referencia las dos primeras reglas de “concurrencia convencional”, que se mantendrán invariables tras la reforma (afectación del convenio vigente por otro de ámbito distinto y prioridades concretas del convenio de empresa), dedicaba los apartados 3 y 4 del art. 84, a regular la negociación colectiva autonómica; en concreto:

Su apartado 3, indicaba: *“Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de una comunidad autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación”*.

Concretando, en el apartado 4, que *“en el supuesto previsto en el apartado anterior, y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el artículo 83.2, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica*.

Cierto es que, pese a la habilitación legal, en la práctica este mecanismo no se había puesto en marcha, según se ha afirmado³³, porque, posiblemente, la patronal de las distintas comunidades autónomas se entiende plenamente vinculada a la estructura de la negociación colectiva pactada en los Acuerdos interprofesionales y en su desarrollo concreto a través de la red de convenios estatales existente.

Ahora, el texto reformado por el RDL 7/2021 reza:

3. No obstante lo establecido en el artículo anterior, en el ámbito de una comunidad autónoma, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88, podrán negociar convenios colectivos y acuerdos interprofesionales en la comunidad autónoma que tendrán prioridad aplicativa sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal, siempre que dichos convenios y acuerdos obtengan el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación y su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales.

³³ Blog de Antonio BAYLOS GRAU, 21-12-2023, <https://baylos.blogspot.com/2023/12/las-reformas-del-estatuto-de-los.html>.

4. En el supuesto previsto en el apartado anterior, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

5. Valoración de la reforma

Con la innovación que incorpora el RDL 7/2023, los Sindicatos y las Asociaciones empresariales legitimados para negociar convenios estatutarios podrán negociar convenios colectivos y acuerdos interprofesionales en la respectiva Comunidad Autónoma, a los que la ley reconoce prioridad aplicativa sobre cualquier otro convenio colectivo sectorial o acuerdo de ámbito estatal, siendo necesario para ello que los citados instrumentos negociados obtengan el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

La diferencia, es obvia, se encuentra en que, hasta la fecha, la citada preferencia del nivel autonómico se producía “salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2”; es decir, cabía la posibilidad de eliminar o modular tal preferencia por parte de los acuerdos nacionales de ordenación de la negociación colectiva. Ahora ya no se reconoce a dichos acuerdos la posibilidad de ordenar la relación entre los ámbitos estatal y autonómico de negociación, que queda regulada directamente por el precepto estatutario.

En palabras de BAYLOS GRAU, “el control o vigilancia del proceso de creación de nuevas unidades de negociación autonómicas por parte de los sujetos pactantes de los acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales estatales desaparece en la nueva redacción, que procede así a una descentralización negocial sobre la base del criterio de proximidad que refleja la relevancia de la distribución territorial del Estado en Comunidades Autónomas sobre la legitimación para negociar convenios colectivos”.

No obstante, dicha primacía aún encuentra dos restricciones: a) Por una parte, se exige que la regulación del convenio colectivo autonómico resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales; y b) Por otra, se siguen considerando “materias no negociables” en el ámbito de la Comunidad Autónoma, el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

Con respecto a la “poco agraciada redacción”, arrastrada del pasado, de lo que se dicen son “materias no negociables”, apunta CRUZ VILLALÓN que, en realidad, la voluntad de la norma, antes y ahora, es que para ellas no rija la preferencia aplicativa del

autonómico, pues, lo contrario sería incongruente con la libertad de los negociadores de establecer la estructura negocial y el ámbito del convenio que estimen más conveniente; por lo que, aunque de forma confusa y no sin dificultad interpretativa, afirma el autor que en realidad se está estableciendo que para estas materias rige la preferencia aplicativa del convenio estatal³⁴.

En efecto, si hojeamos los últimos convenios colectivos de un ámbito autonómico, por ejemplo, el de la Región de Murcia³⁵, observamos que en todos ellos se regulan las materias supuestamente vedadas a la negociación sectorial de este nivel. Y así, sin ningún ánimo de exhaustividad, y tomando únicamente cinco muestras ilustrativas recientes, podemos ver cómo, el Convenio Colectivo de Alimentación (detallistas, supermercados y autoservicios de alimentación, Resolución DGT 30-11-2023, BORM. 15-12-2023), regula, en su art. 7, la jornada laboral máxima (que fija en 1802 horas); en su art. 14 contiene una exhaustiva definición de grupos profesionales y especialidades; en el art. 27, incide en las modalidades de contratación, al referirse al contrato fijo discontinuo; y en el art. 28, establece su régimen en cuanto al período de prueba.

En parecidos términos, el Convenio de Alimentación (mayoristas, Resolución DGT 31-10-2023, BORM. 17-11-2023), regula, igualmente, la jornada máxima (art. 7), las modalidades de contratación (arts. 30 a 32), o el período de prueba (art. 33); dedicándole el Capítulo VII a la definición de grupos profesionales y especialidades, y el art. 38, a la descripción del régimen disciplinario.

En otro ámbito sectorial, el de la Herboristería, podemos observar cómo su Convenio autonómico (Resolución DGT 28-09-2023, BORM. 14-10-2023), también regula las citadas materias “prohibidas”: período de prueba (art. 10), estructura profesional (art. 11) o jornada máxima anual (art. 13, que la fija en 1767 horas); dedicándole un extenso apartado (art. 30), a la definición de su política preventiva, contemplando también (art. 35) el régimen disciplinario.

En el marco de las Empresas de Trabajo Temporal, su Convenio autonómico (Resolución DGT 18-09-2023, BORM. 14-10-2023), también dedica parte de su articulado a las citadas materias “no negociables”; así, su art. 14, a regular los supuestos de contratación laboral, tanto de su personal de estructura como el puesto a disposición; su art. 16, al período de prueba; el art. 18, a los grupos profesionales y a la clasificación profesional; el art. 20, a la movilidad geográfica; el art. 26, a la jornada máxima de trabajo

³⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “Concurrencia entre convenios colectivos: preferencia aplicativa de los autonómicos”, *El Nacional.cat* (https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/concurrencia-convenios-colectivos-preferencia-aplicativa-autonomicos_1139375_102.html).

³⁵ Desde donde se escriben estas líneas.

(fijada en 1745 horas anuales); el art. 42, a la prevención de riesgos laborales; y, en fin, el art. 44 y siguientes, al régimen de graduación de faltas y sanciones disciplinarias.

Y, en fin, para cerrar esta lista breve de ejemplos, y en un ámbito tan dispar, como en el del sector cinematográfico, el Convenio autonómico del sector de Locales de exhibición cinematográfica y teatro (Resolución DGT 7-09-2023, BORM. 22-09-2023), también dedica varios preceptos a las materias apuntadas: clasificación profesional (art. 8), modalidades de contratación (arts. 12 a 15), período de prueba (art. 16), jornada máxima anual (fijada en 1760 horas, en su art. 29), o régimen sancionador (arts. 42 y 32).

Con todo, lo novedoso no es, ciertamente, que los convenios colectivos autonómicos³⁶ puedan llegar a prevalecer sobre los estatales, dado que dicha posibilidad ya existía, aunque con las limitaciones vistas, en la redacción precedente. Como tampoco se incluyen cambios en cuanto a los requisitos necesarios para alcanzar la legitimación autonómica, al continuar exigiéndose que participen en la negociación *“los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88”* y que se *“obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación”*. Tampoco se altera la lista de materias “reservadas” al convenio colectivo estatal ni, desde luego, se matiza la preferencia aplicativa del convenio de empresa que, para las materias regladas, sigue rigiendo respecto de todos los convenios sectoriales, ya sean estos estatales, autonómicos o provinciales.

Los cambios en la regulación que, sin duda, alteran y complican el marco de determinación del convenio aplicable, cuando concurren convenio estatal y autonómico, son, en primer término, suprimir la posibilidad de que los acuerdos y convenios estatales puedan eliminar o modular la eventual prioridad aplicativa de los convenios autonómicos (desde el momento en que ya no cabe aquel “pacto en contrario” en convenio estatal de la anterior regulación); de esta forma, no parece posible regular por los convenios autonómicos (o al menos hacerlo en sentido opuesto), las materias reservadas a acuerdos y convenios estatales: el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario,

³⁶ Como señala CRUZ VILLALÓN, J., “Concurrencia entre convenios colectivos: preferencia aplicativa de los autonómicos”, El Nacional.cat (https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/concurrencia-convenios-colectivos-preferencia-aplicativa-autonomicos_1139375_102.html) nos referimos exclusivamente a estos últimos, y no a un nivel inferior. Y ello porque tanto de la exposición de motivos de la norma, como de las redacciones precedentes, “se puede deducir que la preferencia solo alcanza a los convenios de ámbito estrictamente autonómico, pero no a los convenios negociados dentro de la comunidad autónoma de ámbito inferior, como es el caso de los provinciales; de haber querido incluir a estos otros, se habría referido a los convenios de ámbito autonómico e inferior al mismo”.

las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica).

En segundo lugar, se introduce la importante novedad de supeditar la aplicación de convenios o acuerdos autonómicos a que *“su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales”*.

Con respecto a aquello que sea más favorable, habrá que efectuar una comparación entre las “regulaciones” de distintos textos convencionales, y priorizar aquella que sea más favorable, cuantitativa y cualitativamente, para las personas trabajadoras afectadas, algo que, desde luego, no será fácil. En efecto, decidir qué tratamiento es más favorable no resulta sencillo pues en determinados aspectos el convenio autonómico puede antojarse más beneficioso y no serlo tanto en otros, sin que tampoco sea unívoca la interpretación que puedan hacer distintas personas trabajadoras de aquello que se les antoja más favorable o conveniente (¿qué es más favorable, un mayor salario o mejores condiciones de descanso y conciliación?). Desde luego, si hablamos de mejores condiciones convencionales, analizando en conjunto los tratamientos laborales y económicos, huyendo del espiguelo en función de la materia concreta, no va a ser fácil determinar, por esta vía, la prevalencia o prioridad aplicativa del convenio autonómico sobre el estatal.

En cualquier caso, recordemos que el art. 84.4 ET mantiene los contenidos sobre los que no cabe una regulación sustitutiva de la del ámbito sectorial estatal (el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica), por lo que se ha afirmado³⁷ que la consideración como “materias no negociables” por los convenios autonómicos, de tales aspectos relevantes, refuerza la importancia que en la determinación de dicha “condición más favorable” van a tener los tratamientos económicos y salariales, aunque no sean, desde luego, los únicos elementos que deban considerarse en la comparación.

Por tanto, para determinar qué regulación es más favorable, no solo hay que apartar aquellas materias con preferencia aplicativa a nivel estatal y empresarial, sino que, de entre las concurrentes, hay que efectuar un análisis global de cuestiones que, en muchos casos, no tendrán contenidos “cuantificables”.

Lo que es evidente, y esto es lo que va a reclamar su prioridad aplicativa por las personas trabajadoras, es que el convenio autonómico, al no tener vedada esta posibilidad, podrán establecer salarios superiores a aquellos regulados en la norma colectiva estatal, ostentando entonces plena prioridad aplicativa.

³⁷ Blog de Antonio BAYLOS GRAU, 21-12-2023, <https://baylos.blogspot.com/2023/12/las-reformas-del-estatuto-de-los.html>.

6. La crítica de los agentes sociales

Quizás el cambio más trascendental del RDL 7/2023 es el que nada tiene que ver ni con la transposición de la directiva (UE) 2019/1158, ni con la conciliación de la vida familiar y profesional: la modificación de las normas estatutarias sobre concurrencia convencional, medida para la que no se alcanzan a comprender ni los motivos de urgencia, ni las razones para preferir el diálogo social, a salvo, claro está, de que la única justificación del cambio normativo sea el compromiso alcanzado con el PNV para obtener el apoyo parlamentario de dicho grupo a la investidura del presidente Sánchez.

Con todo, y como era de esperar, la norma reformista incorpora en su preámbulo una suerte de justificación para el cambio en la prevalencia de los convenios colectivos autonómicos, cual es -dice- “la mejora de las condiciones de trabajo de todas las personas sujetas a convenios autonómicos, así como el refuerzo del diálogo social descentralizado y el aumento de la capacidad de respuesta a cambios socioeconómicos rápidos”, elementos que constituyen el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad para dictar este real decreto-ley.

Por ello, desde el mismo momento en que se tuvo conocimiento de la reforma en ciernes, las críticas de los agentes sociales han sido claras, mostrando su preocupación ante el hecho de que una reforma de la estructura de la negociación colectiva se haya abordado sin oír a los legítimos representantes del diálogo social³⁸.

Y así, por la parte sindical, CCOO y UGT emitieron un comunicado conjunto en el que se recordaba que “la estructura de la negociación colectiva es una materia que afecta de forma clara a la autonomía de las partes negociadoras, y por tanto las modificaciones legales del Estatuto de los Trabajadores, debieran abordarse en el marco del diálogo social”; en ese contexto, ambos sindicatos “defienden la coexistencia de distintos ámbitos territoriales de convenio colectivo, que deben articularse en función de cada

³⁸ Aunque, “más allá de los diversos contenidos incluidos en el RDL”, y ante la “muestra” de lo que pueda venir en un futuro, los sindicatos CCOO y UGT advierten, en su comunicado conjunto, que “el inicio de la XV Legislatura adolece de un abordaje ordenado del marco de concertación social que tan buenos réditos dio a nuestro país en el anterior mandato. Ante lo que, consideramos, empieza a suponer un quebranto del clima de confianza del que ha gozado la negociación tripartita en los últimos tiempos, emplazamos al presidente del Gobierno para que se reúna con los interlocutores sociales con el objeto de definir el perímetro que va a tener el marco del Diálogo Social en la legislatura que comienza. La trascendencia de los retos socioeconómicos que tiene por delante España, la complejidad del contexto internacional y europeo, y la propia situación política de nuestro país, recomienda que se restablezca la confianza y una metodología fiable en el espacio de intervención de los agentes sociales, en cumplimiento del mandato constitucional que tenemos encomendado”.

realidad sectorial”, considerando que “los marcos autonómicos son compatibles con los estatales, pudiendo incentivarse además la racionalización de los espacios provinciales de convenio colectivo”. Por lo que “ambos sindicatos emplazarán al próximo gobierno a definir esta modificación legal en las mesas de negociación, puesto que es una materia que no se abordó en el perímetro de la reforma laboral”.

Por la bancada patronal, CEOE y CEPYME también elaboraron un comunicado conjunto, fechado el 20 de diciembre de 2023, en el que decían mostrar su *“rechazo total a la aprobación, sin preaviso y desde el desprecio al Diálogo Social, de la prevalencia de los convenios autonómicos frente a los nacionales o de empresa”³⁹, incluida en el paquete legislativo al que dio luz verde este martes el Consejo de ministros. Desde el punto de vista formal, queremos recordar que la propia Constitución recoge el mandato de consultar a los agentes sociales modificaciones de este calado en la negociación colectiva. Cambios que, además, acordamos no incluir en la última reforma laboral que pactamos en el marco del Diálogo Social tripartito y que adoptamos como hito necesario para poder seguir recibiendo los fondos europeos previstos”*.

En palabras de las patronales firmantes, *“el Gobierno, una vez cumplido el mandato de la UE de contar con una reforma laboral pactada con los sindicatos y las organizaciones empresariales, se ha saltado de forma radical los acuerdos alcanzados en el Diálogo Social”, lo que demuestra una “falta de lealtad y confianza imprescindible para el Dialogo Social”. De otro lado, considera la Patronal que “en la práctica esta medida atenta contra la unidad de mercado a nivel nacional, en dirección contraria precisamente de los esfuerzos que, a nivel europeo y aún dentro de la presidencia española del Consejo de la UE, se están desarrollando para reforzar la unidad de mercado como elemento fundamental de competitividad.*

7. Los efectos prácticos de la reforma

En cuanto a los efectos prácticos de la reforma, es evidente que alguno relevante ha de haber atisbado el partido político promotor de la misma, aunque muchos conocedores de la estructura negocial autonómica apuntan a efectos menores, cuando no marginales.

Lo que también parece evidente, al menos, es que antes de la reforma, los convenios y acuerdos interprofesionales estatales podían “neutralizar” cualquier nivel de negociación autonómica, lo que, en la práctica, propició la desaparición de ciertos convenios autonómicos de cierto arraigo, los cuales perdieron su vigencia efectiva por la irrupción de los convenios estatales que podían y, de hecho, articulaban, la facultad de

³⁹ De entre los distintos comunicados que se han lanzado a raíz del cambio normativo, únicamente el de la Patronal hace referencia a que la modificación operada otorgue una mayor prevalencia a los convenios autonómicos “frente a los de empresa”, lo que aparenta ser un lapsus.

establecer una prioridad aplicativa prácticamente total. Ahora, la posibilidad de “reconquistar” unidades de negociación autonómica en determinados sectores de actividad, otrora abandonadas por la regla que ahora se modifica, se antoja posible, por lo que habrá que permanecer atentos, sobre todo en comunidades autónomas como Cataluña o el País Vasco.

En todo caso, los primeros apuntes doctrinales hojeados, sobre la previsible trascendencia de la reforma, apenas transcurridos unos días desde la publicación del RDL 7/2023, difieren en el pronóstico. A modo de ejemplo, se ha apuntado, por una parte, que, aunque la reforma favorece la creación de marcos autonómicos de relaciones laborales, al seguir exigiéndose el principio básico de mayoría junto al de representatividad, donde mayor virtualidad va a tener es en el País Vasco, ante la audiencia electoral obtenida por las dos confederaciones sindicales, ELA-STV y LAB⁴⁰.

Mientras que, en términos dispares, se ha apuntado que la nueva regla va a tener “muy escasa trascendencia en el País Vasco, que se supone es para el que se concibe sobre todo la reforma”⁴¹. La justificación de este pronóstico es que el número de convenios autonómicos en dicho territorio es muy reducido (apenas 19 en el año 2021), con tendencia a la baja, rigiéndose la mayor parte de trabajadores del País Vasco por convenios provinciales (unos 510, afectantes a 243.000 trabajadores) y de empresa (aplicables a unos 60.000 trabajadores), además de integrarse, una gran parte de los restantes, en convenios estatales de grandes empresas con implantación en todo el Estado.

De esta forma, la reforma debiera tener mayor calado en comunidades uniprovinciales, en las que es más fácil que la negociación sectorial se plantee en clave autonómica, y en aquellas comunidades autónomas que, pese a su pluriprovincialidad, tengan un mayor desarrollo de la negociación autonómica.

⁴⁰ Blog de Antonio BAYLOS GRAU, 21-12-2023, <https://baylos.blogspot.com/2023/12/las-reformas-del-estatuto-de-los.html>.

⁴¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Concurrencia entre convenios colectivos: preferencia aplicativa de los autonómicos”, El Nacional.cat (https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/concurrencia-convenios-colectivos-preferencia-aplicativa-autonomicos_1139375_102.html).

II. LA MEJORA EN EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN DE LOS ARTISTAS QUE INTRODUCES LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 28ª DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES INCORPORADA POR EL RDL 7/2023

1. Introducción. La temporalidad del vínculo, como obstáculo a la representatividad sindical

El Estatuto de los Trabajadores regula la de los artistas en espectáculos públicos como relación laboral especial y, sin embargo, ni la norma estatutaria, ni el Real Decreto que la desarrolla (RD 1435/1985, de 1 de agosto⁴², afectado recientemente por el RDL 5/2022, de 22 de marzo⁴³), parecen tener luego en cuenta que la misma singularidad justificativa de un régimen laboral específico, también debiera haberse considerado en la fijación de unas reglas electorales que no penalizaran la temporalidad inherente a la contratación de este colectivo y garantizaran un sistema equilibrado de representación sindical⁴⁴.

Y es que, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos, el entorno contractual y organizativo del sector artístico, dista mucho del esquema de contratación general, tendente a la consecución de estabilidad, que es el que tiene en cuenta el legislador para fijar los modelos estandarizados de representatividad; ello ha venido dificultando, sobremanera, la posibilidad de articular vías efectivas para la defensa de los intereses colectivos de este sector de actividad que, como sabemos, y se ha encargado de detallar la última adaptación normativa apuntada, integra, no solamente a las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, sino

⁴² “Por la que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos”.

⁴³ “Por la que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector”.

⁴⁴ ÁLVAREZ CUESTA, H., “La precariedad en el sector del arte: un estatuto del artista como propuesta de solución”, Bomarzo, 2019, pág. 131, señala que los derechos colectivos de los artistas, al menos por cuanto hace a la representación y a la negociación colectiva, aparecen divididos: por un lado, cuantos trabajan por cuenta ajena; por otro, quienes lo hacen por cuenta propia o desarrollan su actividad de forma sumergida. En ambas situaciones, los dos colectivos sufren los efectos (ya examinados de precariedad e inestabilidad), entre otras múltiples causas, precisamente de la ausencia (o imposibilidad de su puesta en marcha) de mecanismos de representación y negociación colectiva capaces de constituir un contrapeso y dotar de fuerza a sus reivindicaciones.

también a aquellas que realizan las actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

La profesión de artistas y técnicos del sector es, en sí misma, inestable, lo que dificulta la adquisición, en el seno de una misma empresa, de las antigüedades requeridas por el art. 69.2 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁵ para poder concurrir al proceso electoral, ya sea como elector (1 mes), ya como elegible (6 meses).

Derivadamente, y una vez adquirido el rol de representante unitario, la finalización del vínculo laboral acaba con la labor representativa del delegado.

Incluso aquellas personas trabajadoras que logran una continuidad en el ejercicio de esta profesión, con largas vidas laborales, lo suelen hacer parcelando su actividad en diversos proyectos artísticos que, a su vez, se suceden para diversos organizadores del espectáculo de que se trate, siendo inusual la consolidación de un largo período de antigüedad para una misma organización empresarial.

En definitiva, nuestra norma estatutaria, al igual que penaliza a las pequeñas empresas, al establecer un número mínimo de trabajadores para constituir órganos representativos, también lo hace con colectivos de trabajo inestables, como el los profesionales y técnicos del mundo artístico, quienes, por apartarse del modelo estándar de relación laboral, tienen más difícil conseguir una mínima representatividad en el seno de la organización empresarial, a través de la cual canalizar y defender sus intereses propios.

Pues bien, dicha problemática es la que pretende reconducir la norma que justifica la segunda parte del presente comentario. En efecto, nº 3 del artículo Primero del RDL 7/2023 introduce una nueva disposición adicional en el Estatuto de los Trabajadores, la Vigésimo octava⁴⁶, con la que se integra en la norma básica laboral una excepción a las reglas generales sobre elección de representantes unitarios del ya citado art. 69.2 ET, al limitar a 20 días el período de “antigüedad” necesario para ser considerado tanto elector como elegible, en el régimen especial de artistas, cuya tradicional nomenclatura, de acuerdo con la expansión reciente de su ámbito de ampliación, ha dado paso a la de

⁴⁵ Apto. 2. “Serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y elegibles los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad”.

⁴⁶ “Como excepción a lo dispuesto en el artículo 69.2, las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad, serán electoras cuando sean mayores de dieciséis años y elegibles cuando tengan dieciocho años cumplidos y siempre que, en ambos casos, cuenten con una antigüedad en la empresa de, al menos, veinte días”.

personas trabajadoras del colectivo de artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad⁴⁷.

Con ello, y como excepción para este colectivo, tendrán la consideración de electores, las personas trabajadoras mayores de 16 años, con antigüedad en la empresa de, al menos 20 días (en lugar de un mes) y, elegibles, los mayores de 18, que acrediten idéntica duración del vínculo laboral (en lugar de seis meses).

La modificación, aparentemente menor, es sin embargo relevante y obedece a la necesidad, reclamada desde hace años, de mejorar la representatividad de este colectivo de trabajadores singulares, a los que el RDL 7/2023 dedica largas disquisiciones, en los cuatro apartados de su preámbulo, con las que contextualizar dicho cambio en uno, mayor y global, de mejora de sus condiciones laborales.

2. Antecedentes de la reforma operada

Como hitos relevantes, favorecedores del cambio normativa, destaca el RDL 7/2023, en primer término, el Informe para la elaboración del Estatuto del Artista⁴⁸, aprobado en fecha 7 de junio de 2018, por la Subcomisión para la elaboración de dicho Estatuto (creada en el seno de la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados, con la participación de profesionales de las administraciones públicas, agentes privados, asociaciones y organizaciones del sector). En dicho Informe, aprobado de manera unánime por el Pleno del Congreso de los Diputados en fecha 6 de septiembre de 2018, se instaba a que el Gobierno aprobase medidas de urgencia sobre la creación artística, con el objetivo de mejorar las condiciones laborales de los creadores españoles.

En concreto, el citado Informe, en su apartado dedicado a la “representatividad sindical” y a la “promoción de la capacidad de interlocución del tejido asociativo”, se hacía eco (apartado 33) de que en nuestro sistema normativo la única vía para la obtención de condición de sindicato representativo es la de los resultados de las elecciones a comités de empresa, pero en un sector como el de artistas, caracterizado por la corta duración de los contratos, difícilmente se puede cumplir el requisito de seis meses de antigüedad en la empresa para presentarse a las elecciones, exigiéndose,

⁴⁷ Colectivo que ha sido objeto de varias reformas legislativas que se abordan en estudios doctrinales recientes como el de KAHALE CARRILLO, D.T., “La nueva regulación del Estatuto del Artista. Una visión comparada”, en Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 18, BOE, Madrid, 2023.

⁴⁸ Sobre el mismo, puede verse, entre otros trabajos, el de PAZOS PÉREZ, A., “Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al estatuto del artista”. *Revista de Derecho Social*, núm. 101, Bomarzo, 2023, págs. 77-105.

además, una antigüedad de un mes para poder ser elector y con ello participar en las elecciones (art. 69.2 ET).

Dadas estas condiciones, indica el Informe, “se emprenderá, en diálogo con los agentes sociales, una ampliación del sistema de representación sindical y de los requisitos para elegir y ser elegido como delegado sindical”, al tiempo que “se abordarán fórmulas de ampliación de la participación y representación sindical en el ámbito de la cultura”. Por tanto (sigue indicando el Informe, en su apartado 34), deben considerarse las reclamaciones de los sindicatos y asociaciones del sector cultural respecto a la representatividad sindical.

En segundo lugar, la norma reformista también referencia la Decisión de Ejecución del Consejo de la Unión Europea⁴⁹ relativa a la aprobación de la evaluación del Plan de Recuperación y Resiliencia de España⁵⁰, de 16 de junio de 2021, donde se establecieron una serie de objetivos⁵¹ e hitos para cada medida, instando a que el futuro Estatuto del artista regulase, entre otros aspectos, la representatividad sindical⁵².

⁴⁹ Más de dos décadas antes, y fuera del ámbito comunitario, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, (UNESCO) había aprobado (año 1980) una Recomendación relativa a la condición del artista, en la que instaba a los estados miembros a mejorar la situación profesional, social y económica del colectivo, mediante la aplicación de políticas y medidas relacionadas con la formación, la seguridad social, el empleo, los ingresos y las condiciones impositivas, la movilidad y la libertad de expresión.

⁵⁰ Como el propio RDL 7/2023 se encarga de detallar, el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020, consciente de la necesidad, en ese momento histórico, de un esfuerzo sin precedentes y de un planteamiento innovador que impulsasen la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea, acordó un conjunto de medidas de gran alcance, que aúnan el marco financiero plurianual (MFP) para 2021-2027 reforzado, y la puesta en marcha de un Instrumento Europeo de Recuperación («Next Generation EU»), cuyo elemento central es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. La instrumentación de la ejecución de los recursos financieros del Fondo Europeo de Recuperación se está realizando a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Los proyectos que constituyen dicho Plan permitirán la realización de reformas estructurales los próximos años, mediante cambios normativos e inversiones y, por lo tanto, permitirán un cambio del modelo productivo para la recuperación de la economía tras la pandemia causada por la COVID-19 y además una transformación hacia una estructura más resiliente que permita que nuestro modelo sepa enfrentar con éxito otras posibles crisis o desafíos en el futuro.

⁵¹ El componente 24 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se centra en la revalorización de la industria cultural dentro de la política palanca orientada al impulso de la industria de la cultura y del deporte. En línea con el propio plan, y estableciendo este que “existen una serie de carencias en el ámbito legislativo que deben de ser abordadas con el fin de mejorar el marco regulatorio de la cadena de valor artística que va desde la protección de la propiedad intelectual hasta los derechos de los propios artistas”, la primera de las reformas previstas fue el “desarrollo del Estatuto del Artista, fomento del mecenazgo y régimen de incentivos fiscales”, con el objeto de adecuar el marco jurídico, fiscal y laboral del sector cultural, para mejorar la protección social de los agentes del sector y aumentar la participación de la inversión privada.

⁵² En el ámbito estrictamente europeo, el 20 de octubre de 2021, el Parlamento europeo aprobó una Resolución en la que, entre otras cuestiones, se pedía a los Estados miembros que elaboraran y pusieran en práctica un marco jurídico e institucional con el fin de apoyar la creación artística adoptando un conjunto de medidas coherentes y globales que incluyeran la situación contractual, la seguridad social, el seguro de enfermedad, la fiscalidad directa e indirecta y la conformidad con las normas europeas.

En concreto, dentro del apartado “Hitos, objetivos, indicadores y calendario de seguimiento y ejecución relativos a las ayudas financieras no reembolsables”, se hace referencia al Hito número 352, Medida C24. “Entrada en vigor de los cambios normativos para la aplicación del Estatuto del Artista y la regulación de los siguientes aspectos con el fin de mejorar las condiciones laborales de los artistas”, entre los que se incluye: adecuación del IVA; Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF); representatividad sindical, salud y relaciones laborales especiales de los artistas en espectáculos públicos; mejora de la regulación del mecenazgo y el régimen de incentivos fiscales.

Expuestos ambos hitos, el RDL 7/2023 viene a reconocer, con respecto al primero, el “estancamiento” que supuso para su desarrollo la irrupción de la pandemia sanitaria por Covid 19, sin que los cambios legislativos posteriores y recientes (RDL 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 RDL 5/2022, de 22 de marzo, antes citado⁵³), hayan supuesto avance alguno en este sentido.

Con respecto al segundo, considera el RDL 7/2023 insoslayable, para poder cumplir el hito previsto por la Decisión de Ejecución del Consejo, acometer una actualización del sistema de representación de las personas trabajadoras del sector, objetivo al que sirve la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores contenida en esta norma, que, como se ha indicado, suaviza los requisitos que deben cumplir las personas trabajadoras que pretendan ser electoras o elegibles en las elecciones para delegados de personal o miembros del comité de empresa; modificación normativa que, se espera, permita incrementar los niveles de participación en las elecciones a representantes de las personas trabajadoras, redundando, derivadamente, en un mejor y más eficaz sistema de representación del colectivo afectado.

3. La urgente necesidad del cambio

Ante la pregunta de cuál es la urgencia de una nueva disposición cuyo objeto es prever especialidades en la condición de elector y elegible en un ámbito tan especial, como el artístico, el RDL 7/2023 apunta, por una parte, a la antigüedad de un texto regulador de la relación especial: el RD 1435/1985, que no ha sido objeto de revisión, en lo que a esta materia se refiere, por el reciente RDL 5/2022, de 22 de marzo; por otra, a la necesidad de dar cumplimiento a la Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del Plan de recuperación y resiliencia de España que hace

⁵³ Un completo análisis en ABELEIRA COLAO, M., “Comentarios al RD-Ley 5/2022, de 22 de marzo”, *Revista de Derecho Laboral VLex*, núm. 6, septiembre 2022, págs. 88 a 98.

necesaria la profundización en la actualización del sistema de representatividad sindical de las personas artistas; y por último, y adicionalmente, a la exigencia comunitaria de que la entrada en vigor del Estatuto del Artista tuviese lugar durante el año 2022, elementos estos que, según indica el RDL 7/2023, configuran el supuesto habilitante descrito en el art. 86.1 CE, ya que, tal y como viene exigiendo el Tribunal Constitucional para la utilización de este instrumento normativo, concurre una motivación explícita y razonada de la necesidad, por cuanto la regulación de un nuevo marco de representatividad sindical en el sector exige una rápida respuesta, así como la urgencia, asumiendo como tal que la dilación en el tiempo de la adopción de la medida de que se trate mediante una tramitación por el cauce normativo ordinario impediría el cumplimiento de los hitos marcados por el Consejo de la Unión Europea.

Por otra parte, la norma en cuestión puede considerarse la quinta de las que conformarían el denominado “Estatuto del Artista”, siendo las otras cuatro normas, por antigüedad, el RDL 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector; la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (arts. 66 y 69); el RDL 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; y el RD 31/2023, de 24 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el RD 439/2007, de 30 de marzo, para dar cumplimiento a las medidas contenidas en el Estatuto del Artista en materia de retenciones.

4. La demanda de cambio normativo por los protagonistas del sector

Compartamos o no la concurrencia de presupuesto habilitante, sí parece claro que, con tal urgencia, las personas trabajadoras afectadas sí reclamaban modificaciones en el terreno electoral que mejorasen su representación.

Ejemplo claro es que la Unión de Actores y Actrices viene apostando, desde hace años, por un Estatuto del Artista que les permita defender sus derechos de manera directa, a través de sus propios sindicatos, para lo que proponen un “cambio en la forma de conseguir representatividad sindical”, dado que, en su sector -denuncian-, el problema es que los centros de trabajo agrupan a pocos trabajadores, con una altísima tasa de temporalidad.

Más concretamente, en el documento denominado “Estatuto del Artista”, publicado en la web de la organización, y compartiendo espacio con otros tres apartados (dedicados al impulso cultural, la fiscalidad y la protección social), se encuentra un cuarto apartado,

dedicado a la representatividad sindical, con respecto de la cual, se ha venido apuntando a la necesidad de alcanzar un “modelo equitativo”, capaz de superar los hándicaps de este sector; entre ellos, la dificultad de alcanzar el número de trabajadores en plantilla necesario para dotarla de órganos de representación, o las limitaciones al sufragio pasivo que suponen exigir seis meses de antigüedad para resultar elegido representante.

A partir de ese diagnóstico de la realidad de su sector, la propuesta de esta organización consistía, precisamente, en incorporar al Estatuto de los Trabajadores una disposición adicional, en clave de régimen electoral específico del sector, acometiéndose un cambio de la circunscripción electoral. Para ello, se proponía, por una parte, buscar una unidad electoral en la que no fuera en detrimento de los artistas su tradicional inestabilidad laboral, apostando por su ampliación hasta el ámbito autonómico; y por otra, consideraban que el sufragio activo y pasivo debía alcanzar a todas las personas con al menos 20 días de alta en el régimen de artistas en los últimos 360 días, o 90 en los últimos cuatro años⁵⁴.

En el seno de la negociación colectiva tampoco han sido las partes sociales ajenas a esta problemática. Como muestra, encontramos el Convenio colectivo Estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (Resolución DGT 24 de marzo de 2023, BOE de 5 de abril)⁵⁵ que, como justificación previa de la autorregulación de esta materia, define claramente cuáles son las características definitorias (y, a su vez, carencias, desde el punto de vista de la representatividad) de un sector en el que destacan: a) la condición dominante de discontinuidad en la contratación artística; b) la duración de los contratos artísticos, habitualmente menor de seis meses y por consiguiente generadora de una antigüedad inferior a la necesaria para poder desarrollar procesos de elecciones sindicales; c) la consciencia, compartida por las partes, de la necesidad de posibilitar la representación sindical a todas las personas trabajadoras del sector; y d) la existencia de diferentes modalidades de representación recogidas en la legislación vigente.

⁵⁴ <https://www.uniondeactores.com/index.php/noticias/6954-estatuto-del-artista-por-una-representatividad-sindical-en-igualdad-de-oportunidades>.

⁵⁵ Cuyo ámbito de aplicación subjetiva (Art. 1) es el de las personas trabajadoras encuadradas en los siguientes grupos: Grupo A: Responsables artísticos en general: coreografía, dirección de escena u orquesta, maestros de baile, dirección artística, escenografía, diseño de luces, presentadores, así como jefaturas técnicas. Grupo B: Personal artístico: toda persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra musical, literaria, dramática, coreográfica o de cualquier otro género, tales como músicos instrumentistas y cantantes en todos los géneros y especialidades musicales, bailarines en todos los géneros coreográficos, especialmente artistas en tablaos flamencos, disc-jockeys, monologuistas, declamadores. Grupo C: Técnicos: incluirá al personal técnico audiovisual, técnico de sonido, de luminotecnia, caracterización, vestuario, y escenografía. Grupo D: Personal de Sala y Administrativo: Se incluirá el personal de mantenimiento, de admisión y control, de relaciones públicas, *merchandising*, administrativo, y personal de dirección.

Todo lo cual determina que las partes firmantes acuerden, “a través del mecanismo de la autorregulación y en relación con los derechos de representación recogidos en la Ley Orgánica de la Libertad Sindical,... otorgar a los sindicatos que ostentan la condición de «más representativos» en los términos de la normativa citada, firmantes del presente Convenio Colectivo, las funciones de representación sindical de las personas trabajadoras del sector en los supuestos de inexistencia de representación legal de las personas trabajadoras a través de los delegados/as sectoriales que a tal efecto se nombren. Dichos delegados/as sectoriales, con un número máximo de diez para todo el territorio nacional, nombrados por los sindicatos antes referidos según su criterio y que, en cualquier caso, deberán ser personal ajeno a la empresa de que se trate, tendrán, según aceptan los firmantes, las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa, así como los derechos inherentes a la información, documentación y audiencia, propios del comité de empresa.

5. Valoración de la reforma

Conclusión de lo indicado previamente, es que, tanto el colectivo de personas trabajadoras afectado, como sus asociaciones y sindicatos profesionales, han venido demandando, desde hace años, una reforma del sistema electoral capaz de otorgarles una representatividad sindical hasta ahora inexistente, reforma que ha venido de la mano de otros cambios en áreas diversas como la fiscal, la protección social, las bonificaciones en la contratación etc.

En este contexto, el “ajuste” normativo, ciertamente escueto, de limitar a 20 los días en que ha de mantenerse el vínculo con la empresa en la que pretende alcanzarse la condición de representante, no es un avance menor, si tenemos en cuenta la inestabilidad que, por su excesiva temporalidad, acompaña a este colectivo. A partir aquí, los inconvenientes que suponen la pérdida de la representación anudada al fin del contrato, no han sido objeto de tratamiento ni, mucho menos, de propuestas de solución.

III. BIBLIOGRAFÍA

ABELEIRA COLAO, M., “Comentarios al RD-Ley 5/2022, de 22 de marzo”, *Revista de Derecho Laboral VLex*, núm. 6, septiembre 2022.

ÁLVAREZ CUESTA, H., “La precariedad en el sector del arte: un estatuto del artista como propuesta de solución”, Bomarzo, 2019.

BAYLOS GRAU, A., “Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)”; *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000.

CRUZ VILLALÓN, J., “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 68, 2007.

CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, 57/2012.

DESDENTADO BONETE, A., “Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos”, en AA.VV., *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Las reglas sobre concurrencia entre Convenios en el Ordenamiento Español”, *Derecho y Sociedad*, núm. 37, Asociación Civil, 2003.

KAHALE CARRILLO, D.T., “La nueva regulación del Estatuto del Artista. Una visión comparada”, en *Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 18, BOE, Madrid, 2023.

LÓPEZ ANIORTE, M.C., “La concurrencia de convenios colectivos”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

LÓPEZ ANIORTE, M.C., “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28 enero 2022.

MARTÍN VALVERDE, A., “Artículo 84. Concurrencia”, en AA.VV., dirigidos por BORRAJO DACRUZ, E., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo XII. Vol. 2º. Los nuevos convenios colectivos de trabajo: puntos críticos*. EDERSA, Madrid 1995.

PAZOS PÉREZ, A., “Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al estatuto del artista”. *Revista de Derecho Social*, núm. 101, Bomarzo, 2023,

SEMPERE NAVARRO, A.V., “La reforma laboral de 2021 y los convenios colectivos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251/2022, parte Estudios.

SÁEZ LARA, C., “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales*, 140/2017.

RECURSOS WEB

BAYLOS GRAU, El Blog de Antonio Baylos, 21-12-2023, <https://baylos.blogspot.com/2023/12/las-reformas-del-estatuto-de-los.html>.

CRUZ VILLALÓN, J., “Concurrencia entre convenios colectivos: preferencia aplicativa de los autonómicos”, *El Nacional.cat* (https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/concurrencia-convenios-colectivos-preferencia-aplicativa-autonomicos_1139375_102.html).

Diario Europa Press, 18-10-2023. <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-pnv-presenta-ley-congreso-convenios-autonomicos-prevalezcan-sectoriales-20231018182736.html>.

GODINO DE FRUTOS, A., “El impacto real de la nueva Reforma Laboral sobre la aplicación de los convenios de empresa”, El Derecho.com, Noticias Jurídicas y actualidad, (<https://elderecho.com/impacto-real-de-la-nueva-reforma-laboral-sobre-la-aplicacion-de-los-convenios-de-empresa>).

UNIÓN EUROPEA

ACTUALIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA

Octubre-Diciembre 2023

Por

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
0000-0002-9388-1569

daniel.perez.delprado@uc3m.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

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 *hard 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 octubre y diciembre 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

October-December 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 *hard 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 October and December 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”, las novedades en este período son limitadas. En primer lugar, es reseñable la aprobación de [Reglamento Delegado \(UE\) 2023/2450](#) de la Comisión, de 25 de julio de 2023, por el que se completa la Directiva (UE) 2022/2557 del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo una lista de servicios esenciales. Aunque su contenido no es de naturaleza sociolaboral, puede resultar de interés a nivel nacional en este ámbito en materia de derecho de huelga.

En segundo lugar, en el campo de la prevención de riesgos, destaca la [Directiva \(UE\) 2023/2668](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, 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. Los cambios que ésta introduce se justifican porque «tras los nuevos avances científicos y tecnológicos en este ámbito, hay margen para mejorar la protección de los trabajadores expuestos al amianto y reducir así la probabilidad de que los trabajadores expuestos contraigan enfermedades relacionadas con el amianto».

Por último, la [Directiva Delegada \(UE\) 2023/2775](#) de la Comisión, de 17 de octubre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al ajuste de los criterios de tamaño de las empresas o grupos de tamaño micro, pequeño, mediano y grande procede a, en vista de la importante inflación registrada durante 2021 y 2022, revisar los criterios de tamaño monetario a la hora de determinar la categoría de tamaño de una empresa a fin de tener en cuenta el impacto de la inflación.

II. REGULACIONES DE DERECHO BLANDO

Por lo que respecta al “Derecho blando”, ya dimos cuenta, en la anterior crónica, del inicio del Semestre Europeo 2024. Así, ya han sido aprobados el [Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento Sostenible](#), el [Informe sobre el mecanismo de alerta](#) y el proyecto de [Recomendación del Consejo sobre la política económica de la zona del euro](#). También la propuesta de [Informe conjunto sobre empleo](#).

Aunque el 8 de diciembre el Consejo prosiguió con el intercambio de impresiones sobre el Estudio prospectivo anual sobre el crecimiento sostenible para 2024, el Informe sobre el mecanismo de alerta de 2024 y la Recomendación sobre la política económica de la zona del euro (la documentación analizada puede consultarse [aquí](#)), lo cierto es que no se han producido avances significativos.

Así las cosas, las principales novedades aparecidas en este periodo, curiosamente, se refieren al semestre anterior: [Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de](#)

[2023](#), sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas 2023 (2022/2150(INI)). Nótese lo tardío de la publicación del documento y que se refiere al Semestre 2023, por más que los análisis y recomendaciones que en él se contienen, sintetizando la postura del Parlamento, son también válidas, en un plano práctico, para el presente. Lo mismo se puede decir de la [Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de 2023](#), sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas: prioridades sociales y en materia de empleo para 2023 (2022/2151(INI)).

Al margen del semestre, varias son las iniciativas de interés lanzadas por la Comisión en este período. En primer lugar, es preciso destacar la aprobación de una nueva [Recomendación \(UE\) 2023/2407](#) de la Comisión, de 20 de octubre de 2023, sobre la pobreza energética, que sigue la senda trazada por [Directiva \(UE\) 2023/1791](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativa a la eficiencia energética y por el [Reglamento \(UE\) 2023/955](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por el que se establece un Fondo Social para el Clima y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1060 (véase el número 65 de esta misma revista).

En una línea similar, el Parlamento Europeo ha aprobado la [Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de 2023](#), sobre una renta mínima adecuada que garantice una inclusión activa (2022/2840(RSP)) por la que se establecen una serie de recomendaciones a la Comisión y a los Estados miembros en esta materia dado, dice el Parlamento, «es poco probable que se alcance el objetivo de la Unión de reducción de la pobreza en los próximos años a menos que los Estados miembros modernicen y refuercen sus sistemas de protección social de una manera que fomente la inclusión social y apoye a las personas que pueden trabajar estableciendo vías hacia un empleo de alta calidad».

También se ha pronunciado esta institución en este período sobre el diálogo social. En su [Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023](#), sobre el refuerzo del diálogo social (2023/2536(RSP)) recoge una serie de recomendaciones de apoyo al desarrollo e implementación de la [Recomendación del Consejo, de 12 de junio de 2023](#), sobre el refuerzo del diálogo social en la Unión Europea, de la que dimos cuenta hace dos números.

Con un objeto que trasciende el Derecho social, pero que no le resta por ello importancia, ha de destacarse también la [Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2023](#), sobre la lucha contra la discriminación en la Unión: la esperada Directiva horizontal contra la discriminación (2023/2582(RSP)), en la que reitera sus anteriores llamamientos al Consejo para que desbloquee urgentemente la Directiva horizontal contra la discriminación tras 15 años de inacción y subraya que el Parlamento está dispuesto a aprobarla antes de que concluya la presente legislatura.

Por su parte, el Consejo ha hecho pública la [Recomendación del Consejo, de 27 de noviembre de 2023](#), sobre el desarrollo de condiciones marco para la economía social que, en consonancia con los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales, tiene por objeto fomentar el acceso al mercado laboral y la inclusión social orientando a los Estados miembros sobre cómo promover los marcos políticos y reglamentarios facilitadores de la economía social y medidas que faciliten su desarrollo.

Otros dictámenes de interés son el [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y la política de cohesión: hacia una política de cohesión 2.0» \(Dictamen exploratorio\)](#) que incluye una serie de recomendaciones para ampliar, modernizar o revisar la gama de instrumentos y enfoques para construir una política de cohesión sólida, eficaz, flexible y renovada, centrándose más en la capacidad, los vínculos interregionales, la eficacia de los resultados y las oportunidades para los beneficiarios más allá de la simple inversión; también el del Comité de las regiones pronunciándose sobre la reforma de la gobernanza económica ([Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — Reforma del marco de gobernanza económica de la UE](#)).

III. SENTENCIAS DEL TJUE

Por último, por lo que respecta la jurisprudencia de Luxemburgo, en el período analizado se han publicado catorce sentencias de interés en el ámbito social (de indudable utilidad para el seguimiento de las resoluciones que en la rama social del Derecho publica Luxemburgo, es 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 diciembre de 2023 (TF y Sparkasse Südpfalz, asunto [C-206/22](#)) que se refiere a derecho a vacaciones en el marco del art. 7.1, de la Directiva 2003/88/CE y el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A juicio de la Sala ambos preceptos deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa o práctica nacional que no permite aplazar los días de vacaciones anuales retribuidas concedidos a un trabajador que no está enfermo en un período que coincida con un período de cuarentena ordenado por una autoridad pública, debido al contacto del trabajador con una persona infectada por un virus. Por tanto, para el Tribunal no son equiparables la baja o cuarentena con la enfermedad real.

En este período se han dictado dos sentencias más que conectan con la anterior, aunque por motivos diferentes, ya que una se refiere a la pandemia; mientras que la otra al derecho a vacaciones.

Comenzando por la relativa a la COVID-19, aunque desde la perspectiva del derecho a la libre circulación, la STJUE de 5 de diciembre de 2023 (Nordic Info V y Belgische Staat,, asunto [C-128/22](#)) valida, por un lado, que un Estado miembro que, por razones de salud pública relacionadas con la lucha contra la pandemia prohíba a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias, independientemente de su nacionalidad, realizar viajes no esenciales desde ese Estado miembro a otros Estados miembros clasificados por él como zonas de alto riesgo; y, por otro lado, que imponga a los ciudadanos de la Unión sin la nacionalidad de dicho Estado miembro la obligación someterse a pruebas de detección y cumplir una cuarentena a su entrada en el territorio del referido Estado miembro desde cualquiera de esos otros Estados miembros, siempre y cuando esa normativa nacional respete todos los requisitos y garantías que se prescriben en los artículos 30 a 32 de dicha Directiva 2004/38/CE, los derechos y los principios fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el principio de prohibición de las discriminaciones, y el principio de proporcionalidad.

Por lo que respecta a la refería al derecho a vacaciones, la STJUE de 9 de noviembre de 2023 (XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (C-275/22) y Keolis Agen SARL, con intervención de Syndicat national des transports urbains SNTU-CFDT, [asuntos acumulados C-271/22 a C-275/22](#)) se centra en la particular esfera de su relación con la incapacidad temporal. La Sala recuerda que, por una parte, el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE se aplica tanto a empleadores públicos como privados. Por otra que, a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración, la norma permite estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos.

También se refiere al derecho a vacaciones la STJUE de 12 de octubre de 2023 ([YQ y Ředitelství silnic a dálnic ČR](#)). Aquí el pleito es algo más complejo, pues la persona trabajadora había sido despedida y readmitida por resolución judicial por nulidad del despido, debiéndose dilucidar si tal lapso temporal debe computar a los efectos del devengo de las vacaciones. Pues bien, a juicio del Tribunal, la persona trabajadora no tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas por el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión, debido a que, durante ese período, el trabajador no realizó un trabajo efectivo al servicio del empresario, toda vez que este último no le asignó un trabajo y que ya disfruta, con arreglo al Derecho nacional, de una compensación financiera por dicho período.

Por su parte, la STJUE de 7 de diciembre de 2023 (J. M. P. y AP Assistenzprofis GmbH, asunto [C-518/22](#)), se centra en la discriminación por razón de discapacidad. El Tribunal entiende que la contratación de un asistente personal para una persona con discapacidad puede supeditarse a requisitos como el de edad, siempre que la normativa nacional tome en consideración los deseos individuales de las personas con discapacidad y tal medida es necesaria para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. Esta sentencia levantó cierta controversia, siendo analizada en un [Brief Digital](#) de la AEDTSS por el profesor Esteban Legarreta.

También despertó un cierto interés la STJUE de 15 de diciembre de 2022 (OP y Commune d' Ans, asuntos [C-148/22](#)). El caso se refiere al uso de símbolos religiosos en el trabajo, resolviendo la Sala que el art. 2.2. a), de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración el uso visible, en el lugar de trabajo, de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas, puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego.

Por su parte, la STJUE de 16 de noviembre de 2023 (Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Toruniu y TE, asunto [C-422/22](#)) se refiere a la legislación aplicable en materia de coordinación de protección por desempleo. El Tribunal entiende que la institución emisora de un certificado A1 que, tras un revisión de oficio de los elementos en los que se basa la expedición de dicho certificado, constata la inexactitud de diversos elementos relativos a la cotización, puede retirar el certificado sin iniciar previamente el procedimiento de diálogo y conciliación previsto en el art. 76.6, del Reglamento 883/2004 con las instituciones competentes de los Estados miembros afectados con el fin de determinar la legislación nacional aplicable.

Sobre empleo público versa la STJUE también de 16 de noviembre de 2023 (JD y Acerta — Caisse d'assurances sociales ASBL, Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, État belge, asunto [C-415/22](#)), que se centra en señalar que no puede obligarse a un funcionario a afiliarse obligatoriamente a la seguridad social de su Estado de origen cuando ha permanecido al servicio de una institución de la Unión hasta la edad de jubilación y que ejerce una actividad profesional por cuenta propia en el territorio de dicho Estado miembro.

La tercera sentencia dictada en la misma fecha es la STJUE de 16 de noviembre de 2023 (NC (C-583/21), JD (C-584/21), TA (C-585/21), FZ (C-586/21) y BA, DA, DV, CG,

[asuntos acumulados C-583/21 a C-586/21](#)) referida a sucesión de empresas. En particular, el caso es el de un notario, funcionario público y empleador privado de los trabajadores de su notaría, que sucede al anterior titular de esa notaría, asume su protocolo, una parte sustancial del personal y continúa desempeñando la misma actividad en los mismos locales con los mismos medios materiales. Pues bien, de acuerdo con la sentencia, siempre y cuando se mantenga la identidad de dicha notaría, conforme a lo dispuesto en el art. 1.1. de la Directiva 2001/23/CE, ésta resultará aplicable y, por tanto, las garantías en materia de transmisión de empresa. Tal extremo, no obstante, debe determinarse por el órgano jurisdiccional remitente considerando todas las circunstancias pertinentes.

Al sector del transporte por carretera se ciñe la STJUE de 9 de noviembre de 2023 (ARST SpA — Azienda regionale sarda trasporti y TR, OS, EK, UN, RC, RS, OA, ZB, HP, WS, IO, TK, ME, SK, TF, TC, ND, asunto [C-477/22](#)). En concreto, resuelve un asunto sobre la determinación del “tiempo de trabajo” en esta particular actividad. El supuesto de hecho es el de varios conductores de transporte de viajeros por carretera que presentan una demanda solicitando que se condenara a la empresa a pagarles una indemnización o una compensación proporcional a las horas de descanso no disfrutadas y a las horas que superaran el tiempo máximo total acumulado de conducción durante dos semanas consecutivas, en contra de lo dispuesto en el Reglamento n.º 561/2006. Alegaban que, debido a los horarios de trabajo fijados durante el período comprendido entre el 11 de abril de 2007, fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento, y el 6 de diciembre de 2010, ninguno de ellos había disfrutado del «período de descanso semanal normal», en el sentido del artículo 4, letra h), del citado Reglamento, y que todos ellos habían superado el tiempo máximo total acumulado de conducción durante dos semanas consecutivas, a que se refiere el artículo 6, apartado 3, del mismo Reglamento.

Pues bien, a juicio de la Sala, si tal lapso temporal debe considerarse tiempo de trabajo debe resolverse de acuerdo a tres reglas: a) el concepto de «trayecto del servicio de que se trate [que] no supere los 50 [km]» corresponde al itinerario establecido por la empresa consistente conectar un punto de partida con un punto de llegada y dar servicio, en su caso, en paradas intermedias previamente fijadas, para garantizar el transporte de viajeros en el servicio regular al que está destinado; b) que el Reglamento n.º 561/2006 solo se aplica cuando esos trayectos superan los 50 km; y c) que el art. 3, del mencionado reglamento debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «tiempo total acumulado de conducción durante dos semanas consecutivas», que figura en esta disposición, comprende únicamente el «tiempo de conducción», según ha quedado definido anteriormente.

En la regulación del trabajo a tiempo parcial se centra la STJUE de 19 de octubre de 2023 (MK y Lufthansa CityLine GmbH, asunto [C-660/20](#)). El pleito a resolver es el de un piloto que trabaja a tiempo parcial a razón del 90 % del tiempo de trabajo de un piloto que trabaja a tiempo completo comparable. Su salario base, incluidas las primas por puesto de trabajo, se redujo en un 10 % y se le concedieron 37 días adicionales de vacaciones al año. No obstante, los días en que trabaja no hay reducción de sus horas de actividad de vuelo. De conformidad con los convenios aplicables, los pilotos perciben una retribución por horas extraordinarias de vuelo con carácter adicional al salario base («retribución complementaria») si han realizado un determinado número de horas de vuelo al mes, rebasando así («activando») los umbrales de la retribución complementaria. Sin embargo, los convenios colectivos aplicables no prevén una reducción de esos umbrales de activación para los trabajadores a tiempo parcial en función del porcentaje de su jornada laboral a tiempo parcial, por lo que dichos umbrales de activación son idénticos para los pilotos que trabajan a tiempo completo y para los que trabajan a tiempo parcial. El demandante en el litigio principal considera que tiene derecho a la retribución complementaria, ya que superaría los umbrales de activación si estos se redujeran en función del porcentaje de su jornada a tiempo parcial.

Pues bien, la Sala entiende que la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, que figura en el anexo de la Directiva 97/81, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la referida norma convencional que regula el pago de una retribución complementaria de manera uniforme para los trabajadores, sin establecer adaptación alguna a las particulares circunstancias de quienes trabajan a tiempo parcial.

Por su parte, la STJUE de 12 de octubre de 2023 (HK y Service fédéral des Pensions, asunto, [C-45/22](#)) se refiere a la coordinación de los sistemas de pensiones en el marco del Reglamento (CE) n.º 883/2004. El caso es el de una persona beneficiaria de pensiones de jubilación en tres Estados diferentes, negándose uno de ellos a su concesión porque el importe total de sus de jubilación era muy elevado. Pues bien, a este respecto, la Sala entiende que los Estados miembros pueden modular la cuantía a recibir en función de las otras prestaciones de las que se sea beneficiario. En particular, cuando el disfrute de prestaciones de distinta naturaleza o de otros ingresos exija la aplicación de cláusulas antiacumulación nacionales en lo referente a prestaciones independientes, el Reglamento 883/2004 permite a cada Estado miembro interesado establecer en su ordenamiento jurídico, al objeto de calcular la cuantía de la prestación que ha de abonarse, bien que procede dividir la cuantía total de los ingresos computados por esas cláusulas nacionales entre el número de prestaciones de que se trate, bien que procede dividir entre este mismo número la parte de los ingresos que exceda del límite máximo de acumulación determinado por dichas cláusulas nacionales.

Por último, la STJUE de 5 de octubre de 2023 (El y SC Brink's Cash Solutions SRL, asunto [C-496/22](#)) resuelve un caso en materia de despido colectivo. El demandante alega que, cuando no existe un sindicato o representantes designados para defender sus intereses, la empresa tiene la obligación imperativa de informar y consultar a los trabajadores individualmente. Pues bien, la Sala entiende que no es contrario a la Directiva 98/59 que la normativa nacional no imponga al empresario la obligación de consultar individualmente a los trabajadores afectados por un despido colectivo, cuando estos no han designado representantes de los trabajadores, ni obligue a dichos trabajadores a proceder a tal designación.

HACIA EL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS EUROPEAS: PUNTOS CRÍTICOS DE LA DIRECTIVA 2022/2381 Y SU FUTURA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA ¹

Por

LOURDES MELLA MÉNDEZ
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

lourdes.mella@usc.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: Este trabajo analiza el camino recorrido por la UE y España para el impulso del equilibrio de género en las sociedades cotizadas desde hace varios años, pues se parte de que la igualdad de género en los consejos de administración de aquellas es un objetivo estratégico al que no cabe renunciar. Se comienza con el estudio de la fallida Propuesta de Directiva de 2012 y su final aprobación en 2022, cuando la UE da un nuevo y decidido impulso a esta materia en los ámbitos de poder de las grandes empresas. Con todo, la Directiva, como norma unificadora de carácter mínimo, adopta un enfoque moderado y progresivo, cuyo desarrollo queda a los Estados miembros. Nuestro país, ya cuenta con un proyecto de ley en la materia que, en su ámbito de aplicación y en algunos aspectos de contenido, resulta más ambicioso que la norma europea. Cabe esperar que dicho texto provisional llegue a ver la luz y, con su aplicación, ayude a conseguir la igualdad real y efectiva en todos los ámbitos sociales.

PALABRAS CLAVE: equilibrio de género; consejo de administración y sociedades cotizadas.

SUMARIO: I. LA IGUALDAD DE GÉNERO LABORAL, ESPECIALMENTE EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN, COMO OBJETIVO ESTRATÉGICO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. General. 2. La fallida Propuesta de Directiva sobre equilibrio de género en los consejos de administración y su final aprobación.- II. LA DIRECTIVA (UE) 2022/2381 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2022: CARACTERES GENERALES.- III. LA SITUACIÓN DEL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN ESPAÑA: 1. En los consejos de administración de las sociedades cotizadas. 2. Sobre la ambiciosa norma española de transposición de la Directiva analizada.- IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE LAS SOCIEDADES EUROPEAS: 1. El ámbito de aplicación empresarial y personal. 2. Los objetivos numéricos a conseguir. 3. Las medidas a adoptar para alcanzar los citados objetivos. 4. Las obligaciones informativas de las sociedades cotizadas y los Estados miembros a nivel interno. 5. El incumplimiento de la regla del equilibrio de género y su correspondiente sanción. 6. La entrada en vigor.- V. CONCLUSIONES PRINCIPALES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Este trabajo se enmarca en las actividades del proyecto de investigación de la AEI "Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global" (PID2020-113151RB-100), cuya IP1 es la Prof^a Lourdes Mella Méndez.

TOWARDS GENDER BALANCE IN EUROPEAN LISTED COMPANIES: CRITICAL POINTS OF THE DIRECTIVE 2022/2381 AND ITS FUTURE TRANSPOSITION IN SPAIN

ABSTRACT: This paper analyses the path taken by the EU and Spain to promote gender balance in listed companies over the last few years, since it is assumed that gender equality on the boards of directors of listed companies is a strategic objective that cannot be renounced. The research begins with a study of the failed 2012 Proposal for a Directive and its final approval in 2022, when the EU gave a new and decisive boost to this issue in the spheres of power of large companies. However, the Directive, as a minimum unifying standard, adopts a moderate and progressive approach, the development of which is left to the Member States. Our country already has a draft law on the subject which, in its scope of application and in some aspects of content, is more ambitious than the European standard. It is to be hoped that this provisional text will see the light of day and, with its application, will help to achieve real and effective equality in all social spheres.

KEYWORDS: gender balance; board of directors and listed companies.

SUMMARY: I. GENDER EQUALITY IN THE WORKPLACE, ESPECIALLY ON BOARDS OF DIRECTORS, AS A STRATEGIC OBJECTIVE OF THE EUROPEAN UNION: 1. General. 2. The failed Proposal for a Directive on Gender Balance on Boards of Directors and its eventual adoption.- II. DIRECTIVE (EU) 2022/2381 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 23 NOVEMBER 2022: GENERAL CHARACTERISTICS.- III. THE SITUATION OF GENDER BALANCE IN SPAIN: 1. In the boards of directors of listed companies. 2. On the ambitious Spanish legislation transposing the Directive under analysis.- IV. THE LEGAL REGIME OF GENDER BALANCE ON THE BOARDS OF DIRECTORS OF EUROPEAN COMPANIES: 1. The corporate and personal scope of application. 2. The numerical targets to be achieved. 3. The measures to be adopted to achieve the aforementioned objectives. 4. The reporting obligations of listed companies and Member States at internal level. 5. Non-compliance with the gender balance rule and the corresponding sanction. 6. The entry into force.- V. MAIN CONCLUSIONS.- VI. BIBLIOGRAPHY.

I. LA IGUALDAD DE GÉNERO LABORAL, ESPECIALMENTE EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN, COMO OBJETIVO ESTRATÉGICO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. General

Como máximo exponente de una sociedad democrática, la igualdad es un principio fundamental de la Unión Europea y, especialmente, la *igualdad de género* entre hombres y mujeres. Esta igualdad debe integrarse en todas las políticas y acciones de la UE, tal y como reconocen los grandes textos europeos, como el Tratado de la Unión Europea (TUE, Maastricht, 1992) y su posterior versión consolidada (arts. 2 y 3, párrafo segundo) o la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000 y 2007; art. 23). Por su parte, el Tratado de Lisboa, de 2008², garantizó el carácter vinculante de esta Carta y elevó el principio de igualdad entre hombres y mujeres a un objetivo fundamental de la Unión (art. 8 Tratado de funcionamiento de la UE; TFUE), a la vez que lo convierte en un límite y

² En vigor desde el 1 diciembre 2009.

mandato de las políticas de empleo de los Estados y las instituciones europeas (art. 157 TFUE). El posterior Pilar europeo de derechos sociales (2017) insiste en que “la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres debe garantizarse y fomentarse en todos los ámbitos, también en relación con la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la progresión de la carrera” (capítulo I, punto 2). Así, la actual Estrategia Europea para la Igualdad de Género (2020-2025) impulsa varias medidas para hacer efectiva esa igualdad de género, entre ellas, la Directiva que se va a analizar en este trabajo.

Ciertamente, de todos los espacios en los que se debe proyectar la igualdad de género, el *ámbito laboral* es particularmente importante, en cuanto la incorporación a un puesto de trabajo y la promoción profesional en el mismo son las claves de la independencia económica y del empoderamiento personal y social de la mujer. La UE ha promovido, con especial empeño, la consecución real de esa igualdad de género laboral para dar las mismas oportunidades y trato en las condiciones de trabajo (como las salariales) a todas las personas trabajadoras, con independencia de su sexo. En este sentido, muchos han sido los logros conseguidos, si bien todavía queda mucho por hacer, en particular en el acceso a los ámbitos de poder de las grandes empresas, lo que emerge como ‘la última frontera’ para las mujeres, quizás porque, tradicionalmente, ha sido controlada por los hombres. Así, resulta imprescindible conseguir un equilibrio de género en lo referente a la participación de las mujeres en los órganos de decisión y poder de esas empresas, rompiendo el duro y tradicional ‘techo de cristal’ que separa a aquellas de la igualdad plena.

La importancia estratégica de esta representación equilibrada entre hombres y mujeres en los consejos de administración queda evidenciada por dos hechos: por un lado, las estadísticas reflejan la existencia de un alto número de mujeres con un elevado nivel de cualificación profesional (un 60% de graduados universitarios en la Unión Europea son mujeres³) que no consiguen llegar a los referidos consejos. Esta situación no es justa para la situación personal y profesional de las propias mujeres, que son relegadas de puestos de dirección claves y ven truncado su derecho a la promoción y a la carrera profesional. Por otro lado, dicha situación limitante y discriminatoria puede repercutir negativamente en la producción de la empresa, la economía y la sociedad. Es comúnmente admitido que la presencia de mujeres en los consejos de administración (al igual que la diversidad humana, en general) puede aportar nuevos enfoques y sensibilidades para la gestión y la innovación empresarial y, por ello, a la larga, puede

³ Según la exposición de motivos de la Directiva (UE) 2022/2381, aquí analizada.

tener efectos positivos, como la mejora de la gobernanza empresarial, la eficacia en la toma de decisiones y el aumento del rendimiento del equipo⁴.

En este sentido, ya en marzo de 2010, la Comunicación de la Comisión titulada 'Estrategia Europa 2020' anima a afrontar los obstáculos que dificultan la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, cuyo nivel de empleo debería aumentar en todos los ámbitos, pasando del 69% (entonces existente) a, por lo menos, el 75%⁵. En esta misma línea, en marzo de 2011, el Consejo Europeo también reconoce -en las conclusiones sobre el 'Pacto Europeo por la igualdad de género' (2011-2020)- que las políticas de igualdad de género son esenciales para el crecimiento *económico*, la prosperidad y la competitividad, por lo que se insta a fomentar "la igualdad de la participación de mujeres y hombres en el proceso decisorio a todos los niveles y en todos los ámbitos", con el fin de aprovechar plenamente todas las capacidades y mejorar las perspectivas empresariales [anexo, letra f)]⁶. Desde este enfoque, la infrarrepresentación de las mujeres en los consejos de administración es una oportunidad perdida para la mejora de las economías de los Estados miembros⁷.

Actualmente, tras las graves crisis económicas y sociales de los últimos años, resulta más evidente que nunca que la diversidad y la inclusión de perfiles diferentes, en términos amplios, son valores que hay que promover en las empresas por su *utilidad económica y social*, dado que ayudan a la economía y resiliencia de la empresa. El hecho de que la UE insista tanto en esta idea de la utilidad económica del equilibrio de género en las empresas y, especialmente, en los consejos de administración, hace pensar que se intentan dar argumentos de peso (más allá de meros planteamientos ideológicos o estéticos) para convencer a los núcleos de poder más tradicionales de la necesidad de implementar estos cambios. Sin duda, la rentabilidad económica de una decisión en el ámbito directivo resulta fundamental para considerar esta.

Además, el equilibrio de género en los consejos de administración puede ser determinante para mejorar la situación general de la igualdad de género en la empresa.

⁴ Cfr. la exposición de motivos de la Directiva (UE) 2022/2381. Sin embargo, no faltan voces críticas con esta posición, que consideran que se acaba con un estereotipo de género abrazando otro (que la aportación de la mujer siempre es positiva). Así, véase HUERTA VIESCA, M^a I. (2013): "En torno a la Propuesta de Directiva comunitaria sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea, COM(2012) 614 Final, 2012/0299 (COD)", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, 228.

⁵ Comunicación de la Comisión de 3 marzo 2010 EUROPA 2020 "Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador".

⁶ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525(01)&from=ES)

⁷ Cfr. CABRERA-FERNÁNDEZ, A. I. (2016): *La participación de la mujer en los Consejos de Administración y su influencia en los resultados empresariales*. Tesis doctoral. Universidad de Jaén, pp. 51 y ss.

<https://ruja.ujaen.es/jspui/bitstream/10953/737/1/9788416819324.pdf>

Así, por ejemplo, dicho avance quizás sirva para atraer más talento femenino a la plantilla de la entidad, a la vez que para mejorar las condiciones de trabajo en esta (por ejemplo, eliminando la tradicional brecha salarial). En otras palabras, puede producirse un efecto positivo vertical descendente que revierta en la mejora de la presencia y del estatuto laboral de las trabajadoras en esa empresa e, incluso, un efecto horizontal, al actuar esta última como un modelo a seguir en su área de influencia.

Con todo, cabe reconocer que, a pesar de sus múltiples efectos positivos, la consecución de la igualdad efectiva en los órganos de poder entre las personas de diferente sexo, más allá de meras declaraciones programáticas, resulta muy difícil en la práctica. En efecto, en muchos países, aquella se enfrenta a fuertes resistencias ideológicas, estereotipos de género y dificultades culturales, sociales o políticas que impiden que el objetivo del equilibrio de género sea una realidad. La UE es consciente de estas dificultades y, para allanarlas, ha venido impulsando la adopción, por ella misma y por los Estados miembros, de diferentes medidas educativas en la materia, esto es, de información, formación y concienciación, a nivel general y específico (por ejemplo, en las escuelas de negocio y centros universitarios que forman en estudios de carácter empresarial); así como de medidas de estímulo económico para la implementación de buenas prácticas o de carácter legislativo para el apoyo de la discriminación o acción positiva.

Ciertamente, la UE ha animado a los Estados miembros a tomar las *medidas de acción positiva* que crean necesarias para lograr que las *personas del sexo menos representado* en un determinado ámbito progresen hacia una situación laboral de equilibrio con las personas del otro sexo⁸. Y ello desde el mismo Tratado fundacional de la Comunidad Europea (art. 141), actual Tratado de Funcionamiento de la UE (versión consolidada) (art. 157.4 TFUE)⁹, pasando por diferentes documentos e iniciativas posteriores hasta el momento presente. Así, por ejemplo, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de julio de 2011, sobre las mujeres y la dirección de las empresas, entra a fijar los porcentajes que se deberían alcanzar respecto de la representación femenina en los órganos de dirección de las empresas, situándose en un 30% para 2015 y en un 40% para 2020. A su vez, para el caso de que los Estados miembros o las empresas no siguiesen esas medidas de forma voluntaria, el Parlamento pide a la Comisión la

⁸ MONTESDEOCA SUÁREZ, A. (2023): “La situación actual de la mujer en los consejos de administración de las sociedades cotizadas: ¿desequilibrio, desigualdad o ceguera de género?”, *Revista de Trabajo y Seguridad social, CEF*, núm. 477, pp. 34 y ss.

⁹ También, Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 diciembre 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, y Recomendación 96/694/CE del Consejo, recomendando a los Estados miembros estimular al sector privado a que aumentasen la presencia de mujeres en todos los niveles de decisión, mediante planes de igualdad y acciones positivas.

adopción inmediata (para el año siguiente) de medidas legislativas efectivas, como la imposición de unas cuotas obligatorias. Con posterioridad, se seguirá insistiendo en esta petición¹⁰.

2. La fallida Propuesta de Directiva sobre equilibrio de género en los consejos de administración y su final aprobación

Tras los antecedentes recién apuntados, el año 2012 es particularmente importante en esta materia de la igualdad de género en los consejos de administración, pues, entre marzo y mayo de ese año, la Comisión celebra una consulta pública sobre la necesidad de adoptar medidas para incrementar dicha igualdad y, en caso afirmativo, sobre los diferentes aspectos de aquellas. Tras una respuesta mayoritariamente favorable a la acción legislativa, se presenta al Consejo la Propuesta de Directiva 2012/0299, destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines¹¹. En tal momento, solo el 17,6% de los cargos directivos no ejecutivos de las grandes empresas de la UE estaban ocupados por mujeres¹². Así, el objetivo de la Propuesta era conseguir elevar ese porcentaje para que el sexo menos representado ocupase, como mínimo, el 40% de esos puestos de miembros no ejecutivos en los consejos de administración. Ahora bien, se dejaba libertad a los Estados miembros para considerar alcanzado dicho objetivo cuando las empresas demostrasen que el sexo menos representado ocupaba, al menos, un tercio de todos los puestos de administrador, independientemente de que fuesen o no ejecutivos. En cualquier caso, los objetivos porcentuales -que no se establecían en términos obligatorios- debían lograrse antes del 1 de enero de 2020 e, incluso, previamente en las empresas públicas, a las que se les exigía un mayor esfuerzo de adaptación, al tener que cumplir con esos números con anterioridad al 1 de enero de 2018.

Como es fácil imaginar, tal Propuesta supuso un hito significativo en la lucha por la consecución efectiva de la igualdad de género en las grandes empresas europeas, pues, por primera vez, la UE pretendía aprobar una norma unificadora que estableciese reglas vinculantes para promover aquella en los núcleos de dirección y poder de las mencionadas empresas. Debido a ello, dicha Propuesta llega a ser calificada de “revolucionaria” o “intrépida”, al querer imponer una “idea absolutamente atrevida”, por lo

¹⁰ Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 13 marzo 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea (2011/2244 INI).

¹¹ Bruselas, 14 noviembre 2012. COM(2012) 614 final.

¹² En esa época, la proporción de mujeres en los consejos de las empresas de los diferentes países miembros variaba entre un 3% y un 28% de los administradores no ejecutivos y un 0% y un 21% de los administradores ejecutivos. Véase, exposición de motivos de la Propuesta de Directiva, 1. Contexto de la Propuesta, antecedentes.

que es recibida con fuertes críticas por parte de algunos Estados miembros y múltiples entidades y organizaciones sociales, económicas y políticas en el momento en que se plantea¹³.

Con todo, la unificación de criterios en esta materia resultaba necesaria debido a la diversidad de situaciones existentes en los Estados miembros. Así, por ejemplo, había países que carecían de regulación en aquella; y, entre los que la tenían, algunos establecían un objetivo de equilibrio de género vinculante, con sanciones, mientras que otros se limitaban a exigir a las empresas incumplidoras las explicaciones correspondientes. Por lo demás, el ámbito subjetivo de la normativa podía incluir todas las grandes empresas, o bien las estatales, o bien las cotizadas. En cuanto a los puestos, en unos casos solo afectaba a los administradores no ejecutivos; en otros, también se incluían los ejecutivos¹⁴. Esta misma variación subjetiva se va a apreciar entre la Propuesta y el texto definitivo de la Directiva, como se verá *infra*.

Tras la Propuesta de la Comisión Europea de 2012, el Parlamento Europeo adoptó su posición negociadora en 2013, apoyando el referido porcentaje del 40% para las mujeres en los consejos. Sin embargo, al debatirse la Propuesta en diferentes ocasiones (diciembre de 2014 y 2015) en el Consejo, este no llegó a acuerdo, por lo que se decide posponer el tema y seguir negociando. Así, la Propuesta estuvo bloqueada -debido a las fuertes resistencias a la misma- en el Consejo durante casi una década, a la espera de un clima social más propicio para esta materia. Este momento llega con la actual Comisión Europa de la presidenta Von der Leyen -cuyo mandato se inicia en diciembre 2019 y concluye en octubre 2024-, la cual retoma, con fuerza, la consecución de este objetivo del equilibrio de género. De este modo, los actuales ministros de Empleo y Asuntos Sociales acordaron desbloquear aquella y adoptar una posición común el 14 de marzo de 2022. Por su parte, el acuerdo político del Parlamento y del Consejo llegó poco después, el 7 de junio.

Este definitivo impulso resulta necesario, pues, según el *Instituto Europeo de la Igualdad de Género*, en 2021, el porcentaje de mujeres en los consejos de administración de las grandes sociedades cotizadas de la UE se situaba, de promedio, en el 30%, aunque la cifra oscilaba desde el 45,3% en Francia al 8,5% en Chipre. Además, repárese en que, a pesar de ese incremento, en 2022, menos del 10% de las principales empresas cotizadas de la UE estaban dirigidas por una presidenta o consejera-delegada¹⁵.

¹³ HUERTA VIESCA, M^a I., *op. cit.*, p. 220.

¹⁴ Exposición de motivos de la Propuesta, punto 1.

¹⁵ En 2022, España alcanza la 6^a posición en el *Índice Europeo de Igualdad de Género*, con una puntuación de 74,6 puntos sobre 100 (en el informe anual de dicho Instituto, relativo a 2020).

Con todo, como la Comisión Europea es consciente de las dificultades a las que se enfrenta el citado objetivo de género en muchos países, quiere dar ya ejemplo desde las propias *instituciones y organismos de la UE*. Así, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de marzo de 2020 (titulada “Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de género 2020-2025”) fija, como una prioridad de la UE, la consecución del equilibrio de género en la toma de decisiones de sus propios organismos políticos y administrativos. Según sus propias palabras¹⁶, las instituciones y organismos de la UE “no deben estar exentos de garantizar el equilibrio de género entre sus dirigentes” y la Comisión “dará ejemplo de ello”. Por lo tanto, aparte de en su propia composición paritaria, la Comisión se propone alcanzar un equilibrio de género del 50% en todos los niveles de mando, a más tardar a finales de 2024. Las medidas de apoyo incluirán programas de desarrollo de liderazgo. Asimismo, la Comisión aumentará los esfuerzos para conseguir una mayor proporción de mujeres en cargos de responsabilidad en las agencias de la UE y garantizará una representación equilibrada entre los ponentes de las conferencias que organice.

Además, para contribuir a romper “el techo de cristal”, la Comisión se compromete a otras medidas adicionales, como, por ejemplo: 1) a facilitar el intercambio de buenas prácticas que aborden el equilibrio de género en los consejos de administración y en los puestos directivos, aportando ejemplos de proyectos nacionales o regionales gestionados por las administraciones públicas, la sociedad civil o el sector privado. En este punto, la Plataforma de la UE sobre las Cartas de la Diversidad puede servir para dicho intercambio. Y 2) a seguir cooperando con proyectos a escala de la UE, como el Índice Europeo de Diversidad de Género.

La Comisión insiste en estos objetivos en su Comunicación de 5 de abril de 2022, titulada “Una nueva estrategia de recursos humanos para la Comisión”, en la que se compromete a garantizar la plena igualdad de género en todos sus niveles de gestión administrativa para 2024. De manera similar, el Parlamento Europeo también estableció objetivos parecidos para garantizar el equilibrio de género en sus puestos de dirección

Aunque España obtiene la mayor puntuación en ‘Salud’ (91,7), los mayores ascensos se producen en ‘Poder’ (80,6), con 23,4 puntos más que la media europea (57,2 puntos). La puntuación de este indicador representa un incremento de 3,7 puntos en un año, situando a nuestro país en tercera posición. Ello se debe al aumento de las mujeres en los consejos de administración de las empresas cotizadas o de los Bancos Centrales; si bien también aumentó su participación en Organismos Públicos de Investigación, en Corporaciones de radiodifusión pública y en Organismos olímpicos nacionales.

¹⁶ Objetivo 3. “Igualdad en los puestos de mando en todos los ámbitos de la sociedad” (p. 15).

para la misma fecha¹⁷ y el Consejo se comprometió a alcanzar dicho equilibrio entre los miembros de su Secretaría General para 2026¹⁸.

De manera especial, en ambas Comunicaciones de 2020 y 2022, la Comisión insiste en impulsar la aprobación definitiva de la ya comentada Propuesta de Directiva de 2012, relativa a la mejora del equilibrio de género en los consejos de administración. Ciertamente, cabe señalar que, salvo algunas excepciones, la mayoría de los Estados miembros de la UE no habían adoptado, en la última década (ni siquiera después de la mencionada Propuesta de Directiva), medida alguna para fomentar el referido equilibrio de género y otros únicamente habían impulsado la autorregulación empresarial, con el fin de intervenir lo menos posible y que fuese el empresario el que adoptase, voluntariamente, los compromisos que estimase convenientes en esta materia, lo que - como era de esperar- no ha dado resultados positivos.

Puesto que los análisis y proyecciones de futuro indican que la actuación de los Estados miembros, por sí sola, nunca va a ser suficiente para cambiar la situación de la desigualdad de género en los consejos de administración del ámbito europeo, la UE se decide a actuar más allá de las recomendaciones. Se estima que solo la aprobación de la citada Propuesta de Directiva específica puede cambiar, de modo significativo, el estado de las cosas. De esta manera, tal intervención legislativa de la UE aparece justificada por el principio de subsidiariedad frente a la inacción de los Estados miembros (art. 5.3 versión consolidada del TUE)¹⁹, al hallarse en un ámbito que no es de su exclusiva competencia. Con todo, la Unión puede tomar “medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones” de aquellas, lo que también se aplica a las políticas sociales (art. 5.2 y 3 versión consolidada del TFUE).

II. LA DIRECTIVA (UE) 2022/2381 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2022: CARACTERES GENERALES

Después de muchos avatares, el 7 de diciembre de 2022, el Diario Oficial de la Unión Europea publicó la importante Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los

¹⁷ En su Decisión de la Mesa de 13 de enero de 2020.

¹⁸ Véase su Estrategia de Diversidad e Inclusión (2021-2024).

¹⁹ Según dicho precepto, en tales ámbitos, y en virtud del mencionado principio, “la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas²⁰. Sin duda, se trata del paso más importante dado en la lucha por la consecución de la deseada igualdad de género en el mercado laboral y, especialmente, en los consejos de administración de las grandes empresas europeas.

Como principales rasgos de esta Directiva, cabe comentar los siguientes²¹:

1) *Su justificación: necesidad de una norma unificadora y vinculante.* Antes de la aprobación de la Directiva analizada (como ya se apuntaba en la Propuesta de 2012), la situación del equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas europeas era diferente en cada uno de los Estados miembros. Así, esta Directiva busca la unificación -aun con flexibilidad- de las normativas nacionales europeas de composición de los referidos consejos de las grandes empresas. Sin duda, se está ante un punto estratégico para la gobernanza y competitividad de aquellas, por lo que resulta importante evitar tanto la ausencia de criterios nacionales como la dispersión y divergencia de estos en el ámbito europeo. Tales situaciones suponen obstáculos reales para el logro de un verdadero mercado interior europeo, lo que se aprecia en el caso de empresas que operan en el espacio transfronterizo o realizan fusiones y adquisiciones de compañías de otros países, pues tienen que hacer frente a normas distintas para formar sus consejos de administración.

Esta Directiva 2022/2381 supone la aprobación, por primera vez, de una norma europea vinculante para los Estados miembros sobre el mencionado tema en el ámbito europeo, si bien, lógicamente, cualquier directiva exige el posterior trámite de la transposición al derecho interno. Se sigue, así, el ejemplo de países en los que el aumento de mujeres en los consejos se produjo tras el establecimiento de medidas legislativas vinculantes²², como sucedió en Finlandia, Noruega²³, Italia²⁴ o

²⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SAHAGÚN, M^a S. (2023): "Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas", *Revista de derecho de sociedades*, 2023, núm. 67, pp. 25 y ss.

²¹ Sobre aspectos generales, cfr. MELLA MÉNDEZ, L. (2023): "Rompiendo el techo de cristal en las sociedades cotizadas de la Unión Europea", *Revista Tripalium*, 2022, Vol. IV, núm. 3.

²² Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, I. y GÓMEZ ANSÓN, S. (2020): "Regulación de género en los consejos de administración: El papel moderador del entorno institucional", CNMV, Documentos de Trabajo, noviembre 2020, núm. 72, pp. 23 y ss.

²³ La *Equal Status Act* de 1978 fue modificada, en 1983, para imponer una representación femenina del 40% en los órganos políticos del Gobierno y en las diferentes comisiones de la Administración Pública. Ese mismo porcentaje se exigió en los consejos de administración de las empresas públicas con una ley de diciembre de 2003; y para las empresas privadas, la normativa entró en vigor el 1 de enero de 2006, si bien, a partir de ahí, aún se abrió un plazo de dos años para cumplir con el referido porcentaje (por lo que este fue una realidad en enero de 2008). El programa empresarial *Female Future* ayudó a formar a mujeres candidatas para esos puestos y

Francia²⁵. Según la exposición de motivos de la propia Directiva, “solo una medida vinculante a escala de la Unión puede contribuir, eficazmente, a garantizar unas condiciones de competencia equitativas en toda la Unión y evitar complicaciones prácticas para la vida empresarial”²⁶. Sin duda, una medida vinculante es más eficaz que una que no lo es para alcanzar los objetivos políticos perseguidos, a la vez que genera más beneficios económicos y sociales.

2) *Su finalidad general*. La finalidad general de esta Directiva es garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito empresarial, a través del logro de una representación de género equilibrada en los puestos de responsabilidad de las empresas. Para ello, se fijan unos requisitos de procedimiento para poder seleccionar, con transparencia y en función de sus méritos, a los candidatos interesados en desempeñar los mencionados puestos de administradores del consejo de administración. En palabras de la propia norma, el objetivo es conseguir “una representación más equilibrada de mujeres y hombres entre los administradores de las sociedades cotizadas”. Con tal fin, se establecen medidas -que el legislador europeo califica de “eficaces”- dirigidas a acelerar el progreso hacia el equilibrio de género, si bien, al mismo tiempo, se concede a las sociedades cotizadas “un plazo suficiente para adoptar las disposiciones necesarias a tal efecto” (art. 1 Directiva). Dichas medidas son reflejo de uno de los grandes valores de la UE, la igualdad de género en el ámbito laboral, y por ello, suponen una limitación aceptable a la libertad de empresa, en cuanto responden a objetivos de interés general y de protección de los derechos fundamentales.

3) Su enfoque *moderado y flexible*. Como se puede apreciar, el planteamiento

fue todo un éxito, quizás animado también por las fuertes sanciones previstas para las empresas incumplidoras, incluso con su disolución.

²⁴ Con la Ley de 2011 se impone la cuota de género obligatoria del 33% (a conseguir en 2015) en las empresas cotizadas y públicas. Como resultado, la presencia de mujeres en los consejos creció del 6% en 2011 al 34% en 2018.

²⁵ En Francia, la Ley núm. 2011-103, de 27 de enero de 2011, obligó a que, al menos, el 40% de los miembros del consejo de administración fueran mujeres. Esto generó la creciente feminización de ese órgano (se pasó del 26% en 2013 al 43,6% actual, en las 120 mayores sociedades que cotizan en bolsa), pero no de otros órganos directivos, como los comités ejecutivos y los comités de dirección (en 2019, estos contaban solamente con un 19% de mujeres).

Recientemente, la Ley de Promoción de la igualdad económica y profesional, de 16 de diciembre de 2022, trata de corregir esta situación de desigualdad, al establecer que las empresas con más de 1.000 empleados deben incluir un porcentaje mínimo de mujeres en sus órganos de dirección, que será del 30% y del 40%, para 2027 y 2030, respectivamente. A partir de ahí, las empresas aún dispondrán de un plazo adicional de dos años para cumplir el mencionado porcentaje, pudiendo ser sancionadas, en caso contrario.

²⁶ Considerando 24.

del legislador europeo se hace en términos de moderación y respeto hacia las empresas afectadas, quizás por tener claro que, en este tema, es importante concienciar y presionar con firmeza, pero también con mesura para evitar el efecto rebote de una crítica fácil al mencionado legislador sobre el carácter intervencionista de la norma. Como detalles de ese enfoque *moderado*, cabe destacar que:

a) La finalidad de la referida norma no es tanto la de introducir algo nuevo, que no existe o es desconocido, sino la de “acelerar” o impulsar la consecución de un ideal que ya está en proceso de consecución desde hace años, por lo que se trata de un tema social, político y legislativo conocido por todos y de previo debate público: el equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas.

b) La vía para la consecución de ese conocido objetivo no es la imposición absoluta de un criterio único, pues, por un lado, se está ante una Directiva que -por su propia naturaleza- permite una cierta flexibilidad a los Estados miembros a la hora de su trasposición interna. En efecto, el principio de proporcionalidad -que condiciona el de subsidiariedad- establecido en el art. 5.4 del TUE (versión consolidada) limita la acción de la Directiva a la fijación de objetivos y principios comunes generales, dejando a los Estados miembros libertad suficiente para determinar los detalles de su consecución, de acuerdo con las circunstancias nacionales, especialmente respecto de la contratación para puestos de administrador del consejo de administración. Por otro lado, la norma ofrece -como se verá- distintas alternativas a la hora de fijar el objetivo perseguido, lo que, además, incluye excepciones al mismo.

Y c) el grado de consecución del objetivo marcado ni siquiera se hace en términos de una igualdad exacta (50%), exigiendo una paridad absoluta de mujeres y hombres en los consejos de administración (algo que, quizás, todavía hoy puede resultar excesivo), sino que, con prudencia, se pide caminar hacia “una representación más equilibrada” (art. 1). Con mayor precisión, que el sexo menos representado alcance un porcentaje mínimo del 40% o del 33% de los puestos de administrador, según el caso, como se verá *infra*.

4) Su carácter *mínimo*. En conexión con la idea de moderación recién expuesta, la Directiva fija el objetivo cuantitativo para alcanzar (en cuanto al equilibrio de género en los consejos) y las medidas dispuestas para ello en términos de mínimos. En este sentido, aquella prevé, expresamente, que los Estados miembros podrán adoptar o, en su caso, mantener las disposiciones

nacionales que sean más favorables que las aquí previstas²⁷, por ejemplo, aumentando esos porcentajes mínimos de administradores del sexo menos representado (sin pasar del 49%). Asimismo, en su exposición de motivos, la Directiva anima a las sociedades cotizadas a que sean más ambiciosas en la materia de igualdad de género e implementen una política que vaya más allá de las referidas reglas, o sea, que contemple toda la estructura administrativa y de gestión de aquellas, incluyendo medidas relativas, por ejemplo, a programas de tutoría para orientar, específicamente, a las mujeres sobre las posibilidades de su carrera profesional o planes que favorezcan la contratación y promoción de todos los colectivos sociales²⁸. De igual manera, la citada norma europea prevé posibles mejoras nacionales en el terreno del ámbito subjetivo de aplicación, y hace una referencia a las pymes (inicialmente excluidas de dicho ámbito, como se verá *infra*) para animarlas a progresar en los objetivos de equilibrio de género en todos los niveles de dirección y administración, algo que también debería estar apoyado por los Estados miembros con la puesta en marcha de incentivos y políticas útiles²⁹.

5) *Su posible suspensión parcial antes de su entrada en vigor*. El legislador europeo prevé la posibilidad de que la Directiva aquí analizada pueda dejarse en suspenso en los Estados miembros de la UE que ya cuenten con medidas internas obligatorias y eficaces para conseguir el equilibrio de género en los consejos de administración (art. 12). En efecto, dicha Directiva se publicó con la posibilidad incorporada de que un Estado miembro pudiese pedir -de forma inmediata y antes de su entrada en vigor (el 27 de diciembre de 2022)- la suspensión de la aplicación de lo dispuesto en el art. 6 (medios para alcanzar los objetivos numéricos del art. 5.1) y, en su caso, en el art. 5.2 (fijación de objetivos cuantitativos individuales para mejorar la representación de los administradores ejecutivos) cuando aquel observase determinados requisitos, expuestos *infra*.

En virtud del principio de subsidiaridad que rige en el ámbito europeo, las reglas previstas en los citados preceptos de la mencionada Directiva podían quedar relegadas cuando aquellos Estados ya, *motu proprio*, hubiesen aprobado normas nacionales vinculantes que hubiesen propiciado -o estuviesen en proceso de propiciar- la consecución del referido equilibrio de género en las sociedades cotizadas. Algo que ha

²⁷ Art. 9 Directiva.

²⁸ Considerando 26.

²⁹ Considerando 50.

venido sucediendo especialmente en algunos países, al hilo de los debates y trabajos europeos de elaboración de la Propuesta de Directiva ahora examinada.

Más detalladamente, la referida suspensión de la normativa europea podía solicitarse cuando, a nivel nacional, se observase una de las siguientes situaciones alternativas: la primera, la consecución real y efectiva de unos porcentajes mínimos de presencia del sexo menos representado en los consejos de administración. Dichos porcentajes son los del 30% en los puestos de administrador no ejecutivo o el 25% en el total de puestos de administrador³⁰. Como se aprecia, aunque dichos porcentajes son inferiores a los requeridos por la Directiva (40% y 33%, respectivamente), lo que se valora es el hecho de haber tomado voluntariamente la iniciativa legislativa en esa materia, por lo que el legislador europeo permite esa flexibilidad.

La segunda situación para tener en cuenta es la de que el Derecho nacional de dicho Estado miembro cumpliera tres requisitos: a) que exigiese que los miembros del sexo menos representado ocupasen, como mínimo, esos mismos porcentajes; b) que contuviese medidas de ejecución efectivas, proporcionadas y disuasorias para el supuesto de incumplimiento de aquellos; y c) que demandase a las sociedades cotizadas excluidas de la aplicación de dicha normativa nacional que fijasen objetivos cuantitativos individuales para todos los puestos de administrador.

A efectos de verificar la corrección de la suspensión de la aplicación nacional de la Directiva, el Estado miembro solicitante debía comunicar, de forma inmediata, toda la información y documentación pertinente a la Comisión europea, para su posterior control³¹. Ahora bien, además, se establece una cautela importante *ad futurum*: a partir del momento en que dejen de observarse las condiciones nacionales que hayan propiciado la mencionada suspensión, la normativa europea debe volver a aplicarse en un período máximo de seis meses³². De este modo, en estos supuestos suspensivos, hay que estar muy vigilantes para evitar posibles situaciones fraudulentas de aprobación inicial de una normativa nacional con el fin de evitar la aplicación de la Directiva, sin que, después, exista voluntad alguna de cumplir aquella.

Y 6) *su naturaleza temporal*. La referida Directiva nace con una vigencia temporal, hasta que se logre un progreso duradero en la composición (de género) equilibrada de los consejos de administración. La fecha de expiración de la vigencia de aquella está prevista para el 31 de diciembre de 2038, salvo que entonces se decida prorrogarla, bien en los términos actuales o en otros modificados (art. 13). Esta limitación temporal está

³⁰ En tales casos, el número real de puestos de administrador será el más próximo a la proporción del 30% o del 25%, según el caso.

³¹ Art. 11.2 Directiva.

³² Art. 12.3 Directiva.

relacionada con el ya mencionado principio de proporcionalidad, según el que “el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados” (art. 5.4 TUE).

III. LA SITUACIÓN DEL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN ESPAÑA

1. En los consejos de administración de las sociedades cotizadas

En cuanto a la situación de las mujeres españolas en los consejos de administración de empresas de nuestro país, cabe decir que, actualmente, aquella es parcialmente positiva, pues ha ido mejorando poco a poco como reflejo de los cambios normativos y sociales que se han venido efectuando en esta misma dirección durante los últimos años, quizás inspirados por los conocidos trabajos de preparación de la Directiva analizada durante la última década. Con todo, todavía estamos lejos de cumplir los objetivos de dicha norma.

Una primera referencia legislativa importante es el art. 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³³, dedicado a la “participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles”. Según el primer párrafo de dicho precepto, “las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley”. La introducción de este artículo obedece a la necesidad de impulsar un cambio en la alarmante situación previa de desigualdad existente en los consejos de administración de las sociedades anónimas cotizadas y otras grandes empresas españolas (las que optaban por formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada), pues la presencia de mujeres se situaba -entonces- entre el 3% y el 4%. Dados tales porcentajes, cabe imaginar las fuertes resistencias sociales y empresariales frente a cualquier imposición dirigida a aumentar aquellos, alegando, por ejemplo, el derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE). De hecho, el informe previo del Consejo de Estado defendía la libertad de los accionistas de las sociedades mercantiles para conformar los órganos de gobierno, sin posibilidad de imponer imperativamente cuotas de mujeres en estos. Y, en esta línea, el dictamen del Consejo Económico y Social aconsejaba

³³ El art. 54 establecía una obligación de respetar el principio de presencia equilibrada de ambos sexos en el ámbito de la Administración General del Estado y organismos públicos dependientes, así como en la empresa pública.

introducir excepciones a la regla de la representación equilibrada, que debería carecer de porcentajes y plazo de ejecución³⁴.

Para sortear tales resistencias, el legislador de 2007 actúa con cautela y prudencia. Así, en primer lugar, la medida introducida para mejorar el equilibrio de género tiene unos objetivos limitados, pues: 1) solo se aplica a determinadas empresas (las mercantiles de capital: SA, SRL y la comanditaria por acciones) y a determinados directivos: los miembros del consejo de administración, quedando fuera los puestos de alta dirección³⁵ que están por encima de aquel, algo que ahora trata de corregir la norma española de trasposición de la Directiva (véase apartado IV); 2) los límites cuantitativos de la presencia equilibrada de las personas de cada sexo se entienden flexibles, entre un mínimo del 40% y un máximo del 60%³⁶, conforme a los criterios consolidados del derecho comparado para determinar si existe discriminación por sexo. Y 3) se refuerza la elección basada en la capacidad y profesionalidad de los candidatos, tal y como se indicaba en la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica. Como se puede apreciar, estas precisiones son seguidas por la Directiva europea, tanto en el texto de su propuesta como en el final.

En segundo lugar, el mencionado art. 75 LO 3/2007 se redacta en términos muy genéricos y a modo de mera recomendación, sin obligatoriedad alguna para las empresas. Así, se establece que estas “procurarán” incluir más mujeres en los consejos, sin mayor detalle y sin sanción alguna. Por lo tanto, los procedimientos y pormenores de tal inclusión quedan a lo decidido por la empresa y, en caso de pasividad al respecto, no se establece sanción alguna³⁷. De hecho, esta previsión se hace en el marco de la responsabilidad social de las empresas, cuyas acciones son voluntarias³⁸. Ahora bien, la ausencia de una sanción específica no quiere decir que la inobservancia de la recomendación no pueda tener consecuencias negativas, sobre todo cuando aquella se concreta en una determinada medida que, después, se incumple.

³⁴ Cfr. ELÓSEGUI ITXASO, M^a y LOUSADA AROCHENA, J. F. (2007): “La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 86, 13-14.

³⁵ Se considera alta dirección, a efectos del Informe de gobierno corporativo, a aquellos directivos que tengan dependencia directa del consejo o del primer ejecutivo de la compañía y, en todo caso, el auditor interno. CNMV, https://www.cnmv.es/Portal/Publicaciones/Consejeras_Directivas.aspx

³⁶ Disposición adicional 1^a Ley Orgánica citada.

³⁷ Esto es objeto de crítica por MARTÍN GUARDADO, S. (2022): *El acceso de la mujer a las altas esferas en las relaciones de producción. Un reto del Estado social y democrático de Derecho*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 7 (resumen publicado).

³⁸ El Título VII, en el que se incluye el citado precepto, se titula “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”. Cfr. EMBID IRUJO, M. (2008): *Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en AAVV: “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Madrid, 325.

Repárese en que las acciones de responsabilidad social, destinadas a promover la igualdad entre las mujeres y los hombres en la empresa, pueden ser concertadas con la representación de las personas trabajadoras, las organizaciones de consumidores y usuarios, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los Organismos de Igualdad (art. 73 Ley citada). De ser el caso, la falta de cumplimiento de lo pactado puede conllevar diferentes efectos negativos para la empresa, aparte de la imposibilidad de acceder a ayudas y contratos públicos.

En tercer lugar, la recomendación legal comentada no es de aplicación inmediata y general. En efecto, por un lado, aquella solo se debía tener en cuenta para los nombramientos que se realizasen tras la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica y a medida que fuese venciendo el mandato de los consejeros designados con anterioridad (párrafo segundo, art. 75). Y, de otro, se preveía un largo plazo de ocho años, desde el inicio de la vigencia de la Ley, para cumplir con la recomendación en cuestión. Pasado ese período, la recomendación seguía activa, si cabe, con mayor trascendencia, dados los importantes avances que se han venido produciendo en esta materia en nuestro país.

Respecto de la legislación mercantil, cabe mencionar el art. 529 bis del Texto refundido de la Ley de sociedades de capital³⁹, el cual, tras exigir (en su núm. 1) que los miembros del consejo de administración sean personas físicas⁴⁰, establece (en su núm. 2, modificado en 2018) que dicho consejo “deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad respecto a cuestiones como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres”⁴¹. Sin embargo, esta disposición no va acompañada de sanción alguna ante su incumplimiento, por lo que no existe una verdadera obligación.

Junto a la recomendación de la LO 3/2007, cabe citar, también, la incluida en el denominado “Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas”, aprobado, en su origen, el 22 de mayo de 2006, por la CNMV. En efecto, la

³⁹ Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

⁴⁰ Esta modificación fue introducida por el art. 3.21 Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Véase, también, la disposición transitoria primera, núm. 4 de dicha Ley.

⁴¹ Este núm. 2 fue modificado por el art. 2.8 Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. Esta modificación es de aplicación para los ejercicios económicos posteriores al 1 de enero de 2018, según establece la disposición transitoria de la citada Ley.

recomendación 15 de dicho Código apuesta -en esta primera versión- por la consecución de la igualdad de género en las sociedades cotizadas, como muestra de la responsabilidad social de estas. Así, se invita a las sociedades con escasa presencia femenina a que analicen las causas de esta y, a partir de ahí, que hagan un esfuerzo deliberado por buscar posibles candidatas (con el perfil profesional adecuado) para cubrir las vacantes que surjan en los consejos, lo que implica la adopción de medidas de acción positiva. Además, las sociedades deben revisar los procesos de selección con el fin de detectar y, en su caso, eliminar los posibles sesgos implícitos que puedan perjudicar la selección final de aquellas aspirantes.

La versión de 2015 (de nuevo, revisada en junio de 2020) de dicho Código comienza estableciendo que el consejo de administración debe tener la dimensión precisa (entre 5 y 15 miembros; ya internos o ejecutivos, ya externos: dominicales, independientes y otros externos) para facilitar “su eficaz funcionamiento, la participación de todos los consejeros y la agilidad en la toma de decisiones”. Adicionalmente, la política de selección de consejeros debe promover “la diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género en su composición”. De este modo, se recomienda a las sociedades -siguiendo lo dispuesto en la legislación mercantil modificada en 2018 (*supra*)- que expliciten su compromiso con una composición diversa del consejo de administración desde la fase inicial de selección de posibles candidatos, a la vez que se adopte una política de promoción de la diversidad que fomente el incremento de las mujeres altas directivas (principio 10 y recomendación 14). Este objetivo de incrementar el número de mujeres trabajadoras se situó, para 2020, en el 30% y, en la posterior revisión de dicho texto de junio de ese mismo año, aquel se elevó, para finales de 2022, hasta “el 40% de los miembros del consejo de administración” y, de ahí en adelante (manteniéndose, hasta entonces, el citado 30%) (recomendación 15, párrafo segundo, del Código).

El resultado de la aplicación de las normas recién expuestas (con su sistema de cuotas blandas, a través de recomendaciones y sin sanciones) no ha sido suficiente para conseguir aumentar -hasta el nivel recomendado- la presencia de mujeres en los consejos de administración⁴². En efecto, aun cuando las sociedades cotizadas deben explicar las causas del incumplimiento (total o parcial) de las recomendaciones de cuotas (‘principio de cumple o explica’, de origen anglosajón), dichas explicaciones solo pueden ser valoradas por los accionistas e inversores para su toma de decisiones. No cabe que la CNMV adopte resoluciones negativas o perjudiciales contra esas empresas incumplidoras, dado el carácter estrictamente voluntario de las mencionadas recomendaciones. Ahora bien, esto se entiende sin perjuicio de las competencias y

⁴² Véase el Informe *Diversidad de Género en los Consejos: el caso de España tras la Ley de Igualdad* publicado por investigadores de FEDEA en 2018.

facultades de seguimiento atribuidas a la CNMV por la legislación mercantil, a cuyo tenor esta podrá exigir que se corrijan las omisiones o datos engañosos o erróneos que consten en el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas⁴³.

Desde el punto de vista de los datos reales, se puede constatar una progresiva tendencia al alza durante los últimos años en el cumplimiento de los porcentajes marcados para el logro del objetivo del equilibrio de género en las empresas españolas. Teniendo en cuenta las cifras de 2022, la CNMV informa⁴⁴ de varios aspectos positivos: 1) el 95% de los consejos de administración de las sociedades cotizadas cuenta con presencia femenina, lo que supone un incremento de 0,8 puntos porcentuales respecto a 2021. 2) Al igual que en ejercicios anteriores, todas las sociedades del selectivo Ibex 35 tienen presencia femenina en sus consejos; y 3) el porcentaje medio de mujeres en los consejos y de consejos con presencia femenina aumentó 8,5 y 4,4 puntos porcentuales, respectivamente, en los últimos 3 años.

Con todo, a pesar de esa tendencia favorable, todavía no se alcanzan los porcentajes de representación femenina previstos ni en el Código unificado de buen gobierno ni en la Directiva. En efecto, en 2022, la representación de las mujeres en las grandes sociedades cotizadas españolas supone, en los consejos de administración, el 31,87% (total 385) y, en la alta dirección, el 21,73% (total 218)⁴⁵. Centrándonos en la capitalización bursátil de las empresas, cabe destacar que el porcentaje de las mujeres en los consejos alcanza: 1) el 37,56%, en las sociedades del IBEX 35; 2) el 32,23%, en las que tienen más de 500 millones de euros de capitalización bursátil; y 3) el 26,22%, en las que poseen menos de esa cantidad. Como se aprecia, a mayor capitalización, mayor cumplimiento del equilibrio de género, lo que puede estar relacionado con una mayor cultura empresarial, respetuosa con los valores de la igualdad y la no discriminación, así

⁴³ Conforme a lo dispuesto en la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, “las sociedades cotizadas, en su informe anual de gobierno corporativo, deberán indicar el grado de seguimiento de cada una de las recomendaciones del Código unificado de buen gobierno, señalando si las siguen total o parcialmente y, en caso de no seguimiento o seguimiento parcial, explicando sus motivos, de manera que los accionistas, los inversores y el mercado en general, cuenten con suficiente información para valorar el proceder de la sociedad”.

⁴⁴ Informe “Presencia de mujeres en el consejo de administración y en la alta dirección” (2022) https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Consejerasydirectivas_2022.pdf

⁴⁵ Según el *Estudio de remuneraciones de las sociedades cotizadas 2022*, elaborado por KPMG, las cifras de consejeras exactas suponen el 31,4% en empresas del IBEX y el 21,2% en el resto de las empresas del mercado continuo. Véase, SAN NICOLÁS, M.: *La UE aprueba la Directiva llamada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas*. <https://www.tendencias.kpmg.es/2022/12> Sin embargo, según datos del propio Gobierno, en el momento de presentación (2023) del Anteproyecto de ley de paridad que se analiza en este trabajo, la presencia de mujeres en los consejos se sitúa en el 29,3% (357 consejeras de un total de 1.220) y se limita al 19,6% en el caso de la alta dirección (excluidas las altas directivas consejeras).

como con la necesidad de cuidar la imagen social y corporativa de la empresa en el mercado.

Si se comparan los puestos de carácter ejecutivo (presidente ejecutivo y consejeros ejecutivo y delegado) con los de carácter no ejecutivo (presidente no ejecutivo y consejeros independiente y dominical), se observa que las mujeres tienen una mayor representación en estos últimos. Así, por ejemplo, la representación femenina en la comisión ejecutiva (16,2%) fue inferior a la que las mujeres tenían en el consejo (31,87%), si bien en la comisión de nombramientos y en la de auditoría fue superior (35,1% y 39,4%, respectivamente). Estos datos evidencian la importancia de que la mujer acceda a esos puestos ejecutivos (los de mayor responsabilidad y retribución) en igualdad de condiciones que los hombres, para que la igualdad no solo sea formal, sino también material y real⁴⁶.

Una causa de la no observancia de los porcentajes marcados como objetivo puede ser que el 25,6% de las sociedades cotizadas carezca de una política interna con medidas específicas para fomentar el incremento del número de mujeres en los puestos de poder, especialmente en el colectivo de las altas directivas. Esta práctica, que se incluyó en la revisión parcial del Código de 2020, se considera una de las medidas más eficaces para reforzar, a largo plazo, la diversidad de género en los consejos de administración⁴⁷. De hecho, a medida que las empresas comienzan a poner en marcha esas políticas internas, se aprecia una progresiva tendencia al alza en el acercamiento a los objetivos porcentuales marcados. Estas políticas consisten en la implementación de programas específicos, con medidas de acción positiva, para promover la atracción, fidelización y promoción del talento femenino en las distintas etapas de la carrera profesional de las mujeres.

Dada su amplia variedad, los citados programas pueden clasificarse con base en los siguientes criterios:

- 1) Su ámbito subjetivo, pues unos programas se dirigen a toda la plantilla femenina, con el objetivo de incrementar la formación y el talento del mayor número posible de trabajadoras y, después, identificar las que tengan cierto potencial profesional; y otros, se dirigen solo a ciertos colectivos de trabajadoras, como las que ya tienen alto potencial para llegar a puestos de máxima

⁴⁶ Según MARTÍN GUARDADO, S., en los consejos de administración son evidentes los roles de género, pues las mujeres se integran más en las comisiones de auditoría y control y los hombres en puestos técnicos, que determinan la estrategia empresarial (*op. cit.*, p. 10).

⁴⁷ Cfr. CNMV: *Informes de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas*. Ejercicio 2022, p. 95: "el grado de seguimiento de la recomendación 15 fue bajo, 31 puntos porcentuales menos que la media" de las otras recomendaciones del Código.

https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/IAGC_2022.pdf

responsabilidad o, por el contrario, las que pueden tener especiales dificultades para progresar y promocionar sin ayuda (por ejemplo, las mujeres extranjeras, con discapacidad o responsabilidades familiares).

2) Su ámbito objetivo o, en otros términos, las áreas temáticas sobre las que inciden las medidas adoptadas, que coinciden con los diferentes momentos de la relación laboral. Dichas áreas suelen ser las de selección y contratación de personal, la formación y la promoción. En cada una de ellas, se trata de revisar los procedimientos existentes para detectar posibles sesgos de género, aun implícitos, y sustituirlos por otras reglas neutras o, de ser necesario, de acción positiva para favorecer a las trabajadoras del sexo femenino. Más detalladamente, se trata de poner atención a las normas que regulan las ofertas de trabajo, las bolsas de empleo, las listas de espera, la contratación efectiva, el acceso a la formación especializada y de calidad con perspectiva de género o, en fin, los ascensos y los premios en la entidad.

3) Su ámbito material, o sea, las medidas a adoptar para apoyar a las mujeres en su promoción en la empresa. Estas medidas de acción positiva pueden consistir, entre otras, en: a) la aplicación general de la regla de que, a igualdad de méritos profesionales para acceder a un puesto, se elige la persona del sexo menos representado; b) la constitución de un grupo de trabajo interno para estudiar los déficits de igualdad en la empresa, especialmente en los puestos directivos, e impulsar la adopción de buenas prácticas para superar aquellos; c) los programas de *coaching* o *mentoring* para pre-directivas o mujeres jóvenes con talento; d) la formación específica para mujeres con potencial directivo, por ejemplo, con un curso o máster gratuito en el extranjero o en escuelas de negocios de prestigio, para instruirse en liderazgo y capacidades directivas; y e) las campañas para visibilizar y poner en valor el talento femenino en la empresa, destacando los logros singulares de las mujeres referentes de la compañía, para que, a su vez, sirvan de inspiración a otras.

Todas estas medidas pueden negociarse autónomamente o incluirse -lo que parece más adecuado, dada su finalidad- en los planes de igualdad de la empresa⁴⁸. En todo caso, la transposición de la Directiva comentada al ordenamiento español puede y debe aprovecharse para realizar el último y definitivo esfuerzo para mejorar el equilibrio de

⁴⁸ Véanse los planes de igualdad de diversas empresas en el interesante trabajo de MONTESDEOCA SUÁREZ, A. (2023), *op. cit.*, pp. 45 y ss.

género en los consejos de administración y en la alta dirección de las empresas, rompiendo el techo de cristal que separa a las mujeres de los puestos de poder.

2. Sobre la ambiciosa norma española de transposición de la Directiva analizada

Ante la obligación de trasponer al derecho interno la Directiva europea analizada, el 7 de marzo de 2023, el Gobierno aprobó el ambicioso ‘Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión’⁴⁹, sin precedentes en España. Tras quedar suspendida -en mayo- su tramitación (por la convocatoria de elecciones generales para el 23 de junio), el Consejo de Ministros revalidó -el 5 de diciembre de 2023- la aprobación (con ligeros cambios en su denominación y contenido) del referido texto, como ‘Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres’⁵⁰, popularmente conocida esta como la ‘Ley de paridad’.

La exposición de motivos de esta norma comienza recordando que distintos organismos internacionales, como el Consejo de Europa, la OCDE, la ONU y la Agenda 2030 exigen la igualdad formal y material de las personas de ambos sexos. En concreto, el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 5 establece, como una de sus metas, el asegurar “la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública” (Objetivo 5.5). Además, el Consejo de Europa viene exigiendo -desde la Recomendación (2003)3 del Comité de Ministros- una participación equilibrada de ambos sexos en la toma de decisiones políticas y públicas, lo que se identifica -por primera vez- con una tasa mínima de participación de cada uno de aquellos del 40%. Y, por supuesto, este principio de igualdad está presente en el ámbito de la UE y en su Directiva aquí comentada.

El objetivo general de esta futura nueva Ley Orgánica no es tanto conseguir siempre la paridad absoluta (y en sentido estricto: al 50%), sino garantizar que la representación de cada sexo alcance un mínimo del 40% -frente al 60% del otro- en cada uno de los centros de poder que se indican. Dichos porcentajes ya hace tiempo que fueron avalados por el Tribunal Constitucional, como se verá a continuación.

Según el texto del citado Proyecto de Ley -y con la cautela que ello requiere-, se prevé que dicha nueva LO incluya varios hitos que afectarán a todos los ámbitos de la sociedad, desde la política a la economía, y a diferentes leyes en vigor. Así, dicha

⁴⁹<https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20representaci%C3%B3n%20paritaria%20de%20mujeres%20y%20hombres%20en%20%C3%B3rganos%20de%20decisi%C3%B3n.pdf>

⁵⁰ BOCG (Congreso de los Diputados) de 15 de diciembre de 2023, proyecto núm. 121/000001.

reforma prevé aplicarse, con generosidad, en muy diferentes sectores, como, por ejemplo, en todos los procesos electorales, esto es, en las elecciones generales de diputados al Congreso, autonómicas, municipales y en la elección de los miembros de los consejos y cabildos insulares y diputados al Parlamento Europeo; e, incluso, a las candidaturas para el Senado agrupadas en listas. En este caso, se quiere modificar el actual art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, que ya dispone que las candidaturas que se presenten para las elecciones indicadas deben tener “una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que, en el conjunto de la lista, los candidatos de cada uno de los sexos supongan, como mínimo, el 40%” (núm. 1). Como se aprecia, dicho precepto apuesta por la comentada regla porcentual (40-60%) de equilibrio entre los sexos, la cual ya fue introducida -con carácter vinculante- por la disposición adicional segunda de la citada LO 3/2007.

Conocido es el conflicto que, en su momento, se suscitó a raíz de la mencionada reforma, al anularse una lista electoral que el Partido Popular presentó a las elecciones municipales de Tenerife. La razón de dicha anulación fue su composición exclusiva por 16 mujeres, sin respetarse el mínimo del 40% de personas del otro sexo.

Planteado recurso de inconstitucionalidad por el citado Partido, así como una cuestión de inconstitucionalidad de un Juzgado de Tenerife, el Pleno del Tribunal Constitucional dictaminó sobre el caso (por mayoría y con un voto particular en contra) en su Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008⁵¹. Por un lado, aquel se pronuncia sobre la inadmisibilidad de una lista integrada por personas de un único sexo, en el caso, solo de mujeres, pues, aunque la LO 3/2007 “no impide la existencia de formaciones políticas que defiendan la primacía de personas de un determinado sexo”, o que propugnen postulados que cabría calificar de “machistas o feministas”, resulta necesario que a la hora de defender esas tesis, accediendo a los cargos públicos electivos, “se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo”. El art. 9.2 CE impide la presentación de “candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres”. En otras palabras, “un ideario feminista radical no puede ser constitucionalmente prohibido, pero no puede sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal ni a las normas para hacer efectiva la igualdad material”.

De otro lado, el TC considera que la participación equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales no favorece ni perjudica a ninguno de ambos sexos, y tampoco supone una discriminación compensatoria para la mujer. Por lo tanto, no hay

⁵¹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2000): *Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español*, en el volumen “Mujer y Constitución en España”, Madrid, 394 y ss. Véase, también, la STC 13/2009, de 19 enero.

discriminación alguna, sino equilibrio entre sexos. Sin duda, estos argumentos de constitucionalidad deben tenerse presentes ante las dudas que puedan surgir a la hora de aplicar la regla porcentual 40-60% en los diferentes ámbitos previstos -comentados a continuación- en el Proyecto de Ley ahora reseñado.

Con todo, la proyectada reforma de los procesos electorales que impulsa el mencionado Proyecto de Ley español va más allá de esa regla porcentual, pues trata de implantar las denominadas “listas cremallera”, que se integran “por personas de uno y otro sexo, ordenados de forma alternativa”, lo que, aun sin indicar porcentajes, debe llevar, automáticamente, a la paridad absoluta (al 50%), al menos cuando el número de puestos a cubrir sea par. Por cierto, el TC también ha tenido ocasión de pronunciarse ya sobre la constitucionalidad de las listas cremallera, al resolver un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía. Según la STC 40/2011, de 31 de marzo de 2011, estas listas suponen un paso más en la consecución de la igualdad real efectiva entre hombres y mujeres respecto de la fórmula porcentual anterior, pues, con ellas, “no solo se logra un equilibrio pleno en las listas, sino que se garantiza que el mismo también tendrá reflejo, de forma mucho más directa, en la relación de personas electas y en su representación en los órganos públicos representativos”.

Aparte de en los procesos electorales, cabe señalar -aun sin ánimo de exhaustividad- que el citado Proyecto de Ley pretende extender el equilibrio de género -concretado en la fórmula 40-60%- a otros ámbitos de poder, como: 1) a la composición de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, como el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, el Ministerio Fiscal, el Tribunal de Cuentas y el Poder Judicial⁵²; 2) a la composición del propio Gobierno (Consejo de Ministros: vicepresidentes y ministros), con independencia de quien gobierne en el futuro (en la actualidad, el Gobierno ya es totalmente paritario, pues tiene 8 ministras y 11 ministros y 3 vicepresidentas)⁵³; 3) a los órganos superiores y directivos de la Administración, como las secretarías de Estado y las direcciones generales; y a los organismos autónomos, las agencias, las empresas públicas, las fundaciones, y personas con contratos de alta dirección⁵⁴; 4) a las juntas de

⁵² Se prevén reformas de las Leyes Orgánicas 2/79, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional; 3/1980, de 22 abril, del Consejo de Estado; 2/1982, de 12 mayo, del Tribunal de Cuentas, y 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; así como de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁵³ Se prevé la introducción de un nuevo apartado 2 bis en el art. 12 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

⁵⁴ Se señala la futura modificación de la Ley 40/2015, de 1 octubre, de régimen jurídico del sector público.

gobierno de los Consejos Generales y los colegios profesionales⁵⁵; 5) a los jurados, tribunales u órganos colegiados que se constituyan para otorgar premios o condecoraciones financiados o concedidos por organismos y representantes del sector público⁵⁶, y, por supuesto, 6) a los consejos de administración de las grandes empresas cotizadas, tal y como exige la Directiva aquí estudiada. Sobre este último punto, se profundiza en el siguiente apartado.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL EQUILIBRIO DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE LAS SOCIEDADES EUROPEAS

Una vez presentados la Directiva 2022/2381 y el Proyecto de Ley español de transposición de esta, a continuación, procede abordar los aspectos centrales de su régimen jurídico en orden a la consecución del citado objetivo del equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades europeas y españolas. El análisis simultáneo de ambos textos permitirá valorar el grado de avance de la futura norma española, respecto de la Directiva europea.

1. El ámbito de aplicación empresarial y personal

La mencionada Directiva 2022/2381 se dirige a impulsar el equilibrio de género en la composición de los consejos de administración de unas empresas muy concretas: las sociedades cotizadas en mercados de valores, tal y como aparecen definidas -por razones de seguridad jurídica- en el art. 3.1 de la propia Directiva. Así, más detalladamente, se trata de sociedades que tienen el domicilio social en un Estado miembro y sus acciones se admiten a negociación en el mercado regulado de ese e, incluso, otros Estados miembros, tal y como indica el art. 4.1, punto 21, Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (refundición)⁵⁷. El Estado competente para trasponer la Directiva y exigir medidas a la sociedad cotizada es aquel en que esta tenga su domicilio social.

⁵⁵ Se modifica la Ley 2/1974, de 13 febrero, sobre colegios profesionales.

⁵⁶ Disposición adicional primera del citado Proyecto de Ley.

⁵⁷ Según dicho precepto, el “mercado regulado” es un “sistema multilateral, operado o gestionado por un organismo rector del mercado, que reúne o brinda la posibilidad de reunir —dentro del sistema y según sus normas no discrecionales— los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación conforme a sus normas o sistemas, y que está autorizado y funciona de forma regular de conformidad con el título III de la presente Directiva”.

Como se aprecia, se trata de grandes sociedades que tienen una clara relevancia económica y social, lo que justifica que estén sometidas a una normativa ejemplar, también en materia de igualdad de género. Sin duda, las políticas que se implementen en estas sociedades servirán como modelo a seguir por otras empresas de su área de influencia. Además, muchas de esas sociedades tienen carácter público, en sentido estricto, lo que refuerza ese influjo en el sector privado, a la vez que facilita al Estado miembro la implementación en la misma de los criterios de la presente Directiva en aras del interés público⁵⁸. A diferencia del texto actual, la Propuesta de Directiva de 2012 definía la empresa pública como aquella en la que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, “una influencia dominante” debido a la propiedad, la participación financiera o las normas que le son aplicables. Así, esta influencia dominante se presume cuando el Estado u otra Administración pública disponga de la mayoría del capital social o de los votos correspondientes al mismo, de manera que pueda elegir a la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección o control de la empresa⁵⁹.

Desde el punto de vista negativo, fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva quedan las pymes⁶⁰, esto es, las microempresas y las pequeñas y medianas empresas que empleen a menos de 250 personas y tengan un volumen de negocios anual no superior a 50 millones de euros o un balance anual total no superior a 43 millones de euros. En el caso de pymes con domicilio social en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro⁶¹, se estará, lógicamente, a “los importes equivalentes en la moneda de ese Estado miembro” (art. 3.8 Directiva). Quizás esta exclusión parta de la idea de que el exigir estas medidas a las pymes pueda suponerles una carga burocrática excesiva; sin embargo, no resulta adecuado aceptar que pueda haber ámbitos empresariales tan vastos ajenos a la aplicación de la normativa de equilibrio de género. Repárese en que, en algunos países, como el nuestro, ese tipo de empresas es mayoritaria.

Con todo, el citado Proyecto de Ley español de transposición de la Directiva, aun sin mencionarlas, también deja fuera de la exigencia del equilibrio de género a las pymes, incluyendo, sin embargo, a todas las sociedades cotizadas, así como a todas las

⁵⁸ Considerandos 27 y 36 de la exposición de motivos.

⁵⁹ Art. 2.9) texto de la Propuesta, que seguía el art. 2 Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. También, en España, art. 2.1 Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

⁶⁰ Art. 2 Directiva.

⁶¹ Dinamarca, Suecia, Bulgaria, Rumanía, Polonia, Hungría y República Checa.

entidades (aun no cotizadas) que sean consideradas de interés público⁶². En efecto, el apartado tres, del artículo noveno del referido Proyecto introduce una nueva disposición adicional decimosexta al Texto refundido de la Ley de sociedades de capital⁶³ para extender la exigencia del equilibrio de género del art. 529 bis (apartados tres y siguientes) -prevista para las sociedades cotizadas- a las entidades de interés público que cumplan los siguientes requisitos: 1) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250 trabajadores, y 2) que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50 millones de euros o el total de las partidas de activo sea superior a 43 millones. La mencionada exigencia debe observarse a partir del año siguiente al del cumplimiento de esos requisitos. De este modo, el objetivo de la futura norma española se prevé más ambicioso que el de la Directiva, al extender el equilibrio de género a las entidades de naturaleza e importancia pública por el tipo de su actividad, tamaño o número de empleados.

Centrándonos en las sociedades cotizadas, ya se ha apuntado que la Directiva focaliza el equilibrio de género, de manera principal, en un concreto *ámbito personal* de aquellas: los miembros de los consejos de administración. Como es sabido, la estructura de estos órganos de administración (dedicados a la gestión, dirección o control de una sociedad cotizada) puede ser monista o dualista. En el primer caso, existe un único consejo que ejerce las funciones de gestión y control de la sociedad; en el segundo, estas funciones se atribuyen a distintos consejos⁶⁴. Ahora bien, también hay sistemas mixtos, que combinan las características de los dos anteriores.

Por lo que se refiere al concepto de “administrador”, este incluye todo miembro de los mencionados consejos, esto es, los ejecutivos y los no ejecutivos, con independencia de que tengan o no la condición adicional de representantes de los trabajadores. Con mayor precisión, el *administrador ejecutivo* es un miembro del consejo de administración cuya función consiste, bien en intervenir en la gestión corriente, bien en ejercer funciones de gestión (no de control) de la sociedad cotizada, según el carácter monista o dualista del citado consejo, respectivamente. Por su parte, el *administrador no ejecutivo* es un miembro del consejo que, simplemente, no tiene la condición de ejecutivo y, por lo tanto, no puede ejercer las funciones de gestión típicas del mismo, limitándose a las de control cuando el sistema de administración es dualista⁶⁵. Dado que algunos administradores no ejecutivos son también representantes de los trabajadores, los Estados miembros deben asegurarse de que se respetan las normas específicas internas sobre la elección de tales

⁶² Cfr. art. 3.5 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de auditoría de cuentas.

⁶³ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

⁶⁴ Art. 3.6) y 7) Directiva.

⁶⁵ Art. 3.4) y 5) Directiva.

representantes⁶⁶. En tal sentido, la exposición de motivos de la Directiva apunta a la posibilidad de que, en estos casos, los objetivos cuantitativos previstos en la Directiva para el equilibrio de género se apliquen, por separado, a los representantes de los accionistas y a los de los trabajadores⁶⁷.

Esta Directiva se aplica a todos los consejos y a todos los administradores aquí mencionados, si bien, para el segundo grupo, los porcentajes de igualdad de género exigidos varían en función del tipo de administrador ante el que se esté, como se verá en el siguiente apartado.

La manera de incluir a los administradores *ejecutivos* en el texto final de la Directiva es muy diferente a como se hacía en la Propuesta de 2012, lo que refleja - indirectamente- distintos planteamientos en los debates sobre la función e importancia estratégica de ambos colectivos. Para empezar, el título del art. 4 de la Propuesta era selectivo, al centrarse solo en un grupo (“Objetivos relativos a los administradores no ejecutivos”). A partir de ahí, el apartado 1 de dicho precepto establecía el porcentaje a alcanzar (el 40%) solo para ese colectivo, y los apartados siguientes (2, 3, 4, 5 y 6) añadían reglas sobre las medidas a aplicar para lograr aquel.

Así, *a priori*, las medidas vinculantes parecían referirse solo a los administradores no ejecutivos. De hecho, la exposición de motivos de la Propuesta mencionaba dicha limitación y la explicaba. Según aquella, esa reducción buscaba lograr “un equilibrio adecuado” entre, por un lado, la necesidad de aumentar la diversidad de género en los consejos y, por otra, la necesidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de las empresas, que corresponde a los administradores ejecutivos. Dado que estos deben tener conocimientos específicos y experiencia en la gestión diaria de la empresa, se renunciaba a establecer objetivos de representación obligatorios para ellos, con el fin de intervenir lo menos posible. En consecuencia, se entendía correcto centrar la atención solo en los administradores no ejecutivos, pues, dado su “papel esencial en los nombramientos al más alto nivel directivo y en la configuración de la política de recursos humanos de la empresa”, se pensaba que “una mayor presencia del género menos representado entre los administradores no ejecutivos” podía tener “un efecto dominó positivo para la diversidad de género en toda la escala profesional”⁶⁸.

Con todo, los estudios previos a la citada Propuesta habían contemplado diversas opciones de regulación en la materia, y algunas de ellas ya se habían referido a la

⁶⁶ Por ejemplo, en España, el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

⁶⁷ Considerando 33.

⁶⁸ Apartado 1. Objeto de la Propuesta.

necesidad de alcanzar un porcentaje mínimo de representación en el colectivo de todos los administradores, bien sin especificar el tipo de estos, bien distinguiendo entre los administradores ejecutivos y los no ejecutivos. Por ello, tras establecer el objetivo vinculante para los administradores no ejecutivos, casi por sorpresa, el art. 4 termina con un apartado 7, que incluye a los administradores no ejecutivos. Así, se prevé que “los Estados miembros podrán disponer que se considerará que se ha alcanzado el objetivo establecido en el apartado 1 cuando las empresas cotizadas puedan mostrar que los miembros del género menos representado ocupan, al menos, un tercio de todos los puestos de administrador, independientemente de que sean o no ejecutivos”. En otras palabras, los Estados miembros podían, bien exigir a las sociedades cotizadas la consecución del 40% de puestos del sexo menos representado en el consejo (aplicando determinadas medidas en la selección), bien considerar ya alcanzado ese objetivo cuando la empresa demostrase que los miembros del mencionado sexo ocupaban, como mínimo, ese tercio en todos los puestos de administrador. Ahora bien, desde una perspectiva formal, la presentación de esos objetivos no se hacía desde una situación de igualdad, sino que, primero, se presentaba el (principal) objetivo numérico a conseguir, y, finalmente, se indicaba que, en ciertos casos, se podía entender sustituido por otro similar.

Por lo demás, el art. 5.1 de la Propuesta señalaba que los Estados miembros debían asegurarse de que las empresas cotizadas asumiesen “compromisos individuales en relación con la representación equilibrada de ambos géneros entre los administradores ejecutivos”, a alcanzar en los plazos máximos generales (el 1 de enero de 2020, o antes del 1 de enero de 2018 cuando las empresas eran públicas)⁶⁹. Este precepto parece que iba dirigido a acordar medidas adicionales para el referido colectivo cuando la empresa solo estuviese sujeta al porcentaje del 40% para los administradores no ejecutivos.

La actual Directiva redacta de manera diferente y con mayor claridad los objetivos numéricos a conseguir para ambos colectivos, presentándolos, desde un primer momento, como objetivos de igual valor y elección alternativa para las sociedades cotizadas.

De otro lado, como una mejora importante, el mencionado Proyecto de Ley español prevé una ampliación del ámbito personal de aplicación de la regla del equilibrio de género, pues, aparte de a los administradores del consejo, se extenderá a los sujetos de la alta dirección. Así, por un lado, respecto de las sociedades cotizadas, se señala que estas “deberán velar por que la alta dirección tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un cuarenta por ciento de personas del sexo menos

⁶⁹ Exposición de motivos de la Propuesta, punto 2, evaluación del impacto.

representado” (nuevo núm. 8 del art. 529 bis de la Ley de sociedades de capital). Por otro lado, en relación con las entidades de interés público, esa regla también se aplicará a los miembros del consejo y a la alta dirección. Con todo, para esas entidades, se aprecia una mayor flexibilidad, al preverse la aplicación gradual de aquella, y en diferente grado de exigencia para uno y otro colectivo, como se verá en el apartado siguiente.

De esta manera, al incluir a los altos directivos (que no forman parte del consejo de administración), el legislador español quiere ir más allá del ámbito subjetivo fijado en la LO 3/2007 y en la propia Directiva que se traspone y se conecta con esa idea más ambiciosa de extender el equilibrio de género a todos los ámbitos y niveles de la dirección de las empresas. Repárese en que la presencia de las mujeres en los puestos de alta dirección resulta estratégica, en la medida en que las plazas de administrador se suelen nutrir de candidatos que han pasado por aquellos, y ya han ocupado posiciones de responsabilidad y alta dirección en la empresa.

Con todo, surge una duda sobre la exigibilidad de esta obligación y su verdadera naturaleza como tal, pues la propia exposición de motivos del Proyecto de Ley (apartado VI) señala que se configura como “una obligación de cumplir o explicar”, lo que parece indicar que se está ante una especie de recomendación, como sucedía con la citada LO 3/2007.

2. Los objetivos numéricos a conseguir

La Directiva 2022/2381 analizada exige que los Estados miembros garanticen que las sociedades cotizadas nacionales cumplan uno u otro de los siguientes objetivos cuantitativos de representación mínima en los consejos de administración de aquellas, respecto de los miembros del sexo menos representado. Resulta evidente que estos miembros son, generalmente, mujeres, aunque el término neutro intencionadamente usado (“miembros”) permite la aplicación de la referida regla también a los hombres, cuando proceda.

Dichos objetivos -a conseguir de manera alternativa o excluyente, según las circunstancias concurrentes- son los siguientes: 1) que aquellos miembros ocupen, como mínimo, el 40% de los puestos de administrador no ejecutivo, o 2) que aquellos ocupen, como mínimo, el 33% del total de puestos de administrador (ejecutivo y no ejecutivo)⁷⁰. Como se aprecia, cuando se cuenta con puestos de gestión (de carácter ejecutivo), el porcentaje a alcanzar es inferior, con lo que el dato cuantitativo cede en favor del cualitativo, o, si se quiere, la relevancia de la función desarrollada pesa más que el número de puestos ocupados en el consejo. Con todo, ambos porcentajes se sitúan

⁷⁰ Art. 5.1 Directiva.

entre la denominada 'masa crítica' mínima del 30% -considerada necesaria para producir un impacto duradero en la actuación de los consejos- y la plena paridad de género, representada por el 50%.

No caben excepciones a la aplicación de los mencionados porcentajes en función de la escasez de miembros en la plantilla del sexo menos representado. En efecto, como novedad del texto definitivo de la Directiva respecto del provisional de la Propuesta de 2012, ahora se elimina la posible excepción entonces contemplada en la exigencia de esos porcentajes cuando los miembros del sexo menos representado en la sociedad cotizada no llegaban al 10% de la plantilla⁷¹. Aunque dicha excepción podría partir de la consideración lógica de que la escasez de personas de un colectivo en la empresa puede dificultar la elección de candidatos adecuados dentro del mismo para el consejo, no cabe aceptar, por sus perversos efectos, tal planteamiento. De hecho, tal salvedad supondría, por un lado, que la escasez de mujeres en la plantilla se perpetuase en el consejo, aceptando como buena la segunda brecha; y, por otro, que no se impulsasen medidas de incorporación de miembros del sexo menos representado a las plantillas.

Como se deduce del texto de la Directiva, el equilibrio de género se intenta garantizar con un dato objetivo y neutro, esto es, un número o porcentaje mínimo para alcanzar, pero sin interferir en la elección de las personas concretas. En este sentido, la Directiva no se entromete en quiénes pueden ser o no adecuados para ocupar esos puestos, por lo que no hay exclusiones ni imposiciones previas de ciertos candidatos, en función de sus circunstancias personales (v. gr., nacionalidad) o sociales (por ejemplo, etnia social). La libertad última para elegir a las personas definitivas, de forma nominativa, se reserva intacta para los sujetos u órganos a los que corresponda tal tarea. Dicha elección debe hacerse conforme a unos criterios objetivos de competencia profesional, como se indicará en el siguiente apartado. Con todo, no cabe dejar de mencionar que el problema puede surgir cuando los candidatos mejor preparados conforme a los criterios exigidos no sean los del sexo menos representado, a los que haya que elegir para observar el porcentaje mínimo de equilibrio de género.

Con el fin de aportar seguridad jurídica, el anexo de la Directiva contiene una tabla con el dígito mínimo exacto de administradores del sexo menos representado que, según el número de puestos en el consejo de administración (hasta 30), corresponde designar para cumplir con los objetivos porcentuales indicados. Así, por un lado, el número mínimo será siempre 1, cuando el consejo tenga, al menos, 3 o 4 puestos (con 1 o 2, no se aplica porcentaje alguno) y, a partir de ahí, se irá subiendo de manera progresiva hasta los referidos guarismos máximos. Y, por otro lado, el número máximo de

⁷¹ Art. 4.6 de la Propuesta. El juego de dicha excepción dependía de la voluntad de los Estados miembros.

administradores que hay que nombrar para un consejo de 30 puestos⁷² puede llegar a 10 o 12, según el porcentaje a alcanzar sea del 33% o 40%, respectivamente.

Además, a la hora de hacer el cálculo, hay dos reglas para tener en cuenta: una, el número de administradores para nombrar no siempre puede ser el reflejo exacto de aplicar los porcentajes de referencia (33% o 40%); en tales casos, será la cifra más próxima -por arriba o por abajo- a la proporción de los porcentajes indicados. Como ejemplo de esta matización, el número de administradores que corresponde designar puede llegar a equivaler -como mínimo- a un porcentaje del 25%, cuando se elige 1 administrador para un consejo de 4 puestos (usando cualquiera de los dos porcentajes de referencia). Y, en sentido contrario, el número en cuestión puede suponer -como máximo- un porcentaje del 44,4% (cuando toca nombrar 4 administradores, por tener el consejo 9 puestos y tratarse del porcentaje del 40%).

En conexión con lo recién expuesto, la otra regla legal que juega aquí es la de que el porcentaje de referencia nunca puede ser superior al 49%, o sea, el 50% o más. Esta limitación máxima evidencia que la Directiva nunca va a exigir la paridad entre hombres y mujeres en el consejo de administración, y como ya se expuso, nunca se va a alcanzar al aplicar los mencionados ajustes porcentuales de carácter técnico dirigidos a poder concretar los números exactos de administradores (según lo dispuesto en el anexo). A pesar del carácter imperativo de la Directiva a la hora de fijar este máximo, no parece que se establezcan sanciones para el caso de que un Estado miembro lo incumpla -superándolo-, pues aquellas solo se refieren a la vulneración de lo dispuesto en el art. 5, núm. 2, Directiva, pero no al núm. 3, en el que se incluye aquella matización porcentual máxima (*véase infra*). Además, un porcentaje superior al 49% podría entenderse como una mejora de la Directiva por la normativa de un Estado miembro, según lo dispuesto en el art. 9 de aquella.

Por lo demás, en el caso de las sociedades que no queden sujetas al segundo objetivo cuantitativo mencionado por la Directiva (alcanzar el 33% de todos los administradores, incluido los ejecutivos), los Estados miembros deben asegurarse ("garantizarán") de que aquellas entidades fijan y cumplen otros objetivos cuantitativos individuales con la misma finalidad de mejorar el equilibrio de género en el grupo específico de los administradores ejecutivos⁷³, esto es, los encargados de las tareas de gestión corriente de la sociedad. Con todo, existe una gran indeterminación sobre cuáles serán esos porcentajes individuales para alcanzar en el grupo de los administradores ejecutivos. Dado que son sociedades que optan por cumplir con el porcentaje del 40%

⁷² El mismo resultado se aplica cuando hay 29 puestos en el consejo de administración.

⁷³ Art. 5.2 Directiva.

en el grupo de los no ejecutivos, parece que aquel otro porcentaje será inferior al 33%, pues, en caso contrario, se estarían exigiendo los dos porcentajes al mismo tiempo.

De otro lado, el Proyecto de Ley de la futura norma española de transposición de la Directiva sigue, solo parcialmente, la regulación de los objetivos numéricos fijados en esta para el equilibrio de género. Según el nuevo número 3 del art. 529 bis del Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, las sociedades cotizadas deberán garantizar “que el consejo de administración tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un cuarenta por ciento (40%) de personas del sexo menos representado”. En cuanto al porcentaje, el legislador español sí plantea la representación equilibrada de ambos sexos en los mismos términos que la citada Directiva, esto es, se sigue la regla clásica del 40-60%, sin que aquel modifique esta última exigiendo un porcentaje superior, por ejemplo, al 50%, como se vio que hace en los procesos electorales (III.2). Ahora bien, repárese en que la norma española se aleja del modelo de la Directiva: 1) al no limitar dicho porcentaje a los puestos de administrador no ejecutivo, o 2) al no ofrecer la posibilidad de otro porcentaje alternativo (el 33% u otro) para todo tipo de administradores (ejecutivos y no ejecutivos). Así las cosas, la futura norma española es, por un lado, más escueta y general, al no precisar el tipo de administradores sobre los que se aplica el porcentaje indicado, y, por otro, más ambiciosa, pues esa indefinición hace pensar que el porcentaje se aplica a todos aquellos.

En coherencia, nuevamente, con lo dispuesto en la Directiva sobre la dificultad de que, a veces, el número de administradores refleje con exactitud el porcentaje del 40%, el mencionado precepto español añade que “el número total de consejeros que se considerará mínimo necesario para alcanzar” aquel objetivo deberá ser “el porcentaje más cercano al cuarenta por ciento (40%), sin que pueda superar, en ningún caso, el porcentaje del cuarenta y nueve (49%) por ciento de miembros del consejo de administración”.

Como novedad importante, reflejo de la voluntad real del legislador español de que las sociedades cotizadas mantengan la paridad en sus consejos siempre, y no solo en un momento inicial, se prevén normas para la cobertura de las vacantes imprevistas conforme a los criterios del equilibrio de género. De este modo, cuando se produzca una vacante anticipada en el consejo de administración (con pérdida del citado equilibrio), bien por causas no imputables al administrador (por ejemplo, por su fallecimiento u “otras circunstancias sobrevenidas”, como la pérdida de su capacidad de obrar o una inhabilitación legal), bien por causas imputables a aquel (renuncia voluntaria al puesto), la sociedad debe alcanzar, de nuevo, dicho porcentaje del 40% al nombrar al siguiente consejero o consejera por cooptación, *ex art. 529 decies*, apartado dos. La idea es que el

equilibrio de género se recupere, de forma definitiva, en la primera junta general de accionistas celebrada después de la vacante.

Por lo demás, para las entidades de interés público (a las que se les aplica el equilibrio de género como mejora respecto de la Directiva), el legislador español se muestra más flexible y prevé que aquél se alcance con el porcentaje del 33% del sexo menos representado en el consejo de administración y con el 40% en la alta dirección. Esa flexibilidad se aprecia, también, en la fecha de entrada en vigor, como se verá *infra* (6).

3. Las medidas a adoptar para alcanzar los citados objetivos

Con el fin de conseguir el equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas, en los porcentajes indicados, la Directiva analizada exige a los Estados miembros la adopción de diversas actuaciones en el terreno de la acción positiva. Esas actuaciones se configuran como requisitos vinculantes de carácter mínimo, por lo que aquellos Estados deben respetarlos y, a partir de ahí, pueden mejorarlos. En este sentido, puede decirse que, con estas medidas, la norma europea sigue acotando el objetivo o resultado a alcanzar, pues, no solo se trata de lograr unos determinados porcentajes de representatividad de cada uno de los sexos, sino de hacerlo de una determinada manera, con un concreto procedimiento y unas pautas que se deben respetar y, a partir de ahí, desarrollar por los Estados miembros⁷⁴. Si, tradicionalmente, la Directiva marca un objetivo que los Estados deben alcanzar, poniendo los medios que consideren oportunos, aquí los medios también vienen indicados, al menos, en términos generales. Solo los detalles de estos corresponden a los Estados miembros.

Entrando en el análisis de estas medidas, cabe señalar que, en un primer momento, las sociedades cotizadas (que no cumplan todavía con la regla del equilibrio de género) deben ajustar o introducir ciertos criterios en el proceso de selección de los candidatos, a efectos de nombramiento o elección para puestos de administrador. En este sentido, la Directiva exige que dichos candidatos sean escogidos “sobre la base de una apreciación comparativa de la capacitación de cada” uno de ellos (art. 6.1), por lo que la selección debe centrarse, sustancialmente, en las capacidades de los candidatos (evaluados individualmente) y realizarse, formalmente, siguiendo el método comparativo entre todos aquellos. Esta primera idea resulta lógica, adecuada y positiva.

⁷⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2023): “La UE no ha impuesto ni puede imponer la paridad en los Consejos de Administración”, *Revista El Cronista*, edición de 13 marzo. Iustel.com.

Más detalladamente, para ser justa y aceptable, dicha comparación debe someterse a unos criterios *objetivos* caracterizados, en primer lugar, por su formulación clara y precisa, esto es, sin claroscuros ni ambigüedades, con el fin de aportar seguridad jurídica al proceso; y por su contenido neutral, o sea, ajustado a parámetros de igualdad y no discriminación. Como muestra aclaratoria, la propia exposición de motivos de la Directiva⁷⁵ orienta sobre algunos criterios que podrían cumplir estos requisitos, como los de la experiencia profesional en funciones de dirección o gestión; la trayectoria internacional; la capacidad de liderazgo, de innovación o de trabajo y resolución de situaciones complejas; la capacidad para el *networking*; la colaboración con equipos interdisciplinarios o la especialización en ciertos ámbitos temáticos. A estos ejemplos, se podrían sumar otros similares, como el dominio de lenguas extranjeras, por lo que existe flexibilidad en este punto, siendo lo importante que todos esos criterios estén justificados y relacionados con méritos necesarios para el desempeño de las exigentes funciones profesionales de los consejeros.

En segundo lugar, dichos criterios deben aplicarse a lo largo de “todo el proceso de selección, incluidas las fases de preparación de los anuncios de vacantes, de preselección, de preparación de la lista restringida y de la creación de grupos de selección de candidatos”⁷⁶. La referencia a estas distintas posibilidades refleja la multiplicidad de situaciones que pueden darse en las empresas de los Estados miembros a la hora de elegir a los candidatos de los consejos de administración. La idea de la Directiva es abarcarlas todas, con el fin de evitar “puertas falsas” de acceso o vías de entrada al consejo que escapen, fraudulentamente, de la aplicación de aquella. Así, esa apreciación comparativa de los candidatos debe darse en todas las etapas del proceso selectivo y no solo en la final, pues, para entonces, ya se puede haber vulnerado el espíritu de la Directiva, al apartar a ciertas mujeres en orden a favorecer a determinados hombres.

Y, en tercer lugar, la fijación de los referidos criterios debe ser anterior al inicio del proceso de selección, con el fin de aportar seguridad jurídica, esto es, que todos los interesados puedan conocerlos y que no sean cambiados durante el proceso de selección con la finalidad de favorecer o perjudicar a algún candidato⁷⁷.

Respecto de este primer momento, el Proyecto de Ley español de transposición de la Directiva no innova mucho, cuando exige a la sociedad cotizada (que no alcance el equilibrio de género) un ajuste de su proceso de selección de las personas candidatas al consejo de administración. Así, se reproduce la exigencia de que dicho procedimiento

⁷⁵ Considerando 39.

⁷⁶ Artículo citado de la Directiva.

⁷⁷ Artículo citado de la Directiva.

permita la apreciación comparativa de las competencias y capacidades de cada persona candidata, conforme a unos criterios claros, neutrales en su formulación y no ambiguos, y sin discriminación a lo largo de todas las fases de selección (reproduciendo las mismas de la Directiva). Asimismo, se requiere que los criterios se fijen antes del inicio del proceso de selección (nuevo art. 529 bis. 4 Ley de sociedades de capital).

Para el caso particular de que el proceso de selección de los mencionados candidatos se efectúe mediante una votación de los accionistas, los trabajadores o sus organizaciones representativas, la sociedad cotizada debe informar -previa y adecuadamente- a estos de los requisitos que deben observar, conforme a lo dispuesto en la presente Directiva o en la normativa nacional de desarrollo (en España no se prevé nada al respecto), así como de las sanciones que su incumplimiento puede suponer para la misma⁷⁸. De este modo, la sociedad tiene la responsabilidad de hacerse cargo del cumplimiento de estas normas de selección con independencia de a quién o a cuál colectivo relacionado con la misma corresponda efectuar aquella.

La exigencia de unos criterios (previos y transparentes) de selección de los candidatos a puestos de administrador, con base exclusiva en sus aptitudes y competencias profesionales y al margen de consideraciones de género o sexo, pretende acabar con la situación hasta entonces existente, en la que la opacidad de los procesos de selección y los criterios que los rigen perjudica tanto a aquellos como a los inversores. Así, por un lado, ante el mencionado desconocimiento, muchos candidatos -especialmente del género femenino- ya no tienen posibilidad de presentarse a un puesto, con la consiguiente lesión para sus derechos de promoción a la carrera profesional e, incluso, de libre circulación en el ámbito europeo. Por otro lado, los inversores también pueden rechazar o limitar sus estrategias de inversión en la empresa, pues la ausencia de la relevante información sobre las reglas de acceso a los puestos de los consejos de administración les impide hacer un pronóstico fundamentado sobre el posible devenir de la compañía⁷⁹.

En un segundo momento, respecto de los aspirantes que “estén igualmente capacitados” -en cuanto a su “aptitud, competencia y prestaciones profesionales”-, la norma europea prevé que los Estados miembros deben garantizar que las empresas den “preferencia al candidato del sexo menos representado” en el consejo de administración⁸⁰. Como es evidente, la Directiva aplica, aquí, una conocida medida de acción positiva para apoyar la igualdad de las personas menos representadas en un determinado ámbito: ‘a igualdad de condiciones, protección del sexo infrarrepresentado’.

⁷⁸ Art. 6.5 Directiva.

⁷⁹ Véase la exposición de motivos de la Directiva analizada, considerando 23.

⁸⁰ Art. 6.2 Directiva.

En efecto, esa medida ha venido siendo aceptada tanto por el Tribunal Superior de Justicia de la UE⁸¹ como por otros tribunales nacionales desde hace tiempo, cuando concurren los siguientes criterios: 1) las medidas deben referirse a un sector en el que las mujeres estén menos representadas; 2) la prioridad de las candidatas femeninas solo cabe cuando estas tengan la misma cualificación que los candidatos masculinos; y 3) esa prioridad no es automática e incondicional, pues debe incluirse una cláusula de salvaguardia con posibles excepciones.

A la vista de esta doctrina jurisprudencial, la Directiva analizada también establece aquí la preferencia del sexo menos representado como una regla general que admite *excepciones*. En efecto, el juego de aquella regla no es automático ni incondicional, por lo que aparece limitado por una cláusula de salvaguardia para atender ciertas salvedades basadas en las circunstancias personales de los candidatos. Así, la preferencia del sexo infrarrepresentado puede ceder ante la existencia de “motivos de rango jurídico superior”, por ejemplo, el favorecer otras políticas de diversidad más amplias (como personas de una determinada etnia o grupo social minoritario) aplicables en la empresa o el sector y que siguen imponiendo la elección del candidato del sexo más representado en el consejo. Sea como fuere, estas excepciones deben valorarse restrictivamente, y, por ello, se exige que los hechos fácticos en los que aquellas se basen se aprecien de manera objetiva y que se tenga en cuenta la situación específica del candidato del sexo más representado, basada en criterios no discriminatorios, que hagan que la decisión final favorezca a este último, a pesar de disfrutar ya de mayor presencia en el consejo de administración⁸².

Volviendo al Proyecto de Ley español, en esta segunda fase tampoco se aprecia novedad relevante, pues se reitera la regla de que, a igualdad de capacitación de las personas candidatas, debe darse preferencia a la del sexo menos representado. Las posibles excepciones a esta regla general se basan en los criterios ya apuntados por la Directiva.

En un tercer momento, las sociedades cotizadas tienen el deber de informar, previa solicitud, a todo candidato que se haya presentado al proceso de selección para el puesto de administrador sobre los detalles de este. En tal sentido, la información debe versar sobre: a) los criterios de capacitación tenidos en cuenta para la selección, que, *a priori*, deberían ser los mismos que los anunciados antes del inicio del procedimiento selectivo y, además, deberían reunir los requisitos ya indicados; y b) la apreciación

⁸¹ Cfr., por ejemplo, SSTJUE de 17 octubre 1995 (caso Kalanke/Bremen, C-450/93), 11 noviembre 1997 (caso Marschall/Land Nordrhein-Westfalen, C409/95) o 28 marzo 2000 (caso Badeck y otros, C-158/97).

⁸² Art. 6.2 Directiva.

comparativa objetiva de los candidatos con arreglo a esos criterios, esto es, el método objetivo de comparación seguido por la comisión de selección para valorar los currículos e idoneidad de los distintos candidatos, así como los resultados alcanzados. De existir, también se debería informar de los distintos cálculos, análisis o pruebas realizadas para comparar objetivamente los méritos y capacidades de los diferentes interesados.

Adicionalmente, c), en el caso más delicado y polémico de que la selección se haya hecho aplicando la posible excepción legal a la regla general, y se haya elegido a un candidato que pertenezca al sexo ya más representado en el consejo de administración (rechazando al del sexo menos representado, a pesar de estar igualmente capacitado), la empresa también debe explicar al solicitante de información [además de los datos recién apuntados en las letras a) y b)] las razones específicas que llevaron a tomar tal decisión. Sin duda, dichas razones también deben ser objetivas, claras y estar bien fundamentadas, pues si el citado solicitante no está de acuerdo con la procedencia de la excepción puede convertirse en un demandante por la vía judicial frente a la empresa y, en este supuesto, la Directiva le vuelve a conceder una garantía o trato especial a aquel, como se verá a continuación.

Repárese en que esta obligación empresarial de información tan detallada puede llegar a chocar con el derecho a la privacidad de los candidatos y a la protección de datos de carácter personal; sin embargo, la propia Directiva entiende que se está ante una restricción proporcional y justificada por un interés general superior, como es el de la no discriminación y el equilibrio de género, y, por lo tanto, debe aplicarse para informar con toda exhaustividad sobre lo sucedido en el proceso de selección, evitando la indefensión jurídica⁸³.

Al igual que en las fases anteriores, el Proyecto de Ley español es conservador con lo dispuesto en la Directiva en este punto, reproduciendo su contenido casi literalmente.

En un cuarto momento, cuando un candidato no seleccionado sea del sexo menos representado y alegue “hechos” ante un tribunal (u otro órgano nacional competente para conocer de esta reclamación) “que permitan presumir” que aquel tenía igual capacitación que el candidato del otro sexo que resultó seleccionado, corresponde a la sociedad cotizada demostrar la corrección de la elección y, por tanto, que no se ha vulnerado el sentido del art. 6.2 de la Directiva⁸⁴. De nuevo, se está ante otra garantía de protección ya conocida en el ordenamiento español: la inversión de la carga de la prueba para el demandado, en supuestos relacionados con la vulneración de derechos fundamentales. En el caso aquí analizado, al demandante no seleccionado del sexo menos representado

⁸³ Exposición de motivos, considerando 43.

⁸⁴ Art. 6.4 Directiva.

le basta con acreditar con hechos -o, más bien, con las pruebas correspondientes (por ejemplo, documentales)- la igualdad en el nivel de capacitación profesional con el otro candidato elegido, sin tener que probar indicios de discriminación o conducta sospechosa de vulneración de derechos fundamentales para que se invierta la carga de la prueba de la no discriminación o de la corrección de la elección hacia los correspondientes órganos de la sociedad cotizada. Ciertamente, se insiste en ello, el candidato no elegido se limita a probar la premisa principal de la norma -la igualdad en la capacitación-, y, a partir de ahí, es la sociedad cotizada la que tiene que justificar por qué no aplica la regla general prevista para tal situación (la elección del candidato infrarrepresentado), es decir, la sospecha de ilegalidad debe deshacerse por la parte demandada (aquella sociedad), probando que se está ante la excepción permitida por la Directiva a la referida regla.

A pesar de que la regla recién expuesta resulta favorable al candidato no seleccionado que actúa como demandante en un determinado procedimiento de reclamación o impugnación de la decisión empresarial (que selecciona a otro aspirante), el párrafo segundo del art. 6.4 de la Directiva admite, expresamente, cualquier otro régimen probatorio de carácter nacional que pueda ser más favorable para aquel. En su caso, esa mayor favorabilidad para el demandante puede venir determinada, quizás, por la eliminación de cualquier carga probatoria en relación con la capacitación profesional que se ostenta. Con todo, sobre este aspecto, el Proyecto de Ley español se limita a seguir las directrices marcadas por la Directiva y no introduce aspectos nuevos.

4. Las obligaciones informativas de las sociedades cotizadas y los Estados miembros a nivel interno

A efectos de garantizar la máxima transparencia y control en el cumplimiento de los objetivos y medidas fijados por la Directiva analizada, los Estados miembros deben exigir a las sociedades cotizadas de su territorio que proporcionen información sobre la situación interna de este tema a *las autoridades competentes* de que se trate en cada caso (art. 7). Una de estas autoridades puede ser el propio órgano que el Estado miembro haya designado como responsable de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo del equilibrio de género en los consejos de administración⁸⁵, el cual, a su vez, puede coincidir con el órgano de fomento de la igualdad que ya se haya constituido en dicho Estado con anterioridad, al hilo de lo dispuesto en el art. 20 de la Directiva

⁸⁵ Art. 10 Directiva.

2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006⁸⁶. Según la disposición adicional tercera, del Proyecto de Ley de transposición de la Directiva que se está analizando, en nuestro país, dichos organismos son la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Instituto de las Mujeres, O.A., según se trate de analizar y apoyar el equilibrio de género en las sociedades cotizadas o en las entidades de interés público, respectivamente.

En relación con dicha obligación informativa, cabe tener en cuenta los siguientes aspectos de contenido y forma. En cuanto al contenido, la información debe versar sobre el estado del equilibrio de género en los consejos de administración, aportando datos numéricos específicos y desglosados sobre los administradores ejecutivos y no ejecutivos, así como acerca de las medidas adoptadas para conseguir los objetivos porcentuales señalados por la Directiva en el art. 5.1 o, en su caso, en el art. 5.2. En el supuesto de que estas medidas fracasen, hay que añadir los motivos que impiden la consecución de los citados objetivos, así como las acciones que ya se hayan realizado o se prevean realizar para lograrlos.

En lo que se refiere a la forma, en primer lugar, aunque la Directiva no lo pide expresamente, resulta evidente que la información facilitada debe ser clara, completa y detallada para poder conocer, con exactitud, la observancia o no de los objetivos fijados en esta materia, evitando inseguridades jurídicas. En segundo lugar, la periodicidad de dicha información debe ser anual, lo que puede ser mejorado por la norma nacional estableciendo un plazo más breve. Y, en tercer lugar, la información en cuestión también debe hacerse pública en la página web de la sociedad cotizada, de manera adecuada y fácilmente accesible para el gran público. De manera adicional, cuando la sociedad cotizada tenga que realizar el informe sobre gobernanza empresarial, esa misma información debe incluirse en aquel, evitando, así, la duplicación de esfuerzos burocráticos y administrativos con otros informes específicos.

A partir de ahí, los Estados miembros también asumen obligaciones informativas adicionales, pues aquellos deben publicar periódicamente, y también de forma asequible y centralizada, una lista actualizada de las sociedades cotizadas nacionales que hayan logrado alguno de los objetivos porcentuales del art. 5.1 Directiva.

De otro lado, en similares términos se pronuncia el ya mencionado Proyecto de Ley español, según el cual el consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas debe elaborar, anualmente, una información específica sobre la situación del sexo menos representado entre sus miembros. El contenido de esta información debe: 1) distinguir entre la situación de los administradores ejecutivos y la de los no ejecutivos; 2)

⁸⁶ Relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

recopilar las medidas adoptadas para conseguir el equilibrio de género, en el porcentaje exigido legalmente u otro superior; 3) en caso de no haberse conseguido este, indicar los motivos de ello y las medidas de corrección ya adoptadas o que se prevén adoptar para su solución. Se trata de dar explicaciones de lo que se está haciendo y, en su caso, de lo que ha funcionado o no para conseguir el objetivo porcentual indicado. Como límite a tener en cuenta, esta información no debe incluir categorías especiales de datos personales de cada administrador, con el fin de proteger la privacidad de estos, máxime teniendo en cuenta la futura difusión general de aquella.

Esta información relevante sobre el equilibrio de género debe incluirse en el denominado 'informe de sostenibilidad', que es diferente de los otros dos informes anuales de la sociedad (el de gobierno corporativo y el de remuneraciones de los consejeros y consejeras), aunque deben publicarse simultáneamente. Esta publicación debe hacerse en la página web de la sociedad y ser de fácil acceso para todo el mundo.

A su vez, dicha información debe remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cual también la publicará, gratuitamente, en su web durante un mínimo de 10 años (período que también se aplica a la sociedad). A partir de dicha información, tal Comisión difundirá, cada año, un listado actualizado de las sociedades que cumplan con el porcentaje necesario de representación para el equilibrio de género en el consejo de administración, lo que puede ser una información útil para futuros accionistas e inversores e instituciones varias⁸⁷.

En todo caso, las sociedades cotizadas también deben informar a la junta general de accionistas sobre las medidas exigidas en esta materia del equilibrio de género en el consejo de administración, así como de las posibles sanciones derivadas de su incumplimiento, en cuanto pueden afectar al prestigio y resultados de la sociedad⁸⁸.

Por su parte, el citado Proyecto de Ley prevé que las entidades de interés público obligadas a cumplir con los requisitos del equilibrio de género (en los términos ya indicados *supra*), también, deben observar todas estas obligaciones informativas, excepto la de la remisión de la información anual a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuando aquellas entidades no sean sociedades cotizadas.

Repárese en que tanto las sociedades cotizadas como las entidades de interés público también deben informar de la situación del equilibrio de género entre el colectivo de la alta dirección (ajeno al consejo de administración). De hecho, las compañías cotizadas ya vienen presentando información en este ámbito (número de mujeres y su

⁸⁷ Apartados 9, 10 y 11 del art. 529 bis Ley de sociedades de capital, modificado por el artículo noveno del citado Proyecto de Ley.

⁸⁸ Apartado 6 del art. 529 bis Ley de sociedades de capital, modificado por el artículo noveno del Proyecto de Ley analizado.

porcentaje sobre el total de altos directivos), de acuerdo con la Circular 3/2021, de 28 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El referido Proyecto de Ley exige a la entidad que dé detalles -en la memoria anual⁸⁹- sobre el cumplimiento o no del mencionado porcentaje del 40% y, en caso negativo, que explique los motivos de tal fracaso, así como las medidas adoptadas para cambiar las cosas y alcanzar aquel en el ejercicio económico inmediatamente posterior y sucesivos⁹⁰.

Por lo demás, la suspensión parcial (de los objetivos numéricos) de la Directiva en un Estado miembro también hace pensar en la lógica suspensión de las obligaciones informativas que aquella norma exige a las sociedades cotizadas sobre el equilibrio de género (art. 7). Ahora bien, ello solo es así cuando la normativa nacional del Estado de que se trate haya dispuesto la realización de deberes similares, pues, en caso contrario, tales obligaciones se mantienen. Más claramente, las sociedades cotizadas siempre deben informar sobre la situación interna en este punto, y ello en función de la Directiva o de la legislación nacional.

5. El incumplimiento de la regla del equilibrio de género y su correspondiente sanción

En orden a asegurar la eficacia de la normativa relativa a la igualdad de género, los Estados miembros no deben limitarse a trasponer esta al Derecho interno, sino que también deben controlar su correcto acatamiento y, en su caso, actuar decididamente contra las empresas incumplidoras, tal y como prevé el art. 8 Directiva analizada. El legislador europeo refuerza, así, la necesaria observancia de las medidas vinculantes de la Directiva, dejando claro que, en este tema, no caben buenas intenciones legislativas sin aplicación real en la práctica.

Especial atención habrá que poner en la observancia de las normas nacionales que desarrollen en el Derecho nacional lo dispuesto en el art. 5.2 (la obligación de establecer un objetivo cuantitativo individual relativo a los administrativos ejecutivos), el art. 6 (los requisitos concernientes a la selección de candidatos para puestos del consejo) y el art. 7 (las obligaciones de información) de la Directiva ahora analizada. De igual manera, habrá que estar vigilantes en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho del Trabajo vigente en el país (que deben ser acordes al Derecho social vigente en la UE), especialmente cuando la sociedad cotizada ejecute concesiones y contratos públicos. En este sentido, la Directiva estudiada exige que los Estados miembros

⁸⁹ La prevista en los actuales arts. 259 y ss. Ley de sociedades de capital.

⁹⁰ Apartado 8 del art. 529 bis Ley de sociedades de capital, modificado por el artículo noveno del Proyecto de Ley estudiado.

aprueben un régimen de *sanciones* para las empresas que sean responsables de la inobservancia de estas obligaciones.

Ahora bien, esta responsabilidad de la sociedad cotizada solo nace en relación con actos u omisiones que le resulten directamente imputables, sin que se le puedan atribuir los que sean responsabilidad directa de las personas físicas o jurídicas vinculadas a la misma (por ejemplo, determinados accionistas).

En particular, la Directiva requiere a los Estados miembros a que garanticen la existencia de los pertinentes procedimientos administrativos o judiciales para poder impugnar la decisión empresarial sospechosa de infringir la legalidad vigente y exigir la debida responsabilidad a la sociedad cotizada, en caso de confirmarse tal sospecha. Esta exigencia mínima ya resulta de cumplimiento general en el ámbito de la Unión Europea, pues es reflejo del derecho fundamental del individuo a la tutela judicial efectiva. Así, toda persona que entienda que aquellas sociedades han vulnerado sus derechos de género pueden acudir a los correspondientes órganos judiciales o administrativos para buscar amparo y sancionar a la empresa incumplidora.

En relación con las *sanciones*, la norma europea establece que estas deben ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, pudiendo consistir, por ejemplo, en multas o en la nulidad judicial de la decisión (empresarial) relativa a la selección de los administradores que vulnere las reglas nacionales de transposición del art. 6 de la Directiva⁹¹, lo que parece implicar, también, la nulidad automática del nombramiento en sí. Cabe señalar que, inicialmente, la Propuesta de Directiva se refería a la nulidad de este nombramiento y no a la nulidad de la decisión que lo acordaba, lo que generaba cierta duda sobre el alcance de dicha nulidad, esto es, si esta afectaba o no a aquella decisión. Este distinto enfoque de la nulidad resulta importante, pues la nulidad del nombramiento castiga al consejero incorrectamente designado, privándole de todos los beneficios derivados de aquel (Propuesta); sin embargo, la nulidad de la decisión de selección penaliza a la sociedad cotizada y a sus órganos electores (Directiva).

Por lo que se refiere al derecho español, el artículo décimo del Proyecto de Ley analizado modifica (como exigencia de lo dispuesto en el citado art. 8 Directiva), el art. 292.1. apartado c), de la reciente Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los mercados de valores y de los servicios de inversión, para incluir, como infracción grave de la sociedad, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 529 bis de la Ley de sociedades de capital, concretamente, en sus apartados 3 a 7 y 9 a 11. Más claramente, se trata de la inobservancia de las obligaciones, por un lado, de respetar los criterios porcentuales (40%) del equilibrio de género en el consejo de administración; y, por otro,

⁹¹ Art. 8.1 Directiva.

de publicar la “información relativa a dicha representación equilibrada en el seno de la sociedad”⁹².

Cabe pensar que el incumplimiento del primer deber se produce tanto cuando no se alcanza el porcentaje indicado como cuando no se observa el procedimiento de selección conforme a todos los criterios legalmente exigidos. De manera similar, la inobservancia del segundo deber puede consistir tanto en la ausencia de elaboración o de publicación del informe anual sobre igualdad de género en el consejo de administración como en su elaboración defectuosa (omitiendo datos o incluyendo otros falsos o engañosos). Repárese en que el deber informativo no se limita a lo que ocurra en el consejo de administración, sino que se refiere al “seno de la sociedad”, lo que incluye el deber de informar en la memoria de la sociedad, también, sobre la situación del equilibrio de género en la alta dirección. En coherencia con esto, el apartado a) del referido art. 292.1 Ley 6/2023 señala que la falta de inclusión (o su inclusión incompleta o falsa) en la memoria de la información relativa al cumplimiento de la regla porcentual del 40% para el sexo menos representado en la alta dirección se considera como falta grave.

Respecto de las sanciones correspondientes a las mencionadas infracciones, el Proyecto de Ley español no añade nada, por lo que cabe entender que se está a la regulación general de la Ley 6/2023. Según el art. 313 de la citada norma, dichas sanciones pueden consistir, por ejemplo, en una o varias de las siguientes: 1) una multa de hasta 300.000 euros u otras cantidades calculadas en función de distintos criterios; 2) la suspensión o limitación del tipo o volumen de operaciones realizadas en el mercado de valores hasta un año; 3) la suspensión de la condición de miembro del mercado regulado o sistema multilateral de negociación por el mismo período; 4) la suspensión del puesto de administrador u otro que ocupe el infractor; o, en fin, 5) la inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección.

Así las cosas, queda a discreción del órgano jurisdiccional la elección de la sanción en función de las circunstancias de cada caso, como pueden ser la reiteración de la conducta incumplidora o sus efectos (v. gr., daños en el derecho a la promoción profesional e, incluso, morales al candidato excluido). Para los casos más graves, incluso pueden acumularse diferentes sanciones (por ejemplo, una multa con la nulidad de la decisión relativa a la selección de un candidato o, incluso, de las deliberaciones y acuerdos de un consejo de administración que, en su composición, no respete las normas de género aquí estudiadas).

⁹² Como ya sucede con los informes anuales de gobierno corporativo y de remuneraciones de los consejeros y consejeras.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores será la entidad competente para incoar e instruir los expedientes sancionadores por incumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 529 bis, apartados 3 a 11, Ley de sociedades de capital, pues son normas “de ordenación y disciplina del mercado de valores”⁹³.

Por último, los Estados miembros deben notificar -enviando “el texto”⁹⁴- a la Comisión Europea la adopción de este régimen de sanciones, pareciendo recomendable hacerlo junto con toda la información relativa a la transposición interna de la propia Directiva. De hecho, esta última indica que dicha notificación debe hacerse lo antes posible, y siempre antes del 28 de diciembre de 2024 (fecha máxima prevista, también, para llevar a cabo y publicar dicha transposición en el ámbito interno), aunque dicho plazo es mejorado por el gobierno español, como se verá a continuación. De igual manera, las posibles modificaciones posteriores de aquel régimen deben notificarse de forma inmediata.

6. La entrada en vigor

Como reflejo de la moderación y flexibilidad comentadas en el apartado II, el legislador europeo huye de la inmediatez en la implementación de las medidas necesarias para conseguir el objetivo marcado por la Directiva, al conceder a las sociedades cotizadas un plazo -calificado de “suficiente”- para adoptar aquellas. Así, primero, los Estados miembros tienen hasta el 28 de diciembre de 2024 para trasponer la Directiva al derecho interno y, después, las sociedades cotizadas disponen hasta el 30 de junio de 2026 para alcanzar los mencionados objetivos de igualdad en los consejos de administración (tres años y medio desde la entrada en vigor de aquella, el 27 de diciembre de 2022). Ahora bien, los plazos -aun siendo suficientes- no se dilatan demasiado en el tiempo, lo que refleja la idea de querer hacer efectivo su contenido en un plazo razonable, y sin mayores dilaciones (máxime teniendo en cuenta el fracaso de la Propuesta inicial).

Desde una perspectiva más ambiciosa, el legislador español actuó con inmediatez para trasponer la Directiva al derecho interno lo antes posible, algo que se espera conseguir -salvo que la política lo impida- antes del indicado plazo de finales de este año 2024. Además, también se adelantan los plazos para que las empresas cumplan la regla del equilibrio de género, si bien aquí se introduce una cierta flexibilidad al contemplar plazos diferentes en función de la situación de aquellas. Así, la disposición transitoria

⁹³ Nueva disposición adicional séptima Ley de sociedades de capital, según artículo noveno Proyecto de Ley español.

⁹⁴ Art. 11.3 Directiva.

primera del citado Proyecto de Ley señala que la regla del equilibrio de género se aplicará a partir de: 1) el 30 de junio de 2024, para las 35 sociedades con mayor valor de capitalización bursátil, la cual se determinará con base en la cotización de cierre del día en que la presente ley orgánica entre en vigor; 2) el 30 junio de 2025, para las sociedades con una capitalización bursátil superior a 500 millones de euros, según los criterios del número anterior; y 3) el 30 de junio de 2026, para las sociedades cuya capitalización sea inferior a la cifra indicada en el número 2. La mayor premura prevista para el primer grupo de sociedades -las del IBEX 35- se justifica por el hecho de que, actualmente, la mayoría de ellas ya cumplen -o les falta poco- con el objetivo porcentual marcado. Otro tanto sucede con las empresas del segundo grupo, pues, cuanto más grandes, más cumplimiento suele darse en estos objetivos de género.

Esta misma flexibilidad se aprecia -aun en mayor grado- respecto de las entidades de interés público, las cuales deben alcanzar el equilibrio de género (en los porcentajes citados en el apartado 2, IV), en los consejos de administración, a 30 de junio de 2026, y, en la alta dirección, incluso dos años más tarde, el 30 de junio de 2028. Al tratarse de una exigencia adicional de la norma española, el legislador quiere conceder tiempo suficiente a las citadas entidades para que se preparen adecuadamente y hagan los cambios que sean necesarios con el fin de avanzar en las políticas de igualdad entre hombres y mujeres.

Lógicamente, la aplicación del régimen sancionatorio se condiciona a la sucesiva entrada en vigor de cada una de las obligaciones sustantivas señaladas en la Ley de sociedades de capital.

V. CONCLUSIONES PRINCIPALES

Como principales conclusiones de este estudio, cabe citar las siguientes:

1) Tanto el legislador europeo como el español tienen claro -desde hace tiempo- que el acceso igualitario de la mujer a los puestos de poder de las grandes empresas, así como a otros ámbitos de decisión sociales, económicos y políticos, resulta fundamental para garantizar la efectividad del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en una sociedad plenamente democrática y justa. Y, dado que dicha igualdad real y efectiva conlleva innumerables ventajas para la convivencia y el progreso económico de las empresas y los países, los citados legisladores han decidido no demorar más la adopción de medidas legislativas vinculantes para impulsar, de manera decidida y definitiva, la consecución de tal objetivo. En efecto, la Directiva (UE) 2022/2381 busca impulsar un cambio real y coordinado en la composición de género de los consejos de

administración de las sociedades cotizadas de los Estados miembros, pues, sin aquella, la ruptura del techo de cristal por parte de las mujeres para acceder a tales puestos sería muy desigual en cada uno de aquellos consejos. Para evitar dichas desigualdades, se aprueba una regulación vinculante y unificadora para todos los Estados miembros, cuya transposición al derecho español pretende hacerse con el Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres.

2) El ámbito de aplicación empresarial de la citada Directiva son las empresas cotizadas en mercados de valores, o sea, grandes empresas que ejercen de modelo en el ámbito social, máxime cuando tienen carácter público. La futura norma española también se dirige a las sociedades cotizadas, así como a aquellas otras que, aun sin cotizar, sean de interés público y cumplan unos determinados requisitos de plantilla o volumen de negocios anual o de activos. En ambos casos, se excluyen las pymes y las microempresas, quizás por entender que la paridad exigida puede ser una carga excesiva para ellas, lo que no deja de ser criticable, especialmente en países como el nuestro, con un vasto tejido empresarial de esas características. Dentro de las citadas empresas, el equilibrio de género se impone en los puestos del consejo de administración, pero la norma española -mejorando la Directiva- también prevé que tanto las sociedades cotizadas como las entidades de interés público deberán velar por que la alta dirección tenga una composición que asegure el equilibrio de género, lo que resulta muy importante, en cuanto este colectivo suele generar candidatos para el consejo de administración.

3) Tanto la Directiva como la futura norma española concretan el equilibrio de género en los puestos de poder de forma flexible y moderada, sin imponer una igualdad exacta. Ciertamente, la Directiva permite alcanzar el referido equilibrio en el consejo por dos vías distintas, bien con el 40% de puestos de administrador no ejecutivo para el sexo menos representado, bien con el 33% en cualquier tipo de puesto de administrador. Por su parte, el Proyecto de Ley español solo ofrece una opción, al exigir el 40% de puestos en el consejo de administración (sin diferenciar entre miembros ejecutivos y no ejecutivos), así como en la alta dirección. En este sentido, es como si se optase por la segunda vía de la Directiva, aunque con un porcentaje más elevado que el de aquella. En cualquier caso, no se impone una paridad exacta, al 50%, sino, más bien, un equilibrio moderado entre ambos sexos, con unos porcentajes (40-60%) ya avalados por la jurisprudencia como no sospechosos de discriminación. En el supuesto de las entidades de interés público (una mejora del legislador español), se aprecia una mayor flexibilidad, pues el

equilibrio de género se alcanza con porcentajes diferentes para el consejo y la alta dirección, concretamente, el 33% y el 40% para el sexo menos representado, respectivamente.

4) Con el fin de conseguir el equilibrio de género en las sociedades cotizadas, la Directiva analizada no duda en exigir a los Estados miembros la implementación de determinadas medidas de acción positiva. Con ello, aquella sigue acotando el objetivo a alcanzar, pues, no solo se fijan porcentajes mínimos, sino que también se entra a especificar el concreto procedimiento o manera de alcanzar estos. Así, el legislador europeo tiene claro cómo hay que actuar para corregir el actual déficit de género en los consejos de administración, y no duda en señalar que lo prioritario es revisar el proceso de selección de los candidatos a dichos consejos, el cual debe basarse en una apreciación comparativa de la capacitación profesional de cada uno de aquellos, sin que el pertenecer al sexo menos representado sea condición suficiente para impulsar a un candidato. Estos criterios de selección deben regir durante todo el proceso y ser públicos y transparentes. Ahora bien, a igualdad de méritos entre candidatos, se dará preferencia -como regla general- al del sexo menos representado, con lo que se insiste en la aplicación de una conocida medida de acción positiva, avalada por los tribunales europeos. En el caso de que esta regla general se excepcione, y el candidato menos representado acredite igualdad de méritos en un proceso judicial, rige la inversión de la carga de la prueba, por lo que la parte demandada será la que tenga que probar la justificación objetiva de la elección. La norma española no innova en estas medidas y se limita a mantenerlas.

5) Por último, la Directiva analizada pretende asegurar el cumplimiento de sus principales disposiciones sobre equilibrio de género y deberes de información para que el cambio pretendido sea real y completo. Así, los Estados miembros deben estar vigilantes para actuar frente a cualquier incumplimiento de aquellas por las entidades obligadas, las cuales, en su caso, serán sancionadas de manera efectiva, proporcionada y disuasoria. El candidato afectado debe tener garantizado el acceso a la vía judicial correspondiente para impugnar la decisión empresarial que lesione sus derechos de ingreso en los puestos del consejo o de alta dirección respetando la normativa de igualdad de género. De probarse la vulneración de esta, la decisión empresarial será nula, y la sociedad cotizada o entidad de interés público puede ser objeto de una sanción por falta grave, consistente en una multa o limitación o suspensión de ciertos derechos.

En fin, si sale adelante, el Proyecto de Ley analizado puede ser el impulso definitivo para conquistar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de poder de la sociedad española, lo que, sin duda, la hará más justa y democrática.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2000): *Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español*, volumen "Mujer y Constitución en España", Madrid.

- CABRERA-FERNÁNDEZ, A. I. (2016): *La participación de la mujer en los Consejos de Administración y su influencia en los resultados empresariales*. Tesis doctoral. Universidad de Jaén.
<https://ruja.ujaen.es/jspui/bitstream/10953/737/1/9788416819324.pdf>

- ELÓSEGUI ITXASO, M^a y LOUSADA AROCHENA, J. F. (2007): "La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles", *Revista del Poder Judicial*, 86.

- EMBID IRUJO, M. (2008): *Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en AAVV: "Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Madrid.

- ESCRIBANO GÁMIR, M^a C. (2015): "El acceso de la mujer a los Consejos de administración de las sociedades mercantiles: igualdad de género y poder de decisión en el Derecho español", en AAVV: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III.

- FERNÁNDEZ SAHAGÚN, M^a S. (2023): "Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas", *Revista de derecho de sociedades*, 2023, núm. 67.

- MARTÍN GUARDADO, S. (2022): *El acceso de la mujer a las altas esferas en las relaciones de producción. Un reto del Estado social y democrático de Derecho*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. <https://gredos.usal.es/handle/10366/149614>

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2023): "La UE no ha impuesto ni puede imponer la paridad en los Consejos de Administración", *Revista El Cronista*, edición de 13 marzo lustel.com.

- MARTÍNEZ GARCÍA, I. y GÓMEZ ANSÓN, S. (2020): "Regulación de género en los consejos de administración: El papel moderador del entorno institucional", *CNMV, Documentos de Trabajo*, noviembre 2020, núm. 72.

- MELLA MÉNDEZ, L. (2023): "Rompiendo el techo de cristal en las sociedades cotizadas de la Unión Europea", *Revista Tripalium*, 2022, Vol. IV, núm. 3.

- MONTESDEOCA SUÁREZ, A. (2023): “La situación actual de la mujer en los consejos de administración de las sociedades cotizadas: ¿desequilibrio, desigualdad o ceguera de género?”, *Revista de Trabajo y Seguridad social*, CEF, núm. 477.

- HUERTA VIESCA, M^a I. (2009): *Las mujeres en la nueva regulación de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles españolas (artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Pamplona.

- 2009 “En torno a la Propuesta de Directiva comunitaria sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea, COM(2012) 614 Final, 2012/0299 (COD)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 41.

- SAN NICOLÁS, M. (2023): “La UE aprueba la Directiva llamada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas”, <https://www.tendencias.kpmg.es/2022/12>

DERECHOS HUMANOS Y DILIGENCIA DEBIDA EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Por

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ
Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

morenodiazjuanmanuel1@gmail.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: La diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente es un asunto de especial trascendencia en la actualidad, teniendo en cuenta que el mercado de trabajo global y digitalizado ha hecho que las empresas multinacionales hayan asumido un papel de especial preponderancia, dominando casi absolutamente ese mercado.

En este contexto, la exigencia de responsabilidad a estas empresas por incumplimientos en el respeto de los derechos los intervinientes, a lo largo de toda la cadena de valor se torna imprescindible, y aquí es fundamental el concepto de diligencia debida. Por ello, es crucial el reconocimiento normativo del concepto, tal como han hecho países de nuestro entorno como Francia, Holanda, Noruega o Alemania, y se está a la espera de que fructifique finalmente la Directiva sobre Diligencia Debida de la UE.

PALABRAS CLAVE: Diligencia debida; empresas Multinacionales; cadenas mundiales de suministro; Acuerdos marco globales.

SUMARIO: I. Introducción.- II. La diligencia debida como instrumento de medida y exigencia de responsabilidad en materia de derechos humanos.- III. La recepción de la diligencia debida en los distintos ordenamientos jurídicos. 3.1. Ámbito internacional. 3.2. Legislaciones nacionales.- IV. A la espera de la recepción de la diligencia debida por el ordenamiento jurídico comunitario: la propuesta de Directiva UE. 4.1. Aspectos generales. 4.2. Aspectos subjetivos. 4.3. Aspectos funcionales.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

HUMAN RIGHTS AND DUE DILIGENCE IN MULTINATIONAL COMPANIES IN THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT: Due diligence in matters of human rights and the environment is a matter of special importance today, taking into account that the global and digitalized labor market has meant that multinational companies have assumed a particularly predominant role, almost completely dominating that market.

In this context, demanding responsibility from these companies for failure to respect the rights of those involved throughout the entire value chain becomes essential, and here the concept of due diligence is fundamental. Therefore, regulatory recognition of the concept is crucial, as neighboring countries such as France, Holland, Norway and Germany have done, and we are waiting for the EU's Due Diligence Directive to finally come to fruition.

KEYWORDS: Due diligence; multinational companies; global supply chains; Global Framework Agreements.

SUMMARY: I. Introduction.- II. Due diligence as an instrument for measuring and demanding responsibility in matters of human rights.- III. The receipt of due diligence in the different legal systems. 3.1. International level. 3.2. National legislations.-IV. Pending receipt of due diligence by the Community legal system: the proposal for an EU Directive. 4.1. General features. 4.2. Subjective aspects. 4.3. Functional aspects.- V. Conclusions.- VI. Bibliography.

I. INTRODUCCIÓN

El mercado de trabajo actual está dominado por la globalización, donde las empresas multinacionales dominan las cadenas mundiales de suministro. En este contexto, hacer que tales empresas respeten los derechos de los trabajadores que prestan servicios a lo largo de toda la cadena de valor no es sencillo. De un tiempo a esta parte, se vienen utilizando unos instrumentos, los Acuerdos Marco Globales, que representan un grado mayor de juridificación respecto de los códigos de conducta que se adoptaron inicialmente en el marco de la responsabilidad social empresarial.

El problema, sin embargo, es exigir la responsabilidad derivada de un incumplimiento por parte de las multinacionales de los derechos reconocidos en tales Acuerdos Marco. Para ello, se viene utilizando últimamente un concepto, el de la debida diligencia, que está adquiriendo cada vez más predicamento a la hora de reclamar dicha responsabilidad por los citados incumplimientos, tal como veremos a lo largo del presente estudio.

El problema es que dicho concepto se ha reconocido por parte de organismos internacionales, tales como la ONU, la OCDE o la OIT, en documentos de escasa valor jurídico y en base a los cuales ha sido muy difícil exigir dicha responsabilidad. Afortunadamente, desde hace algún tiempo, la diligencia debida se ha ido incorporando a normas legales nacionales (la pionera de las cuales fue Francia, aunque luego se ha extendido a otros países), lo que facilitará sin duda en el futuro la reclamación de la responsabilidad por tales incumplimientos. Y, por último, a nivel supranacional, muy recientemente, el Parlamento Europeo evacuó la Resolución de 10 de marzo de 2021, sobre diligencia debida, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa¹.

¹ Resolución del PE, de 10 de marzo de 2021 (2020/2129(INL), sobre diligencia debida, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa.

II. LA DILIGENCIA DEBIDA COMO INSTRUMENTO DE MEDIDA Y EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La diligencia debida, entendida como proceso que, como parte integrante de sus criterios para la toma de decisiones, permite a las empresas identificar, prevenir y atenuar los impactos negativos, reales o potenciales, de sus actividades, así como informar de la manera en que abordan estos impactos, se está convirtiendo en la forma más habitual utilizada en el mercado de trabajo actual (transnacional y global), para detectar posibles incumplimientos de las empresas multinacionales en sus cadenas de suministro e intentar, por una parte, paliarlos o eliminarlos, y, por otra, extender los derechos laborales de las empresas matrices a toda la cadena de valor.

La cuestión fundamental que se plantea en torno a la diligencia debida es, precisamente, la imposibilidad material de exigir responsabilidades a las empresas multinacionales por los incumplimientos de los compromisos previamente asumidos por ellas a través de códigos de conducta o en declaraciones en el marco de la responsabilidad social, al carecer dichos instrumentos de efectos jurídicos vinculantes. Es por eso que desde hace algún tiempo se viene trabajando para incorporar dicho concepto a instrumentos normativos, tanto nacionales como internacionales, en orden a una mayor efectividad práctica del mismo.

Desde un punto de vista regulatorio, hasta el momento, han sido instituciones internacionales de gran prestigio las que han reconocido en instrumentos de soft law la diligencia debida. Así, podemos hablar de la Declaración de la OIT sobre Empresas Multinacionales (2017), de las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (2013) y de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie, 2011). Además, hay que añadir la incorporación de la debida diligencia por los Acuerdos Marco Globales de las Empresas Multinacionales. No obstante, estos instrumentos, siendo importantes para la implementación definitiva de aquel concepto, no sirven hoy en día para utilizarlos como herramienta eficaz de una verdadera exigencia de responsabilidad de las empresas en el ámbito internacional.

Por ello, parece que se está de acuerdo en avanzar hacia la incorporación de la debida diligencia en verdaderos instrumentos normativos, con eficacia jurídica plena, que dote a dicho concepto de la eficacia normativa de la que ha carecido hasta ahora. Fruto de ello han sido distintas leyes nacionales, sobre todo en la Unión Europea, en torno al mismo. Francia fue el país pionero, y su estela fue seguida por Holanda (aunque solo en el ámbito de la erradicación del trabajo infantil), Noruega y Alemania. A ello hay que añadir la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, con

recomendaciones destinadas a la Comisión, sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad social corporativa (2021/2129(INL)), que persigue que la propia Comisión Europea elabore una Directiva comunitaria en materia de diligencia debida que contenga las orientaciones dadas por el Parlamento Europeo².

III. LA RECEPCIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

1. Ámbito internacional

En el ámbito internacional, la diligencia debida ha sido recogida en distintas declaraciones de organismos diversos.

Las principales menciones sobre el concepto se recogen en las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (2013)³ y en los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie, 2011). Además de lo anterior, recientemente ha tenido lugar la promulgación de la Resolución del Parlamento Europeo sobre Diligencia Debida (2021), que establece orientaciones a la Comisión Europea en dicha materia.

En relación con los Principios Rectores de la ONU, se establecen obligaciones tanto para los Estados, como para las empresas, en relación con el respeto de los derechos humanos, dado que aquellos proporcionaron, por primera vez, un marco con un reconocimiento y autoridad mundiales para la incorporación de las obligaciones y responsabilidades de los Gobiernos y las empresas comerciales para prevenir y hacer frente a los efectos de los posibles incumplimientos en relación con los derechos humanos, estableciendo que todas las empresas comerciales tienen una responsabilidad al efecto y que, para ello, deben ejercer la diligencia debida en esta materia a fin de identificar, prevenir, mitigar y justificar cómo subsanan los efectos sobre los derechos humanos.

Así, se asignan al Estado obligaciones de velar por el cumplimiento por parte de la EMN de los derechos humanos cuando actúan en el marco de una cadena de suministro. Las distintas vías por las que esto puede hacerse son varias:

- a) A través de lo que se denominan Principios Fundacionales, que se resumen principalmente en dos: a) Los Estados deben proteger contra las violaciones de

² Fruto de ello ha sido la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad, de 23.2.2022 (COM(2022) 71 final)

³ OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing.

los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; b) Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

b) A través de los Principios Operativos, que se resumen principalmente en los siguientes: a.1) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; a.2) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; a.3) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; a.4) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.

Por otra parte, se establece que “los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos”, además de “promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales” y de las empresas que operan en zonas afectadas por conflictos, con la finalidad principal de que éstas respeten allí los derechos humanos.

Por su parte, las obligaciones que los Principios asignan a las empresas en dicho ámbito pasan por la obligación general de toda empresa de respetar los derechos humanos (pto. 11), entendiendo por tales los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (pto. 12), donde se incluyen, lógicamente, la libertad sindical y la negociación colectiva. Esa obligación, y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, afectan a toda empresa, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura (pto. 14). Asimismo, se obliga a las empresas a la asunción de responsabilidades por posibles incumplimientos en materia de derechos humanos por su actuación, debiendo

las mismas contar con políticas y procedimientos adecuados al efecto en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar (pto. 15).

Como concreto desarrollo de lo establecido en el pto. 15, los Principios de la ONU ponen énfasis especial en la diligencia debida en materia de derechos humanos. Los puntos 17 a 21 explican de qué modo las empresas deberán actuar para implementar procesos de diligencia debida para responder de sus posibles faltas cometidas en el ámbito de los derechos humanos. Y dicho proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas (pto. 17), con la obligación añadida de hacer un seguimiento al respecto con el objeto de comprobar que se están tomando las medidas adecuadas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos (pto. 20). Por último, se asigna una obligación añadida de informar oficialmente de las medidas tomadas al respecto por aquellas empresas cuyas operaciones o contextos operacionales implican graves riesgos de afectación para los derechos humanos (pto. 21). En definitiva, las pautas marcadas desde Naciones Unidas para las empresas en el ámbito internacional tienen una especial intensidad cuando lo que está en juego son los derechos humanos de las personas que pueden verse involucrados en las actuaciones de tales empresas.

Por otra parte, la OCDE también ha establecido desde hace algún tiempo unas Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales (EMN), donde se hace alguna mención tímida a la diligencia debida. Así, en los Principios Generales (Parte I, Capítulo II) se menciona la necesidad por parte de las EMN de implementar la debida diligencia basada en los riesgos incorporándola, por ejemplo, a sus sistemas de gestión de riesgos, con el fin de identificar, prevenir o atenuar los impactos negativos, reales o potenciales (...) e informar sobre cómo se reacciona ante dichos impactos negativos” (Principio A10). La Declaración también hace un llamamiento a las empresas para que se esfuercen en evitar los impactos negativos que sus actividades o las de las empresas con las que trabajan o proveen puedan generar en los ámbitos contemplados por las Directrices (Principios A11 y 12); por último, se insiste en que las empresas fomenten, en la medida de lo posible, “que sus socios comerciales, incluidos sus proveedores y contratistas,

apliquen principios de conducta empresarial responsable conformes con la *Directrices*” (Principio A13).

Por último, y específicamente en materia laboral, habría que mencionar la Declaración Tripartita de la OIT sobre Empresas Multinacionales y la Política Social de 2006 (en su última versión de 2017), que establece en su art. 10, d) y e) la utilización de la diligencia debida como proceso que debería tenerse en cuenta en el marco de la actuación de las EMN en su cadena de valor para calibrar los riesgos en materia de derechos humanos y “para detectar y evaluar las consecuencias negativas, reales o potenciales, sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas, ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales”. A este respecto, la Guía sobre la Declaración OIT de EMN publicada por la Oficina de Actividades para los Trabajadores de la OIT (2017) ha remarcado que “el proceso de debida diligencia debería tener en cuenta el papel central de la libertad sindical y la negociación colectiva, así como de las relaciones de trabajo y el diálogo social en cuanto que proceso continuo. Esto significa que el proceso de debida diligencia de una empresa debe incluir las organizaciones de trabajadores”. Por tanto, aunque los procesos de diligencia debida, con carácter general, deberán atender el respeto y las posibles violaciones que las empresas hagan de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, la OIT, por su carácter central en el ámbito internacional en defensa de los derechos laborales, extiende también el proceso de diligencia debida a la violación de los derechos fundamentales específicamente laborales, fundamentalmente, la libertad sindical y la negociación colectiva, así como al resto de relaciones de trabajo y al diálogo social.

En definitiva, aunque se parte de la base de que todos los instrumentos anteriores tienen un carácter no vinculante, es importante que organismos de tanta relevancia internacional como la ONU, la OCDE o la OIT hagan del recurso a los procesos de diligencia debida como medida del reconocimiento y el respeto a los derechos humanos en general y de los derechos fundamentales laborales, en particular, en el caso de la Organización Internacional del Trabajo, por cuanto ello puede servir de base para tenerlo en cuenta de cara a un futuro Tratado internacional multilateral, con efectos jurídicos vinculantes, que tenga a la diligencia debida como base del reconocimiento y respeto de la actuación de todo tipo de empresas, pero, principalmente, las empresas multinacionales, para que respeten los derechos humanos en su actuación a lo largo de toda su cadena de valor.

De momento, y en relación con lo anterior, tales declaraciones han tenido una derivación en relación con distintas iniciativas legislativas nacionales al respecto (Francia y Holanda) y, sobre todo, en relación con una actuación de una organización

supranacional como la Unión Europea, a través de la Resolución del Parlamento Europeo sobre diligencia debida (2021), que establece orientaciones a la Comisión Europea en dicha materia para la elaboración por parte de ésta de la correspondiente Directiva en la materia, fruto de la cual ha sido la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de febrero de 2022. Todo ello se verá en los apartados siguientes.

2. Legislaciones nacionales

Todo lo relativo a la diligencia debida se ha ido recogiendo en otros instrumentos de carácter jurídico, fundamentalmente en otros ordenamientos jurídicos distintos del español, aunque, a día de hoy, son muy pocos aún los que han hecho un reconocimiento explícito de la diligencia debida a nivel legal. En concreto, han sido Francia, Alemania y Noruega, con carácter general, y Holanda, que ha recogido en una ley la diligencia debida referida a la erradicación del trabajo infantil.

La normativa más antigua es la contenida en la ley francesa, que está implantada desde el año 2017⁴, cuyo iter legislativo no estuvo exento de dificultades en su camino parlamentario, por la reticencia de las principales organizaciones y lobbies empresariales franceses para su adopción⁵.

En relación con su contenido, se dispone una obligación de vigilancia para las empresas matrices y subcontratistas respecto del cumplimiento de los derechos laborales a lo largo de toda la cadena de suministro en materia de derechos humanos y medioambiente. La dificultad principal que se ha puesto a la ley francesa es su reducido ámbito de aplicación, al establecerse que la norma solo será de aplicación a aquellas empresas de una dimensión considerable, ya que el plan de vigilancia debe ser adoptado por “toda sociedad que, al final de dos ejercicios consecutivos, emplee al menos a cinco mil empleados dentro de ella y en sus filiales directas o indirectas, cuya sede social se encuentre en territorio francés, o al menos diez mil empleados dentro de ella y en sus subsidiarias directas o indirectas, cuya oficina principal se encuentra en Francia o en el extranjero”.

⁴ La norma mencionada, en su título original, es la *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, que modifica el art. L. 225-102-4 del Código de Comercio francés, para incluir un instrumento de prevención, el “plan de vigilancia”, que deberá ser establecido por las empresas que se encuentran bajo de su ámbito de aplicación.

⁵ El tortuoso camino que siguió la normativa francesa hasta llegar a hacerse una realidad en el año 2017 puede verse en Guamán Hernández, A. (2018): *Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos*, Revista Lex Social, vol. 8, n° 2/2018 (p. 22).

Nótese, además, que lo que la ley francesa establece es la obligación de la empresa matriz de llevar a cabo la elaboración y seguimiento de un plan de vigilancia del cumplimiento por parte de las empresas filiales y contratistas de la empresa matriz de las obligaciones en materia de derechos humanos y medioambiente, lo que finalmente parece que se extiende también a los proveedores y subcontratistas con los que exista una relación comercial, lo que “remite de manera indirecta al concepto de cadena de suministro” (Guamán Hernández, 2018, p. 241). Sin embargo, otra cosa es, por un lado, cuando se dan las violaciones graves de estos derechos, y por otro, el modo en que debe recaer la sanción a las empresas incumplidoras y quién deba ser la autoridad que deba imponer dicha sanción. En definitiva, son muy importantes los mecanismos de aseguramiento del cumplimiento de la norma, puesto que de ellos depende la verdadera efectividad de la misma.

A este respecto, ha de decirse que de la versión original de la norma a lo que finalmente ha resultado después de la intervención del Conseil Constitutionnel francés⁶ ha mediado un recorte importante en cuanto a las posibilidades de sanción que la norma pueda establecer para las empresas incumplidoras. En efecto, de las elevadas sanciones económicas que la Ley establecía para las empresas matrices por incumplimientos suyos, pero también, de sus filiales y contratistas, ha resultado algo mucho más reducido, dado que el Conseil consideró que la expresión “derechos humanos y libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el ambiente” es demasiado amplia e indeterminada como para que su violación pudiera ser penada con una sanción tan elevada. En definitiva, tras la sentencia del Conseil constitutionnel, “el mecanismo que ha quedado para forzar el cumplimiento de la norma es por tanto doble: la posibilidad de solicitar al juez una medida cautelar frente a la negativa de la adopción del Plan y la posibilidad de una demanda civil (art. 2) frente a la empresa obligada a adoptar el Plan por el daño que el incumplimiento de la obligación adopción del mismo hubiera podido causar” (Guamán Hernández, 2018, p. 243).

Ahora bien, con la versión actual, para responsabilizar a la empresa matriz, es necesario establecer “el perjuicio que la ejecución de las obligaciones de vigilancia podría haber evitado”, lo que, según este autor, conduce, siempre según la versión final de la ley tras la sentencia sobre la constitucionalidad, a una mera obligación de resultados (Hannoun, 2017).

Con posterioridad a la ley francesa se aprobaría la ley holandesa, de un ámbito más reducido, ya que está referida estrictamente a la aplicación de la diligencia debida en la

⁶ El Conseil Constitutionnel, en su decisión N° 2017-750 DC de 23 de marzo de 2017, declaró contrarias a la Constitución francesa diversas partes de los artículos 1, 2 y 3, pero estimó tanto el interés general de su contenido como la constitucionalidad de las obligaciones que establecía para las empresas.

erradicación del trabajo infantil. Para ello requerirá que todas las empresas investiguen si el trabajo infantil está presente en sus cadenas de suministro y elaboren un plan de acción para combatirlo, lo que se aplicaría a todas las empresas registradas en Holanda, así como a las empresas internacionales que envían productos a los Países Bajos al menos dos veces al año.

Estas empresas deben evaluar si existe una presunción razonable de que los bienes y servicios de su cadena de suministro han sido producidos con trabajo infantil. En el caso de que se presuma razonablemente que el trabajo infantil ha contribuido a un producto o servicio, la empresa debe elaborar un plan de acción para erradicarlo. El plan de acción debería estar en consonancia con las directrices internacionales, como los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos o las directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para las empresas multinacionales.

Las empresas que no presenten una declaración de diligencia debida recibirán una multa simbólica de 4.100 euros. Si la empresa no lleva a cabo la debida diligencia con respecto a las normas del regulador, se le impondrá una multa. La pena máxima para una empresa que no cumpla con la nueva ley se fija en la prisión del director de la empresa y en una multa de 750.000 euros o el 10% del volumen de negocios anual de la empresa.

En definitiva, la ley holandesa supone un paso más en el reconocimiento jurídico del concepto de diligencia debida en el mundo, si bien es verdad que abarca un campo más reducido que la norma gala, dado que solo tiene por objetivo el trabajo infantil, y no la generalidad de los derechos humanos como aquella. Otra cosa será comprobar a futuro la efectividad que la norma ha tenido, dado que el planteamiento de la normativa holandesa no parece que sea fácil de implementar por las empresas, dado se pone en su tejado la obligación de investigar cuáles de sus proveedores incumple sistemáticamente la prohibición mundial de utilización del trabajo infantil como mano de obra, tarea que no resulta sencilla cuando el domicilio del proveedor se sitúa a miles de kilómetros de distancia de la matriz.

Mucho más recientemente (en junio de este mismo 2021) se ha producido la aprobación de dos nuevas leyes sobre diligencia debida, en Alemania y Noruega. La ley alemana (que entrará en vigor en 2023) tiene un carácter general, como la francesa, dado que pretende la exigencia del respeto a los derechos humanos y al medioambiente en toda la cadena de suministro, siendo su ámbito inicial de aplicación el de aquellas empresas con domicilio social o sucursal en Alemania y que cuente con más de 3000 empleados, si bien es verdad que dicho requisito se modulará en 2024 para pasar a ser

menos exigente y obligar a todas aquellas empresas que tengan más de 1000 empleados, lo que redundará, sin duda, en una mayor capacidad aplicativa de la misma.

Las principales debilidades que se han achacado a la Ley Alemana de Diligencia Debida son las siguientes⁷: a) Las obligaciones integrales de diligencia debida se aplican solo a las propias operaciones comerciales de la empresa y a los proveedores directos, pero no a los proveedores indirectos. En el caso de los proveedores indirectos, las empresas no están obligadas a realizar un análisis de riesgos de manera proactiva y sistemática, sino sólo sobre una base ad hoc, cuando adquieren “conocimiento fundamentado” de una posible violación de los derechos humanos; b) La ley no prevé la responsabilidad civil de las empresas por los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida. Como resultado, el legislador perpetúa la incertidumbre judicial. Las partes perjudicadas siguen sin tener casi ninguna posibilidad de presentar demandas contra empresas alemanas por violaciones de los derechos humanos ante los tribunales civiles alemanes; c) La ley tiene en cuenta los aspectos ambientales sólo marginalmente; falta una obligación independiente y comprensiva de la diligencia debida ambiental; d) Las disposiciones sobre la reparación efectiva de las víctimas, y sobre la participación de las afectadas en el proceso son escasas. La ley no prevé que las víctimas puedan obtener reparación mediante un mecanismo de denuncia; d) El número de empresas cubiertas es demasiado pequeño. La ley solo abarca a las empresas con más de 3.000 empleados. Sin embargo, las pequeñas y medianas empresas también pueden tener impactos negativos significativos en los derechos humanos y las cuestiones ambientales cuando operan en un sector de riesgo.

No obstante, a pesar de todas esas debilidades de la ley, lo importante quizás sea el que representa un paso legislativo más en el contexto de la diligencia debida, en un país de tanto peso como Alemania y cuyas empresas tanto aportan a la economía europea y a la mundial, con un gran número de empresas multinacionales, por lo que la implantación de la normativa alemana, junto con su precedente francés, puede servir de locomotora para la agilización de otras normativas en la materia que están aún en fase de elaboración o en proyecto.

Por último, habría que mencionar la ley noruega sobre diligencia debida⁸ (2021), que introduce obligaciones para un gran número de empresas de ese país a respetar los derechos humanos y el medioambiente en sus cadenas de valor, implementando para ello procesos de debida diligencia. Además, se crea un requisito adicional para las empresas, consistente en la obligación de informar sobre sus impactos negativos reales

⁷ Extraído de <https://observatoriorsc.org/principales-novedades-en-materia-de-debida-diligencia/>

⁸ Ley sobre transparencia empresarial y trabajo decente, aprobada el 10 de junio de 2021 con una amplia mayoría del Parlamento noruego.

y riesgos significativos identificados a través de la debida diligencia, así como de las medidas adoptadas por las empresas para cesar o prevenir los impactos negativos.

La divulgación debe estar fácilmente disponible en la página web de la empresa, y debe actualizarse anualmente o cuando se produzcan cambios significativos en los riesgos, añadiéndose, incluso, un requisito para que las empresas respondan a las demandas públicas de información sobre sus impactos negativos y su debida diligencia.

Se ha entendido que la carencia fundamental de la ley es que no establece la obligación jurídica de respetar los derechos humanos en virtud de la legislación noruega, basándose más bien en las Directrices de la OCDE y en los Principios de las Naciones Unidas como base para un enfoque armonizado de la diligencia debida como norma de cumplimiento, y la regula como un deber de información por parte de las empresas sobre sus conductas empresariales y su deber de transparencia.

IV. A LA ESPERA DE LA RECEPCIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA UE

1. Aspectos generales de la Propuesta de Directiva

1.1. Contexto

Esta Propuesta se ubica entre los objetivos ambiciosos de la UE en favor de la colaboración de las empresas en la lucha contra el cambio climático, la gobernanza sostenible y el trabajo digno. En definitiva, la Propuesta afecta a los tres factores típicos de la sostenibilidad, si bien concentra su atención en los dos primeros (el ambiental y el social).

En este sentido, la Comisión Europea enmarca la propuesta sobre diligencia debida en el contexto de reducción de los impactos adversos, tanto medioambientales, como sobre los derechos humanos, de forma tal que con la aplicación de la misma pueda contribuirse a la reducción de los mismos.

1.2. Objetivos

En este ámbito, la Directiva pretende el establecimiento de un “marco horizontal para fomentar la contribución de las empresas que operan en el mercado único al respeto de los derechos humanos y del medio ambiente en sus propias operaciones y a través de sus cadenas de valor, identificando, previniendo, mitigando y dando cuenta de sus efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, y contando con una gobernanza, sistemas de gestión y medidas adecuados para este fin” (apartado I de su E. de M.). Esta acción será cada vez mayor, si tenemos en cuenta que también lo es el

número de empresas multinacionales de terceros países que operan en el ámbito de la UE.

Por otro lado, también es creciente el número de empresas multinacionales que tienen sede en algún país de la UE. Por tanto, se hace preciso controlar y supervisar la acción de tales empresas, a los efectos de que los impactos adversos de su acción para el medioambiente y para los derechos humanos puedan paliarse o, al menos, controlarse en la medida de lo posible.

2. Aspectos subjetivos de la Propuesta de Directiva

2.1. Las empresas

Las nuevas normas de diligencia debida se aplicarán tanto a las empresas radicadas en la UE como en terceros países y en distintos sectores. Hay que destacar que las pequeñas y medianas empresas (PYMES) no entran directamente en el ámbito de aplicación de esta propuesta.

2.1.1. Tipos de empresas afectadas por el nuevo sistema de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

2.1.1.1. Las empresas de la UE

La Propuesta afecta a dos grupos de empresas de la UE:

a) Empresas grandes del grupo 1, que abarcará a todas las empresas de responsabilidad limitada de la UE de tamaño y poder económico considerables (más de 500 empleados y más de 150 millones de euros en volumen de negocios neto en todo el mundo).

b) Empresas medianas cualificadas del grupo 2, que abarcará a otras empresas de responsabilidad limitada con actividades en sectores definidos de gran impacto y que no alcancen los dos umbrales del grupo 1, pero que tengan más de 250 empleados y un volumen de negocios neto de 40 millones de euros en todo el mundo. Para estas empresas, las normas empezarán a aplicarse dos años más tarde que para el grupo 1.

2.1.1.2. Las empresas de países terceros con actividades en la UE

Las empresas de países terceros resultarán afectadas por la futura Directiva cuando su umbral de volumen de negocios generados en la UE se ajuste a los criterios de los grupos 1 y 2.

2.2. Actividades empresariales afectadas por el nuevo sistema de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

En cuanto a la afectación de estas empresas, cabe distinguir los aspectos siguientes:

a) Actividades empresariales afectadas, porque la futura Directiva se aplicará a las actividades propias de la empresa, sus filiales y sus cadenas de valor (relaciones comerciales establecidas de forma directa o indirecta).

b) Aplicaciones genéricas del deber de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad que abarcarán un amplísimo menú de normas de conducta tales como integrar la diligencia debida en sus estrategias; determinar los efectos negativos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente; prevenir o mitigar posibles efectos negativos; poner fin a los efectos negativos reales o reducirlos al mínimo; establecer y mantener un procedimiento de reclamación; supervisar la eficacia de la estrategia y las medidas de diligencia debida; y comunicar públicamente sobre diligencia debida.

c) Aplicaciones específicas del deber de diligencia debida de las empresas en cuanto a dos aplicaciones de la triada clásica de la sostenibilidad (ASG):

c.1) Factor Ambiental. Dice la Comisión Europea que la Directiva “ayudará a evitar los efectos negativos en el medio ambiente considerados en los principales convenios en materia de medio ambiente. Las empresas que entren en el ámbito de aplicación deberán adoptar las medidas adecuadas («obligación de medios»), teniendo en cuenta la gravedad y la probabilidad de los diferentes efectos, las medidas a disposición de la empresa en las circunstancias concretas y la necesidad de fijar prioridades”.

Se añade además que “las empresas del grupo 1 deben contar con un plan para garantizar que su estrategia empresarial sea compatible con la limitación del calentamiento del planeta a 1,5 °C, de conformidad con el Acuerdo de París”.

c.2) Factor social. En materia de la protección efectiva de los derechos humanos contemplados en los convenios internacionales. Por ejemplo, los trabajadores deben tener acceso a condiciones de trabajo seguras y saludables.

2.3. Los administradores

El impacto de la futura Directiva en el estatuto de los gestores de las empresas y, más en concreto, sobre el deber de diligencia de los administradores es uno de los aspectos más conflictivos de la Propuesta hasta el punto de que las críticas generalizadas de toda la doctrina europea por las externalidades que introduce en dicho

deber de diligencia y los potenciales conflictos de intereses han llevado a que, en la tramitación reciente, se baraje la posibilidad de suprimir el art. 25 de la Propuesta que dispone: “1. *Los Estados miembros velarán por que, al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, los administradores de las empresas a las que se refiere el artículo 2, apartado 1, tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo.* 2. *Los Estados miembros se asegurarán de que sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulen el incumplimiento de las obligaciones de los administradores se apliquen también a lo dispuesto en el presente artículo*”.

Si proyectamos este precepto sobre la redacción vigente de los arts.225, 226 y 227 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba su texto refundido) verificamos la difícil convivencia de los intereses externos de sostenibilidad que deberán tomar en consideración los administradores con los deberes previstos en el Capítulo III de la LSC regulador de “los deberes de los administradores”, y, en concreto, su “deber general de diligencia”; la “protección de la discrecionalidad empresarial” en sus decisiones y su “deber de lealtad”.

2.4. *Los consumidores*

En relación con ellos, es conveniente recordar que la propuesta de Directiva -en el apartado I de la Exposición de Motivos- “expone el beneficio recíproco que espera que producirá esta nueva norma: Para las empresas, aportará seguridad jurídica y condiciones de competencia equitativa; y, para los consumidores y los inversores, aportará más transparencia”.

Además, es necesario constatar que la Comisión Europea quiere garantizar la efectividad de la futura Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad mediante un esquema típico de la responsabilidad -civil, administrativa o penal- cuando afirma que “las víctimas tendrán la oportunidad de emprender acciones legales por los daños y perjuicios que podrían haberse evitado con medidas adecuadas de diligencia debida”.

3. Aspectos funcionales de la Propuesta de Directiva

3.1. *La relación de causalidad normativa*

Estos aspectos funcionales operan conforme a la relación de causalidad normativa propia de todo sistema jurídico que consiste en la imposición de deberes de diligencia empresarial en materia de sostenibilidad y de consecuencias de su incumplimiento.

Esta relación de causalidad normativa se manifiesta en el art.1 de la Propuesta cuando señala que el objeto de la Directiva consiste en establecer las normas sobre dos aspectos vinculados causalmente que son: “Las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida” y “la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de esas normas”.

A esta relación esencial se añades tres añadidos de seguridad de la norma como son:

a) La reevaluación periódica al menos cada doce meses.

b) El mínimo garantizado en el sentido de que la Directiva “no podrá constituir una causa de disminución del nivel de protección de los derechos humanos, del medio ambiente o del clima contemplado por la legislación de los Estados miembros” en el momento de su adopción.

c) Su carácter subsidiario, en el sentido de que la Directiva “se entenderá sin perjuicio de las obligaciones en materia de derechos humanos, protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático que se establecen en otros actos legislativos de la Unión”, teniendo en cuenta que, en caso de conflicto con alguna otra norma Si las disposiciones de la presente Directiva entrasen en conflicto con alguna disposición de otro acto legislativo de la Unión que persiga los mismos objetivos y establezca obligaciones más amplias o específicas, las disposiciones de ese otro acto legislativo de la Unión prevalecerán, en lo que respecta a la materia del conflicto, y se aplicarán a esas obligaciones específicas”.

3.2. El mecanismo de implementación de la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad

El art. 4 de la Propuesta se refiere al mecanismo a implementar por parte de la futura Directiva para una efectiva consecución de los objetivos que se proponen en materia de diligencia debida.

Así, se establece que Los Estados miembros velarán por que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente conforme a lo establecido en los arts. 5 a 11 (en lo sucesivo, «la diligencia debida»), a través de las acciones siguientes:

a) integración de la diligencia debida en sus políticas (art. 5);

b) detección de los efectos adversos reales o potenciales (art. 6);

- c) prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales, eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance (art. 7 y 8);
- d) establecimiento y mantenimiento de un procedimiento de denuncia (art. 9);
- e) supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida (art. 10);
- f) organización de una campaña de comunicación pública sobre diligencia debida (art. 11);

Por lo tanto, las empresas deberán prevenir los efectos adversos potenciales, detectarlos cuando se produzcan y solventarlos en esas situaciones (arts. 6, 7 y 8).

3.3. *La supervisión de la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad*

3.3.1. La supervisión privada por las propias empresas afectadas

Esta supervisión privada por las propias empresas afectadas se manifiesta en la Propuesta de dos maneras:

- a.1) Mediante la integración de la diligencia debida en las políticas de las empresas (art.5).
- a.2) Mediante las evaluaciones periódicas de sus propias operaciones y medidas y también de las de sus filiales (art.10).

3.3.2. La supervisión pública por las autoridades de control

Esta supervisión pública se realizará por las autoridades de control, con las competencias y los recursos adecuados para desempeñar las funciones que les atribuye la Directiva, incluida la facultad de solicitar información y de llevar a cabo investigaciones en relación con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicha Directiva (arts. 17 y 18); creándose una Red Europea de Autoridades de Control (art.21).

3.4. *Las consecuencias del incumplimiento empresarial de la diligencia debida en materia de sostenibilidad*

3.4.1. Responsabilidad administrativa

La Propuesta establece un régimen de la responsabilidad administrativa por incumplimiento empresarial de la diligencia debida en materia de sostenibilidad en forma periódica y con intensidad creciente, que pasa por las tres etapas siguientes:

a) Las denominadas “*inquietudes fundadas*” que obligarán a los Estados miembros a velar “por que toda persona física y jurídica tenga derecho a exponer sus inquietudes fundadas a cualquier autoridad de control cuando tenga motivos para creer, a partir de circunstancias objetivas, que una empresa está incumpliendo las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva” (art.19).

b) El procedimiento de denuncia que obligará a los Estados miembros a velar “por que las empresas ofrezcan a las personas y organizaciones enumeradas en el apartado 2 la posibilidad de presentar denuncias cuando alberguen inquietudes legítimas en cuanto a los efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, las actividades de sus filiales y sus cadenas de valor” (art.9).

c) La imposición de sanciones que obligarán a los Estados miembros a establecer “el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales aprobadas en virtud de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 20).

3.4.2. Responsabilidad civil

La Propuesta construye el régimen de la responsabilidad civil por incumplimiento empresarial de la diligencia debida en materia de sostenibilidad sobre la base de los tres requisitos clásicos del régimen de responsabilidad contractual y extracontractual que son: el incumplimiento de una obligación, el daño causado en forma de daño emergente o lucro cesante y la relación de causalidad eficiente entre ambos factores.

En efecto, el art. 22 regula la responsabilidad civil diciendo que “Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas son responsables por daños y perjuicios: a) si incumplen las obligaciones establecidas en los artículos 7 y 8; b) como consecuencia de ese incumplimiento, se produce algún efecto adverso que debería haber sido identificado, prevenido, mitigado, eliminado o minimizado en cuanto a su alcance mediante la aplicación de las medidas adecuadas que se establecen en los artículos 7 y 8, y ese efecto ha ocasionado daños”.

La racionalidad lógico-jurídica del sistema se complica cuando vemos que el apartado 2 introduce una excusa absolutoria o “puerto seguro” cuando añade: “No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros se asegurarán de que cuando una empresa haya adoptado las medidas a las que se refieren el artículo 7, apartado 2, letra b), el artículo 7, apartado 4, o el artículo 8, apartado 3, letra c), y el artículo 8, apartado 5,

esa empresa no sea responsable de los daños causados por un efecto adverso resultante de las actividades de un socio indirecto con el que tenga una relación comercial establecida”.

Y la lógica jurídica se tambalea definitivamente cuando ese mismo precepto añade una excepción a la excepción, considerando que “a menos que, dadas las circunstancias del caso, no fuera razonable esperar que las medidas efectivamente adoptadas, incluidas las relativas a la comprobación del cumplimiento de las normas, resultasen adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar el alcance de los efectos adversos”.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, la diligencia debida es un concepto que progresivamente se va abriendo camino en el ámbito internacional como forma de exigencia de la responsabilidad de las empresas multinacionales en sus operaciones a lo largo de toda la cadena de valor.

Hasta el momento, han sido pocos los países que han implementado en sus legislaciones este concepto. Solo algunos países europeos y algunos otros de fuera de nuestro continente (p.e., Australia) lo han hecho, aunque poco a poco el concepto va haciendo fortuna y está calando en la esfera internacional la exigencia de responsabilidad en materia de derechos humanos y medioambiente a través del mismo.

La adopción de la futura Directiva de la Unión Europea en esta misma materia (derivada de la propuesta formulada en febrero de 2022) puede significar un salto cualitativo importante, teniendo en cuenta que ello significaría dar carta de naturaleza normativa por parte de una organización de Estados a un concepto aún incipiente como el de diligencia debida. Sería deseable que la Directiva fuera desarrollada y aprobada más pronto que tarde para conseguir un afianzamiento del concepto en cuestión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMESTI MENDIZÁBAL, C. Un apunte sobre la diligencia debida de las grandes sociedades: la regulación francesa, en FERNÁNDEZ TORRES, I., ARIAS VARONA, F.J. Y MARTÍNEZ ROSADO, J. (coord.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros (libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma)*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 103-125.

ALONSO LEDESMA, C. La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, en AA.VV. (PEÑAS MOYANO, M.J. coord.), *Estudios de derecho de sociedades y de derecho concursal: libro en homenaje al Profesor Jesús Quijano González*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2023, pp. 59-71.

CAMAS RODAS, F.: El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, nº 3, 2022, p. 45-61.

DURÁN AYAGO, A. Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 91-92, 2022.

GARCÍA SEDANO, T. Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 22, 2022, p. 210-229.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos, *Lex social, Revista de Derechos Sociales*, nº 2, vol. 8, 2018, pp. 216-250.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. *Diligencia debida en derechos humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

MARTÍN ORTEGA, O. "La diligencia debida de las empresas en materia de Derechos Humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad", en ZAMORA CABOT, J., GARCÍA CÍVICO, J. Y SALES PALLARÉS, L. (Eds): "La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos", Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2013, pp. 167-192.

MORENO DÍAZ, J.M. Últimas tendencias en la exigencia de responsabilidad de las empresas multinacionales en las cadenas mundiales de suministro: la diligencia debida, en AAVV (PÉREZ CALLE, R. (Coord.): *Empresa, economía y derecho. Oportunidades ante un entorno global y disruptivo*, Madrid, Edit. Dykinson, 2022, pp. 1026-1048.

MORENO DÍAZ, J.M., La diligencia debida como forma innovadora de la exigencia de responsabilidad de las empresas multinacionales en las cadenas mundiales de suministro, en AAVV (MANCINAS-CHÁVEZ, R., Coord.): *Innovación e investigación, rescate humano y transferencia de conocimientos: retos para la universidad ante el horizonte 2030*, Madrid, Egregius, 2022

RECALDE CASTELLS, A. La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre 'diligencia debida' - due diligence - en materia de sostenibilidad, en AA.VV. (PEÑAS MOYANO, M.J. coord.), *Estudios de derecho de sociedades y de derecho concursal: libro en homenaje al Profesor Jesús Quijano González*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2023, pp. 691-708.

SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en Derechos Humanos y Medio Ambiente, *Revista Temas Laborales*, nº 168, 2023.

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 SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2023

Por

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Barcelona

jigninet@gmail.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: En esta entrega se recoge los datos esenciales de sentencias, autos y conclusiones generales correspondientes al tercer cuatrimestre de 2023.

*Del Tribunal Constitucional de España se recogen 4 Sentencias

*Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se recogen 17 Sentencias, 2 Autos, así como 3 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: A. 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: This delivery contains the essential data of sentences, orders and general conclusions corresponding to the third quarter of 2023.

The Constitutional Court of Spain contains 4 Sentences.

The Court of Justice of the European Union includes 17 Judgments and 2 Orders, as well as a 3 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: A. Judgments.- B. Court orders.- 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

A. Sentencias

1. *Pleno. Sentencia 144/2023, de 25 de octubre de 2023*

Recurso de inconstitucionalidad 4977-2021. Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados en relación con el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el 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 las plataformas digitales.

Límites de los decretos leyes: concurrencia del presupuesto habilitante de la situación de extraordinaria y urgente necesidad y de la conexión de sentido de las medidas dispuestas para hacerle frente. Voto particular.

Publicada en el «BOE» núm. 286, de 30 de noviembre de 2023, pp. 160007-160035 (29 pp.).

Ponente el magistrado Excmo. Sr. don Ramón Sáez Valcárcel.

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-24507

Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcubilla, la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera y el magistrado don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 4977-2021.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. Examen de la concurrencia del requisito de la «extraordinaria y urgente necesidad» del Real Decreto-ley impugnado.

A) Síntesis de la controversia. Como quedó reflejado en los antecedentes, los diputados recurrentes sostienen que, con independencia de la importancia y necesidad de la regulación introducida por el Real Decreto-ley 9/2021, el uso de esta fuente normativa excepcional debe considerarse inconstitucional porque para su adopción no concurría una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» y porque, en todo caso, su concurrencia no fue justificada por el Gobierno de forma explícita y razonada; motivos

estos por los que, a su vez, tampoco sería posible hablar de conexión de sentido de las medidas adoptadas con situación de urgencia alguna.

En concreto, y respecto de la justificación del presupuesto habilitante, la demanda argumenta que la memoria de análisis de impacto normativo no incluyó razonamiento alguno sobre la urgencia justificativa del uso del decreto-ley y que su preámbulo se limitó a aducir razones vagas y genéricas sobre la necesidad de la regulación que, como tales, podrían servir para la modificación de cualquier texto legal. Por otra parte, y en cuanto a la alegada inexistencia material de extraordinaria y urgente necesidad para la regulación de la materia concernida, la demanda, amén de denunciar en bloque el número de reales decretos-leyes aprobados desde el inicio de la pandemia en marzo de 2020 -que consideran acreditativo de la intención del Gobierno de suplantar la función legislativo de las Cortes Generales-, se apoya sobre tres argumentos de carácter temporal. Estos se refieren a (i) la tardanza en la aprobación de la norma (pues se dice que desde la constitución de la mesa de diálogo -el 28 de octubre de 2020- hasta la aprobación del real decreto-ley -el 11 de mayo de 2021- transcurrieron más de seis meses, tiempo suficiente para aprobar la norma por el trámite ordinario, y se aduce también que era público y notorio que el Gobierno llevaba un año trabajando en un proyecto de ley sobre la materia que finalmente reguló mediante la norma impugnada); (ii) la *vacatio legis* prevista para su entrada en vigor (pues el hecho de que fuese de tres meses evidenciaría que no estamos ante una situación de urgencia; y (iii) la vocación de permanencia de sus efectos (ya que, según la demanda, el RDL 9/2021 nació desprovisto de la necesaria aspiración de provisionalidad, constituyendo su único fin la suplantación de la potestad legislativa ordinaria de las Cortes Generales).

El abogado del Estado niega que se haya producido infracción alguna del art. 86.1 CE. En particular, aduce que el real decreto ley impugnado tiene la finalidad de poner fin de manera inmediata a la situación de precariedad laboral de los repartidores de empresas de plataforma digital, inmediatez o urgencia cuya necesidad habría sido suficientemente justificada por el Gobierno con base en el carácter materialmente injusto de dicha situación, en los recientes desarrollos administrativos y jurisprudenciales en la materia y en la contribución que la incorporación formal de este colectivo al mundo laboral supondría para la recuperación económica en el marco de la crisis causada por la pandemia de Covid 19.

B) Enjuiciamiento

De cuanto ha quedado expuesto en el fundamento jurídico anterior se desprende que el Gobierno sí ha aportado una justificación explícita y razonada para su reacción legislativa de urgencia, lo cual conduce, de entrada, a desestimar las alegaciones que

sobre este extremo formula la demanda. En concreto, el Gobierno se ha referido expresamente al presupuesto habilitante del RDL 9/2021 ligándolo a la combinación de varias circunstancias, a saber, (1) el alto y creciente número de trabajadores afectados por la situación de precariedad laboral que se pretende atajar, según los datos que resultan de la actividad de la Inspección General de Trabajo entre los años 2015 y 2021; (2) el incremento del volumen de servicios prestados a través de plataformas digitales y de los problemas asociados a esta realidad en el marco de la pandemia de Covid-19; (3) la necesidad de incorporar al Derecho positivo la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2020, para proporcionar seguridad jurídica en un ámbito caracterizado por una fuerte litigiosidad; y (4) el proceso de recuperación económica en el marco de la pandemia, al que las medidas aprobadas podían contribuir mediante el aumento de los ingresos de las personas trabajadoras y la incorporación al sistema de sus cotizaciones sociales.

Los recurrentes discuten, adicionalmente, la apreciación del Gobierno de que las citadas circunstancias son materialmente constitutivas de una situación de extraordinaria y urgente necesidad habilitadora del recurso al Real Decreto Ley como fuente de producción normativa. Frente a ello, el Tribunal observa que el real decreto-ley impugnado pretende hacer frente a un específico problema de precariedad laboral (a su vez perjudicial para la competencia leal entre empresas y para la economía en general) que, efectivamente, no es nuevo, pero cuya relevancia se ha visto incrementada durante los últimos años y se agudizó especialmente durante la pandemia de Covid-19, dando lugar a una fuerte litigiosidad que culminó con el dictado de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 805/2020, invocada en el preámbulo, en la memoria y en el debate de convalidación de la norma al hilo de la justificación de su presupuesto habilitante.

El desconocimiento de los derechos mínimos de los trabajadores dedicados al reparto en el ámbito de las plataformas digitales afectaba, según los datos que facilita el expediente de elaboración de la norma, a más de 16. 000 personas, de conformidad con las actas de infracción de la Inspección de Trabajo levantadas entre 2018 y 2020. La irrupción de la pandemia de Covid-19, con el consiguiente confinamiento domiciliario y la paralización de buena parte de la actividad social, vino a reforzar y visibilizar la importancia estratégica del papel del servicio prestado por los repartidores de plataformas digitales. En esa insólita situación, los repartidores seguían desempeñando sus labores y lo hacían desprovistos de los mínimos derechos laborales: ni límite de jornada, ni descanso semanal, ni salario mínimo, ni cobertura frente al accidente de trabajo ni la enfermedad. Esta situación de extrema vulnerabilidad, con sus correspondientes efectos negativos sobre la economía en términos de salarios y

cotizaciones, se recoge como justificación en el preámbulo de la norma y en la memoria de análisis de impacto normativo y justifica no solo la necesidad de regulación de un mínimo de derechos, algo que reconocen los demandantes, sino también que se adoptaran medidas legislativas para que esa situación no se mantuviera en el tiempo. No resulta irrazonable, en este punto, la motivación aducida por el Gobierno acerca de la insuficiencia a tales efectos de la regulación hasta entonces contenida en el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, pues la propia STS 805/2020, dictada en casación para la unificación de doctrina, establecía una pauta de interpretación y decisión de conflictos judicializados en ese ámbito, pero carecía de la eficacia para ordenar *per se* el mercado de las empresas de reparto que operaban mediante plataformas digitales.

Todo ello nos permite descartar la existencia de abuso o arbitrariedad en el empleo de la legislación extraordinaria en este concreto supuesto. Esta apreciación inicial no se ve modificada por ninguna de las alegaciones de la demanda, pues, por los motivos que a continuación se indican, no cabe entender que aporte razones suficientes para calificar de abusiva o arbitraria la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad realizada por el Gobierno.

No puede acogerse, en primer lugar, el reproche general que la demanda dirige contra el conjunto de la actuación normativa del Gobierno a través de decretos-leyes en el período comprendido entre el inicio de la pandemia de Covid-19 (marzo de 2020) y el momento de la interposición del recurso de inconstitucionalidad (julio de 2021); actuación cuyo volumen delataría, a juicio de los recurrentes, la intención del ejecutivo de suplantar de manera permanente la potestad legislativa ordinaria de las Cortes Generales.

Esta alegación no puede prosperar porque, como hemos indicado en otras ocasiones, el recurso de inconstitucionalidad es un cauce procesal apto para el enjuiciamiento de textos legales y de fórmulas legislativas determinadas, pero no «una vía de impugnación que pueda dirigirse de manera indiscriminada contra un bloque de legalidad o contra una parte del sistema normativo» (STC 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 5) o que pueda utilizarse para enjuiciar «las intenciones del legislador, su estrategia política o su propósito último» (por todas, STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 5).

Con todo, es preciso realizar alguna consideración sobre esta queja general, pues conecta con una de las razones de urgencia concretamente aducidas por el Gobierno al aprobar el RDL 9/2021, a saber, el incremento del volumen de servicios prestados a través de plataformas digitales en el marco de la pandemia de Covid-19. En su demanda, los recurrentes omiten toda referencia a esta específica coyuntura histórica. La pandemia de Covid-19, contexto de la producción normativa de urgencia criticada en el recurso, planteó una situación de emergencia inédita e imprevisible, que dio lugar a la declaración

de dos estados de alarma de ámbito nacional sucesivos y que provocó una ruptura de la normalidad social, económica y política que afectó también al sistema de producción legislativa. La crisis generó la necesidad de definir políticas públicas de respuesta inmediata ante los nuevos problemas asociados a ella; necesidad que encontró su cauce, por lo que ahora interesa, en la facultad de dictar disposiciones legislativas provisionales que el art. 86.1 CE confiere al Gobierno.

La concurrencia de una crisis de estas características no exime al Gobierno de la carga de justificar la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el art. 86.1 CE, ni legitima automáticamente la aprobación de cualquier reforma mediante decreto-ley (pues solo serán admisibles aquellas que guarden la debida conexión de sentido con la situación de emergencia afrontada: SSTC 110/2021 y 111/2021, de 13 de mayo). Sin embargo, junto con ello es necesario recordar que «si algo define la crisis económica causada por la pandemia de la Covid-19 es su gravedad e imprevisibilidad» a la que «cabe calificar como una “coyuntura económica problemática”, -en los términos expresamente aceptados por la doctrina constitucional- (entre otras, SSTC 215/2015, de 22 de octubre, FJ 4, y 18/2016, de 4 de febrero, FJ 5), lo que demanda medidas urgentes de reactivación económica» (STC 40/2021, de 18 de febrero, FJ 3). Y, conforme a la doctrina constitucional relativa a las «coyunturas económicas problemáticas», el real decreto-ley representa un instrumento de actuación constitucionalmente pertinente y adecuado para hacerles frente, esto es, para subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (entre otras, SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 215/2015, de 22 de octubre, FJ 4, y 18/2016, de 4 de febrero, FJ 5).

También hemos de desestimar, en segundo lugar, las alegaciones de los recurrentes acerca de lo que consideran una excesiva demora en la aprobación de la norma. Más concretamente, la demanda argumenta que el largo período de tiempo que transcurrió entre la constitución de la mesa de diálogo entre el Gobierno y los sindicatos Comisiones Obreras (CCOO) y Unión General de Trabajadores (UGT), la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) -28 de octubre de 2020- y el momento en el que se alcanzó el acuerdo social -10 de marzo de 2021-, a la postre incorporado en el decreto-ley impugnado, constituye un fuerte indicador de la inexistencia de extraordinaria y urgente necesidad. (iv)

En este punto, nuestra respuesta ha de partir de una previa aclaración acerca de la naturaleza de la concertación social tripartita, dado que la demanda parece acoger una

consideración formalista de la misma, como si se tratase de un mecanismo de relevancia menor o de procedimiento administrativo que tuviera que estar sometido a plazos perentorios.

El diálogo social se identifica con los procesos tripartitos de consulta y de negociación entre gobierno, sindicatos y asociaciones empresariales sobre materias de índole social y económica con la finalidad de convertir en norma el resultado de los acuerdos alcanzados. Como método de creación de normas, la concertación social tripartita forma parte del acervo político de nuestro Estado constitucional (con fundamento en la lectura combinada de los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE, en conjunción con el mandato de promoción de la participación a los poderes públicos que enuncia el art. 9.2 CE) y es una práctica política reconocida tanto a nivel internacional como, muy señaladamente, en el ámbito del Derecho europeo.

La eficacia del acuerdo alcanzado en el marco del diálogo social depende directamente de su recepción en un texto legal: se trata, por ello, de un procedimiento singular de producción normativa -de «legislación prenegociada» hablaba la STC 68/2007, de 28 de marzo-. Para refutar la argumentación de los demandantes es decisivo el hecho de que, conforme a la doctrina constitucional, nuestro sistema no prohíbe el uso del decreto-ley con ocasión de los procesos de diálogo social (STC 68/2007, FFJJ 11 y 12), ya que aquel constituye una fuente normativa hábil para dotar de eficacia general a los acuerdos tripartitos, siempre y cuando concurra su presupuesto habilitante, como es el caso. E igualmente ha indicado este tribunal que los procesos de diálogo social resultan especialmente aptos para «dar respuesta inmediata a coyunturas económicas o sociales problemáticas, en las que la utilización de la legislación de urgencia, tras la conclusión del proceso de diálogo, puede aparecer plenamente justificada (STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 5)».

En relación a la prestación de servicios en empresas de plataformas digitales el Parlamento Europeo en su resolución de 15 de junio de 2017 [sobre las plataformas en línea y el mercado único digital, (2018/C 331/19)] invitaba a los Estados miembros a que modernizaran su legislación laboral en colaboración con los interlocutores sociales y otras partes interesadas.

La relevancia de este mecanismo de producción normativa se ha acentuado en el contexto de la crisis causada por la pandemia de Covid-19. A nivel internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha subrayado a lo largo de la evolución de la pandemia de Covid-19 que la contribución del diálogo social a nivel tripartito «ha sido fundamental para determinar las respuestas de los países frente a la crisis». En el ámbito de la Unión Europea, el llamado Compromiso social de Oporto, de 7 de mayo del 2021, instaba a utilizar el diálogo social para abordar las medidas que ayudaran a superar el

período de crisis producida por la pandemia, en la línea de conseguir las transiciones verde y digital y la igualdad de oportunidades. La relevancia de la concertación se reiteró en el 2022 al exigir que los Estados miembros garantizaran la participación efectiva de los interlocutores sociales en la elaboración de las políticas económicas y sociales. A comienzos del 2023, esta pauta se reprodujo en la Comunicación de la Comisión «Reforzar el diálogo social en la Unión Europea: aprovechar plenamente su potencial para gestionar transiciones justas» (COM/2023/0040 final).

Este es precisamente el contexto en el que se desarrolló el proceso de concertación y su traslación al decreto-ley impugnado. La mesa de diálogo fue constituida el 28 de octubre de 2020, semanas después de la STS 805/2020; el acuerdo tripartito fue adoptado el 10 de marzo de 2021; y el RDL 9/2021 fue aprobado por el Gobierno el 11 de mayo, convirtiéndose poco después en ley parlamentaria (Ley 12/2021, de 28 de septiembre). De modo que el Decreto Ley impugnado, que incorpora íntegramente el acuerdo alcanzado en la mesa de diálogo, es una manifestación muy relevante del diálogo social y de la concertación tripartita en el contexto de la crisis de la pandemia de Covid-19. Por lo tanto, no hubo demora en la actuación de la legislación urgente, como denuncian los recurrentes, sino utilización de un cauce constitucionalmente adecuado para atender de manera inmediata, con el consenso de los actores sociales, a una situación económica y social problemática.

No puede compartirse tampoco la crítica de la demanda a la *vacatio legis* introducida por el RDL 9/2021, crítica según la cual el hecho de que este periodo haya sido fijado en tres meses sería prueba de la ausencia de extraordinaria y urgente necesidad en la aprobación de la norma impugnada.

Este tribunal ha señalado de forma reiterada, al examinar la necesaria relación de congruencia (o «conexión de sentido») entre las medidas adoptadas y la situación de urgencia definida, que las medidas que se incluyan en el Decreto Ley han de ser, en principio, medidas concretas y de eficacia inmediata para hacer frente a la situación urgente de referencia (así, desde la STC 29/1982, FFJJ 3 y 4). Sin embargo, esta exigencia de inmediatez no ha sido obstáculo para admitir que, en determinados supuestos, pueda aplazarse la aplicación de las medidas adoptadas por razones técnicas. En otras palabras, hemos aceptado que la inmediatez en la respuesta a la situación de extraordinaria y urgente necesidad sea complementada con alguna cautela de transitoriedad por razones técnicas (STC 23/1993, FFJJ 4 y 6) o por la necesidad de dejar transcurrir un tiempo entre la aprobación de la legislación de urgencia y su entrada en vigor para organizar las estructuras y servicios de los destinatarios de la norma (STC 86/2016, de 28 de abril, FJ 3). Desde antiguo hemos indicado que lo urgente es el

establecimiento de un «nuevo marco jurídico» (SSTC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 2, y 23/1993, FJ 6).

En el presente caso, el legislador de urgencia ha considerado necesario, en atención al contenido de las medidas adoptadas, fijar una *vacatio legis* de tres meses para la entrada en vigor del RDL 9/2021, explicitando en su preámbulo que «la aprobación y publicación de la medida otorgará seguridad jurídica a los operadores, que dispondrán de un plazo razonable para realizar las adaptaciones necesarias al nuevo marco legal, periodo de tiempo que se considera como mínimo indispensable a tal fin». Tal proceder no puede calificarse de irrazonable, máxime teniendo en cuenta que las modificaciones normativas introducidas afectan a las relaciones entre particulares en el ámbito laboral, y la demora que supone no constituye un retraso tal como para desvirtuar la urgencia declarada en la adopción de las medidas (en sentido similar, STC 18/2023, de 21 de marzo, FJ 6).

Por último, debemos rechazar el argumento de la demanda conforme al cual el Decreto Ley impugnado incumpliría la exigencia de responder a una situación de extraordinaria y urgente necesidad porque habría nacido sin vocación alguna de provisionalidad, en tanto que establece medidas que aspiran a regular con carácter permanente el estatuto jurídico de los trabajadores y empresas incluidos en su ámbito de aplicación.

Esta alegación debe ser rechazada porque todos los decretos-leyes, con independencia de su específico contenido, son disposiciones legislativas de carácter provisional por imperativo del art. 86.2 CE, precepto que determina que esta fuente normativa nazca amenazada de una inmediata caducidad, solo salvable en el supuesto de ratificación por el Congreso dentro del plazo improrrogable de treinta días. Ahora bien, la provisionalidad del decreto-ley como fuente del Derecho no se traduce en la necesaria temporalidad de las medidas regulatorias que en él se contienen, pues es posible que los Decretos-Leyes pretendan la regulación definitiva y permanente de una materia. Como señalamos en la STC 189/2005, de 7 de julio, FJ 6, «la doctrina de este tribunal ha relacionado expresamente la calificación de “provisional” de la disposición legislativa aprobada a través de la mencionada forma jurídica con la necesidad de que aquella sea convalidada por el Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días para mantener su vigencia», de modo que «no sería en términos absolutos una conclusión correcta» entender que todos los decretos-leyes «tengan que quedar necesariamente sometidos a un plazo temporal de vigencia», pues «ningún dato positivo constitucional permite afirmar [...] que el carácter provisional del decreto-ley se refiera necesariamente al alcance temporal de la norma que con esa forma jurídica se apruebe, sin perjuicio de que dicho alcance pueda ser considerado de algún modo para valorar -ya en otro plano- la

conurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad de la medida legislativa».

C. Conclusión

De todo lo expuesto resulta que, contrariamente a lo afirmado en la demanda, el Gobierno ha ofrecido una justificación explícita y razonada para la aprobación del RDL 9/2021, en términos concretamente referidos al contenido de dicha norma y, por lo tanto, no genéricos, estereotipados o rituales. Dicha justificación no puede considerarse insuficiente desde la perspectiva del control externo que compete realizar a este tribunal, un control que debe circunscribirse «a verificar, pero no a sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3), pudiendo rechazar la definición que aquellos hayan hecho de una situación como de extraordinaria y urgente necesidad solamente «en supuestos de uso abusivo y arbitrario» (STC 29/1982, FJ 3), y teniendo en cuenta, a la vista de la ya razonada insuficiencia de las alegaciones contenidas al respecto en la demanda, que no corresponde a este tribunal sustituir a las partes en la aportación de las pruebas y datos que permitan llegar a tal conclusión (STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 6). Por lo demás, no se aprecia motivo alguno que ponga de manifiesto que las medidas adoptadas a través del RDL 9/2021 carezcan de la necesaria relación de congruencia con la situación de urgencia definida, sin que tal conexión de sentido haya sido específicamente discutida por los recurrentes.

Estas razones nos llevan a rechazar que la aprobación de la norma impugnada haya producido la vulneración del art. 86.1 CE denunciada en la demanda, lo que conlleva la desestimación del recurso.

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 presente recurso de inconstitucionalidad.

2. Pleno. Sentencia 145/2023, de 25 de octubre de 2023

Recurso de inconstitucionalidad 6345-2021. Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario de Vox del Congreso de los Diputados respecto del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Límites de los decretos leyes: concurrencia del presupuesto habilitante y de la conexión de sentido en una norma de urgencia que no desconoce los límites materiales de los decretos leyes.

Publicada en el «BOE» núm. 286, de 30 de noviembre de 2023, pp. 160036-160062 (27 pp.)

Ponente: el magistrado Excmo. Sr. don César Tolosa Tribiño.

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-24508

Fundamentos jurídicos:

9. Conclusión.

Por todo lo señalado hemos de concluir que, en el caso del RDL 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, objeto del presente proceso constitucional, el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE, sin que la regulación contenida en su art. 2 traspase los límites materiales del Decreto Ley previstos en la Constitución y que, en consecuencia, procede que se desestime el presente recurso de inconstitucionalidad.

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 inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra RDL 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

3. Pleno. Sentencia 147/2023, de 6 de noviembre de 2023

Recurso de inconstitucionalidad 4469-2021. Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox del Congreso en relación con el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el 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.

Límites de los decretos leyes: STC 144/2023 (concurrencia del presupuesto habilitante de la situación de extraordinaria y urgente necesidad y de la conexión de sentido de las medidas dispuestas para hacerle frente). Voto particular.

Publicada en el «BOE» nº 301, de 18 de diciembre de 2023, pp. 167035-167041.

Ponente el magistrado Excmo. Sr. don Ricardo Enríquez Sancho.

Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcubilla, la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera y el

magistrado don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 4469-2021

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Cuestión resuelta en la STC 144/2023, de 25 de octubre.

El objeto del presente recurso de inconstitucionalidad coincide sustancialmente con el planteado en el recurso interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra este mismo RDL 9/2021, desestimado en la STC 144/2023, de 25 de octubre. Por lo tanto, procede remitirnos a lo razonado entonces para fundamentar idéntica conclusión. Como allí se explicó:

«[E]l Gobierno sí ha aportado una justificación explícita y razonada para su reacción legislativa de urgencia, lo cual conduce, de entrada, a desestimar las alegaciones que sobre este extremo formula la demanda. En concreto, el Gobierno se ha referido expresamente al presupuesto habilitante del Real Decreto-ley 9/2021 ligándolo a la combinación de varias circunstancias, a saber, (1) el alto y creciente número de trabajadores afectados por la situación de precariedad laboral que se pretende atajar, según los datos que resultan de la actividad de la Inspección General de Trabajo entre los años 2015 y 2021; (2) el incremento del volumen de servicios prestados a través de plataformas digitales y de los problemas asociados a esta realidad en el marco de la pandemia de covid-19; (3) la necesidad de incorporar al Derecho positivo la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2020, para proporcionar seguridad jurídica en un ámbito caracterizado por una fuerte litigiosidad; y (4) el proceso de recuperación económica en el marco de la pandemia, al que las medidas aprobadas podían contribuir mediante el aumento de los ingresos de las personas trabajadoras y la incorporación al sistema de sus cotizaciones sociales» [STC 144/2023, de 25 de octubre, FJ 5 b)].

Los recurrentes discuten también la segunda vertiente del presupuesto habilitante establecida por la doctrina de este tribunal. Consideran que el contenido del Real Decreto-ley 9/2021 no guarda la debida «conexión de sentido» con la situación de urgencia previamente definida.

Tal como declaramos en la STC 144/2023, de 25 de octubre, FJ 5 c), «no se aprecia motivo alguno que ponga de manifiesto que las medidas adoptadas a través del Real Decreto-ley 9/2021 carezcan de la necesaria relación de congruencia con la situación de urgencia definida».

Efectivamente, la situación de extraordinaria y urgente necesidad definida por el Gobierno tal como quedó reflejada en nuestra STC 144/2023, de 25 de octubre, FJ 5 b),

parcialmente transcrita más arriba, vinculada a la precariedad laboral de los repartidores de plataformas digitales y a la necesidad de incorporar la doctrina del Tribunal Supremo sobre los repartidores de las plataformas digitales, es del todo coherente con los dos preceptos contenidos en el RDL 9/2021: el reconocimiento del derecho del comité de empresa a ser informado de los parámetros de los algoritmos que afectan a la toma de decisiones que puedan incidir en las condiciones de trabajo (artículo único, apartado 1), y la presunción de laboralidad de los repartidores de plataformas digitales (apartado 2).

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto.

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 presente recurso de inconstitucionalidad.

4. Pleno. Sentencia 164/2023, de 21 de noviembre de 2023

Recurso de amparo 1293-2021. Promovido por la Unión General de Trabajadores en relación con 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 concentración que pretendía celebrar el 8 de marzo de 2021.

Vulneración del derecho de reunión y manifestación: prohibición injustificada y desproporcionada de la convocatoria de una concentración al aire libre, con número limitado de asistentes y en la que se garantizaba el uso de mascarillas y el mantenimiento de una distancia interpersonal de seguridad. Votos particulares.

Publicada en «BOE» nº 304, de 21 de diciembre de 2023, pp. 169410-169439.

Ponente el magistrado Excmo. Sr. don Ramón Sáez Valcárcel.

1. Voto particular concurrente que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado nº 1293-2021

2. Voto particular que formula la magistrada doña Laura Díez Bueso respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo nº 1293-2021, al que se adhiere la magistrada doña María Luisa Segoviano Astaburuaga

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 el sindicato UGT Madrid y en su virtud:

1º. Declarar que se ha vulnerado su derecho fundamental de reunión y

manifestación (art. 21 CE).

2º. Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular la resolución del delegado del Gobierno en Madrid de fecha 3 de marzo de 2021, que prohibió la manifestación que la demandante había convocado para el día 8 de marzo de 2021 en Madrid, y la sentencia de 7 de marzo de 2021, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, recaída en los autos del derecho de reunión nº 275-2021, que desestimó el recurso interpuesto contra la anterior resolución.

II. SENTENCIAS, AUTOS Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A. Sentencias

1. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 13 de julio de 2023

Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht - Alemania) - MO / SM, actuando en condición de liquidador de G GMBH.

Procedimiento prejudicial - Política social - Despidos colectivos - Directiva 98/59/CE - Información y consulta - Artículo 2, apartado 3, párrafo segundo - Obligación del empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo de transmitir a la autoridad pública competente una copia de la información comunicada a los representantes de los trabajadores - Objetivo - Consecuencias del incumplimiento de dicha obligación)

Asunto C-134/22¹

Fallo:

El Tribunal de Justicia (Sala Décima), dicta la siguiente

Sentencia:

El artículo 2, apartado 3, párrafo segundo, 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, debe interpretarse en el sentido de que, la obligación que incumbe al empresario de transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en el artículo 2, apartado 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.

¹ DO C 222 de 7.6.2022.

2. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2023*²

Procedimiento prejudicial - Política social - Directiva 79/7/CEE - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social - Artículo 6 - Norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión únicamente para las mujeres -

Sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia que permite declarar que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo - Práctica administrativa consistente en seguir aplicando esa norma a pesar de dicha sentencia - Discriminación distinta - Reparación pecuniaria - Reembolso de los gastos relativos a las costas y los honorarios de abogado»

Asunto C 113/22

Objeto:

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante auto de 2 de febrero de 2022, recibido en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2022, en el procedimiento entre DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de 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 (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

FALLO:

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda), dicta la siguiente

Sentencia:

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, y, en particular, su art. 6 deben interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión, presentada por un afiliado de sexo masculino, que ha sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reserva la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en una sentencia prejudicial dictada con anterioridad a la resolución denegatoria de la solicitud en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al

2

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=277412&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2519244#Footnote*

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, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial.

3. *Sentencia Del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 12 de octubre de 2023*³

Procedimiento prejudicial - Seguridad social de los trabajadores migrantes - Reglamento (CE) nº 883/2004 - Artículo 55, apartado 1, letra a) -

Acumulación de prestaciones de distinta naturaleza - Aplicación de las normas nacionales que prohíben la acumulación - Cálculo de la pensión de supervivencia - División de las cuantías de la prestación o prestaciones u otros ingresos, tal y como hayan sido computados, por el número de prestaciones - Concepto de “cuantías tal y como hayan sido computadas”»

Asunto C 45/22

Objeto:

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el tribunal du travail francophone de Bruxelles (Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas, Bélgica), mediante resolución de 4 de enero de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de enero de 2022.

FALLO:

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima), dicta la siguiente

Sentencia:

El art. 55, 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, “cuando el disfrute de prestaciones de distinta naturaleza o de otros ingresos exija la aplicación de cláusulas antiacumulación nacionales en lo referente a prestaciones independientes, permite a cada Estado miembro interesado establecer en su ordenamiento jurídico, al objeto de calcular la cuantía de la prestación que ha de abonarse, bien que procede dividir la cuantía total de los ingresos computados por esas cláusulas nacionales entre el número

3

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=54C472FB3909C2E3E3FFA66F470AE21E2?text=&docid=278513&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=986776#Footnote*

trabajador no realizó un trabajo efectivo al servicio del empresario, toda vez que este último no le asignó un trabajo y que ya disfruta, con arreglo al Derecho nacional, de una compensación financiera por dicho período.

5. Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023

Agente contractual internacional en la Oficina del Representante Especial de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina - Política exterior y de seguridad común.

Resolución del contrato de trabajo tras la retirada del Reino Unido de la Unión - Competencia del juez de la Unión - Naturaleza contractual del litigio - Inexistencia de cláusula compromisoria y de cláusula atributiva de competencia - Artículos 263 TFUE, 268 TFUE, 272 TFUE y 274 TFUE - Reglamento (UE) nº 1215/2012 - Admisibilidad - Identificación de las partes demandadas - Concepto de "órgano u organismo de la Unión" - Incompetencia e inadmisibilidad parciales»]

Asunto T-776/20⁵

Objeto

Mediante su recurso basado en los arts. 263 TFUE, 268 TFUE y 272 TFUE, el demandante solicita, con carácter principal, en primer lugar, que se declare ilegal la decisión del Representante Especial de la Unión Europea (en lo sucesivo, «REUE») en Bosnia y Herzegovina, de 17 de noviembre de 2020, por la que este resolvió su contrato de trabajo a partir del 31 de diciembre de 2020 y la reparación de los perjuicios que alega haber sufrido como consecuencia de dicha decisión; en segundo lugar, la recalificación de su relación contractual con el REUE en Bosnia y Herzegovina como contrato de trabajo de duración indefinida (CDI), en tercer lugar, la reparación de los perjuicios que alega haber sufrido como consecuencia de que el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea y el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) no adoptaran un estatuto claro que le fuera aplicable y, con carácter subsidiario, que se declare la responsabilidad extracontractual de la Unión en caso de que se desestimen sus pretensiones formuladas con carácter principal.

Fallo

El Tribunal General, dicta la siguiente

Sentencia:

1) Desestimar el recurso:

- por falta de competencia, en la medida en que tiene por objeto que se ordene la reincorporación laboral del Sr. Robert Stockdale en la Oficina del Representante Especial de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina;

⁵ DO C 128, de 12.4.2021.

- por falta de competencia, en la medida en que tiene por objeto que se recalifiquen los contratos de trabajo de duración determinada del Sr. Stockdale como un único contrato de trabajo de duración indefinida y que se declare que las partes demandadas incumplieron sus obligaciones contractuales;

- por inadmisibile, en lo que atañe al Consejo de la Unión Europea, a la Comisión Europea y al Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), en la medida en que tiene por objeto que se anule la decisión del Representante Especial de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina, de 17 de noviembre de 2020, por la que se puso fin al contrato de trabajo del Sr. Stockdale, así como la reparación de los daños y perjuicios supuestamente causados por dicha decisión.;

- por inadmisibile, en todo lo demás, en lo que respecta a la Comisión y al SEAE.

2) Desestimar las excepciones de incompetencia y de inadmisibilidad en todo lo demás.

3) La Comisión y el SEAE cargarán con sus propias costas en relación con las excepciones de incompetencia y de inadmisibilidad.

6. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de octubre de 2023* ⁶

Procedimiento prejudicial - Política social - Trabajo a tiempo parcial - Directiva 97/81/CE - Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo a Tiempo Parcial - Cláusula 4, punto 1.

Principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial Principio de pro rata temporis - Pilotos - Retribución por tiempo extraordinario de actividad de vuelo - Umbrales de activación idénticos para los pilotos que trabajan a tiempo completo y para los pilotos que trabajan a tiempo parcial - Diferencia de trato»

Asunto C 660/20,

Objeto:

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania), mediante resolución de 11 de noviembre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de diciembre de 2020.

Fallo:

EL Tribunal de Justicia (Sala Primera), dicta la siguiente

6

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=61760A2201AE450009F7D914AFA96F37?text=&docid=278791&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2755749#Footnote*

Sentencia:

1) La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que, una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria, de manera uniforme para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo de un piloto, constituye trato «menos favorable» de los trabajadores a tiempo parcial en el sentido de dicha disposición.

2) La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria, de manera uniforme para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo de un piloto, con la finalidad de compensar una carga de trabajo particular de esa actividad.

7. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2023

Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia) - DX / Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

Procedimiento prejudicial - Política social - Directiva 79/7/CEE - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social - Artículo 6 - Norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión únicamente para las mujeres - Sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia que permite declarar que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo - Práctica administrativa consistente en seguir aplicando esa norma a pesar de dicha sentencia - Discriminación distinta - Reparación pecuniaria - Reembolso de los gastos relativos a las costas y los honorarios de abogado).

Asunto C-113/22⁷ TGSS. (C/2023/489)

Fallo

⁷ [DO C 244 de 27.6.2022](#)

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) dicta la siguiente

Sentencia:

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, y, en particular, su art. 6 deben interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión, presentada por un afiliado de sexo masculino, que ha sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reserva la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en una sentencia prejudicial dictada con anterioridad a la resolución denegatoria de la solicitud en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad 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, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial.

8. Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023

OR y OS/Comisión («Función pública - Funcionarios - Pensión de jubilación .

Derechos a pensión adquiridos antes de la incorporación al servicio de la Unión - Transferencia al régimen de la Unión - Tiempo de servicio inferior a diez años - Fallecimiento - Denegación de la devolución del capital correspondiente a los derechos a pensión nacionales transferidos y a los derechos a pensión adquiridos en el RPIUE - Artículos 11, apartado 1, y 12, apartado 1, letra b), del anexo VIII del Estatuto - Enriquecimiento sin causa»).

Asunto T-171/22⁸ (C/2023/526)

Objeto

Mediante su recurso, basado en el artículo 270 TFUE, los demandantes, OR y OS, en su condición de causahabientes de A, solicitan, en primer lugar, la anulación de la

⁸ [DO C 207 de 23.5.2022](#)

decisión de la Oficina de Gestión y Liquidación de los Derechos Individuales (PMO) de la Comisión Europea, de 12 de julio de 2021, por la que se desestima su petición de devolución, por una parte, del capital correspondiente a los derechos a pensión nacionales adquiridos por su padre antes de su incorporación al servicio de la Unión Europea y transferidos al régimen de pensiones de las instituciones de la Unión (en lo sucesivo, «RPIUE») y, por otra parte, del capital correspondiente a las contribuciones de A al RPIUE antes de su fallecimiento, así como, en la medida en que se considere que aporta una motivación complementaria, la anulación de la decisión, de 22 de diciembre de 2021, por la que se desestimó la reclamación de los demandantes, y, en segundo lugar, la devolución de las cantidades solicitadas, más los intereses al tipo fijado por el Banco Central Europeo (BCE) para las principales operaciones de refinanciación, incrementado en 2 puntos porcentuales.

Fallo

El Tribunal General dicta la siguiente

Sentencia:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar en costas a OR y OS.

9. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 16 de noviembre de 2023*⁹

Procedimiento prejudicial - Trabajadores migrantes - Seguridad social - Legislación aplicable - Reglamento (CE) nº 987/2009 - Artículos 5, 6 y 16 - Certificado A1 - Inexactitud de las menciones.

Retirada de oficio - Obligación de la institución emisora de iniciar un procedimiento de diálogo y conciliación con la institución competente del Estado miembro de acogida - Inexistencia»

Asunto C 422/22,

Objeto:

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia), mediante resolución de 27 de abril de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de junio de 2022.

Fallo:

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) dicta la siguiente

Sentencia:

9

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=BF4633C7181FBFD2CC667CD97AD760D0?text=&docid=279758&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=456357#Footnote*

Los arts. 5, 6 y 16 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 la institución emisora de un certificado A1 que, tras un revisión de oficio de los elementos en los que se basa la expedición de dicho certificado, constata la inexactitud de tales elementos, puede retirar el certificado sin iniciar previamente el procedimiento de diálogo y conciliación previsto en el art. 76, apartado 6, del Reglamento 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, con las instituciones competentes de los Estados miembros afectados con el fin de determinar la legislación nacional aplicable.

10. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 16 de noviembre de 2023*¹⁰

Procedimiento prejudicial - Funcionarios de la Unión Europea - Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea -

Afiliación obligatoria al régimen de seguridad social de las instituciones de la Unión Europea - Funcionario de la Unión Europea jubilado que ejerce una actividad profesional por cuenta propia - Obligación de pago de las cotizaciones sociales establecida en la legislación del Estado miembro en el que se ejerce la actividad»

Asunto C 415/22,

Objeto:

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el tribunal du travail francophone de Bruxelles (Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas, Bélgica), mediante resolución de 9 de junio de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de junio de 2022

Fallo:

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) dicta la siguiente

Sentencia:

El art. 14 del Protocolo (nº 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea y las disposiciones del Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea, en particular el art. 72, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la afiliación

10

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=BF4633C7181FBFD2CC667CD97AD760D0?text=&docid=279757&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=456357#Footnote*

obligatoria, en virtud de la legislación de un Estado miembro, al régimen de seguridad social de ese Estado de un funcionario de la Unión Europea que ha permanecido al servicio de una institución de la Unión hasta la edad de jubilación y que ejerce una actividad profesional por cuenta propia en el territorio de dicho Estado miembro.

11. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de octubre de 2023*

Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București - Rumania)
- El/ SC Brink's Cash Solutions SRL [Procedimiento prejudicial - Política social - Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos - Directiva 98/59/CE - Artículos 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), y 6 -

Procedimiento de información y consulta a los trabajadores en caso de proyecto de despido colectivo - Falta de designación de representantes de los trabajadores - Normativa nacional que permite a un empresario no informar y consultar individualmente a los trabajadores afectados]

Asunto C-496/22¹¹, Brink's Cash Solutions (C/2023/732)

Fallo

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) dicta la siguiente

Sentencia:

Los arts. 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), 2, apartado 3, y 6 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 su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que no impone a un empresario la obligación de consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo, cuando estos no han designado representantes de los trabajadores, y que no obliga a dichos trabajadores a proceder a tal designación, siempre que esa normativa permita, en circunstancias ajenas a la voluntad de los propios trabajadores, garantizar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 98/59/CE, en su versión modificada.

12. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 12 de octubre de 2023*

¹¹ [DO C 398 de 17.10.2022.](#)

Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal du travail francophone de Bruxelles - Bélgica) - HK / Service fédéral des Pensions

Procedimiento prejudicial - Seguridad social de los trabajadores migrantes - Reglamento (CE) n 883/2004 - Artículo 55, apartado 1, letra a) - Acumulación de prestaciones de distinta naturaleza - Aplicación de las normas nacionales que prohíben la acumulación - Cálculo de la pensión de supervivencia - División de las cuantías de la prestación o prestaciones u otros ingresos, tal y como hayan sido computados, por el número de prestaciones - Concepto de “cuantías tal y como hayan sido computadas”»]

Asunto C-45/22, Service fédéral des Pensions. C/2023/933

ELI: <http://data.europa.eu/eli/C/2023/933/oj>

Fallo

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) dicta la siguiente

Sentencia:

El art. 55, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n° 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, cuando el disfrute de prestaciones de distinta naturaleza o de otros ingresos exija la aplicación de cláusulas antiacumulación nacionales en lo referente a prestaciones independientes, permite a cada Estado miembro interesado establecer en su ordenamiento jurídico, al objeto de calcular la cuantía de la prestación que ha de abonarse, bien que procede dividir la cuantía total de los ingresos computados por esas cláusulas nacionales entre el número de prestaciones de que se trate, bien que procede dividir entre este mismo número la parte de los ingresos que exceda del límite máximo de acumulación determinado por dichas cláusulas nacionales.

13. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de octubre de 2023*

Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud - República Checa) - YQ / Ředitelství silnic a dálnic ČR .

Procedimiento prejudicial - Política social - Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores - Ordenación del tiempo de trabajo - Directiva 2003/88/CE - Artículo 7, apartado 1 - Derecho a vacaciones anuales retribuidas - Trabajador por cuenta ajena ilícitamente despedido y readmitido en sus funciones mediante resolución judicial - Exclusión del derecho a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el período comprendido entre el despido y la readmisión - Período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de la readmisión.

Asunto C-57/22, Ředitelství silnic a dálnic:

ELI: <http://data.europa.eu/eli/C/2023/934/oj>

Fallo

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) dicta la siguiente

Sentencia:

El art. 7, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual un trabajador ilícitamente despedido y posteriormente readmitido en su puesto de trabajo, de conformidad con el Derecho nacional, a raíz de la anulación de su despido mediante resolución judicial, no tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas por el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión, debido a que, durante ese período, el referido trabajador no realizó un trabajo efectivo al servicio del empresario, toda vez que este último no le asignó un trabajo y que ya disfruta, con arreglo al Derecho nacional, de una compensación financiera por dicho período.

14. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de octubre de 2023*

Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht - Alemania) - MK / Lufthansa CityLine GMBH.

Procedimiento prejudicial - Política social - Trabajo a tiempo parcial - Directiva 97/81/CE - Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo a Tiempo Parcial - Cláusula 4, punto 1 - Principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial - Principio de pro rata temporis - Pilotos - Retribución por tiempo extraordinario de actividad de vuelo - Umbrales de activación idénticos para los pilotos que trabajan a tiempo completo y para los pilotos que trabajan a tiempo parcial - Diferencia de trato.

Asunto C-660/20¹², Lufthansa CityLine. C/2023/1100:

ELI: <http://data.europa.eu/eli/C/2023/1100/oj>

Fallo

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) dicta la siguiente

Sentencia:

1) La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria, de manera uniforme para los trabajadores a

¹² [DO C 62 de 22.2.2021](#).

tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo de un piloto, constituye trato «menos favorable» de los trabajadores a tiempo parcial en el sentido de dicha disposición.

2) La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria, de manera uniforme para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo de un piloto, con la finalidad de compensar una carga de trabajo particular de esa actividad.

15. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de diciembre de 2023*¹³

Procedimiento prejudicial - 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 - Artículo 7 - Derecho a vacaciones anuales retribuidas - Virus SARS-Cov-2 - Medida de cuarentena - Imposibilidad de aplazar las vacaciones anuales retribuidas concedidas en un período que coincida con un período de cuarentena

ASUNTO C 206/22,

Objeto:

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Arbeitsgericht Ludwigshafen am Rhein (Tribunal de lo Laboral de Ludwigshafen am Rhein, Alemania), mediante resolución de 14 de febrero de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de marzo de 2022.

Fallo:

El Tribunal de Justicia (Sala Primera), dicta la siguiente

Sentencia:

El art. 7, apartado 1, 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, y el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos

13

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B039DC8DF6C92EA1827EE4653098F27E?text=&docid=280629&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4501383#Footnote*

Fundamentales de la Unión Europea deben interpretarse en el sentido de que, no se oponen a una normativa o práctica nacional que no permite aplazar los días de vacaciones anuales retribuidas concedidos a un trabajador que no está enfermo en un período que coincida con un período de cuarentena ordenado por una autoridad pública, debido al contacto del trabajador con una persona infectada por un virus.

16. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2023*¹⁴

Procedimiento prejudicial - Ciudadanía de la Unión Europea - Artículos 21 TFUE y 45 TFUE.

Derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros - Trabajador que ha adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida conservando su nacionalidad de origen - Directiva 2004/38/CE - Artículo 3 - Beneficiarios - Artículo 2, apartado 2, letra d) - Miembro de la familia - Ascendientes directos a cargo de un trabajador ciudadano de la Unión - Artículo 7, apartado 1, letras a) y d) - Derecho de residencia por más de tres meses - Conservación del estatuto de persona a cargo en el Estado miembro de acogida - Artículo 14, apartado 2 - Mantenimiento del derecho de residencia - Reglamento (UE) nº 492/2011 - Artículo 7, apartado 2 - Igualdad de trato - Ventajas sociales - Prestaciones de asistencia social - Carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida»

Asunto C 488/21,

Objeto:

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Court of Appeal (Tribunal de Apelación, Irlanda), mediante resolución de 27 de julio de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de agosto de 2021.

Fallo:

El Tribunal de Justicia (Gran Sala), dicta la siguiente

Sentencia:

El art. 45 TFUE, tal como ha sido aplicado por el artículo 7, apartado 2, 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, en relación con el artículo 2, punto 2, letra d), con el artículo 7, apartado 1, letras a) y d), y con el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de

14

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=280767&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10974388#Footnote*

sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, debe interpretarse en el sentido de que, se opone a una normativa de un Estado miembro que permite a las autoridades de ese Estado miembro denegar la concesión de una prestación de asistencia social a un ascendiente directo que, en el momento de la presentación de la solicitud relativa a dicha prestación, está a cargo de un trabajador ciudadano de la Unión Europea, o incluso retirarle el derecho de residencia por más de tres meses, basándose en que la concesión de tal prestación tendría como efecto que ese miembro de la familia dejara de estar a cargo del citado trabajador ciudadano de la Unión y se convirtiera así en una carga excesiva para la asistencia social de dicho Estado miembro.

17. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2023*¹⁵

UL y SA Royal Antwerp Football Club contra Union royale belge des sociétés de football Association ASBL.

Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal de primera instancia francófona de Bruselas, con arreglo al artículo 267 TFUE, presentada mediante resolución de 15 de octubre de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de noviembre de 2021. Competencia - Mercado interior - Normas introducidas por asociaciones deportivas nacionales e internacionales - Fútbol profesional - Entidades de Derecho privado dotadas de competencias de regulación, control y sanción - Normas que exigen a los clubes de fútbol profesionales utilizar un número mínimo de jugadores locales agentes «ya desarrollados» - Artículo 101 TFUE, apartado 1 - Decisión de una asociación de empresas que afecta negativamente a la competencia - Conceptos de «objeto» y «efecto» anticompetitivos - Exención con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3 - Condiciones - Artículo 45 TFUE - Discriminación indirecta por motivos de nacionalidad - Restricción de la libre circulación de trabajadores - Justificación - Condiciones - Carga de la prueba.

Asunto C-680/21.

Fallo:

El Tribunal de Justicia (Gran Sala),

Resuelve:

1. Art. 101, apartado 1 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que excluye normas adoptadas por una asociación responsable de organizar competiciones de

¹⁵ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0680#Footnote*

fútbol a nivel europeo y aplicadas tanto por esa asociación como por sus asociaciones nacionales de fútbol miembros, y que exigen que cada club que participa en dichas competiciones esté incluido en la lista de sus jugadores e incluir en el acta de partido un número mínimo de jugadores entrenados por el propio club o dentro del territorio de la asociación nacional a la que está afiliado ese club, y las reglas que hayan sido adoptadas por una asociación responsable de organizar competiciones de fútbol en nivel nacional, y que exigen que cada club que participa en dichas competiciones inscriba en la lista de sus jugadores e incluya en el acta un número mínimo de jugadores formados en el territorio de esa asociación, si se establece, en primer lugar, que dichas decisiones por asociaciones de empresas pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y, en segundo lugar, que tienen por objeto o por efecto restringir la competencia entre clubes de fútbol profesionales, a menos que, en el segundo de estos supuestos, se demuestre, mediante argumentos y pruebas, que ambos están justificados por la persecución de uno o más objetivos que sean legítimos y estrictamente necesarios para tal fin.

2. Art. 101, apartado 3, TFUE, debe interpretarse en el sentido de que permite que tales decisiones de asociaciones de empresas, si resultan contrarias al apartado 1 de dicho artículo, se beneficien de una exención a la aplicación de dicho apartado sólo si se demuestra, mediante argumentos y pruebas convincentes, que se cumplen todas las condiciones requeridas para tal fin.

3. Art. 45 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que excluye normas adoptadas por una asociación responsable de organizar competiciones de fútbol a nivel nacional y que exigen que cada club que participa en dichas competiciones inscriba en la lista de sus jugadores e incluya en el acta de partido un número mínimo de jugadores formados en la jurisdicción territorial de dicha asociación, a menos que se establezca que dichas normas son adecuadas para garantizar, de manera coherente y sistemática, la consecución del objetivo de fomentar, a nivel local, la contratación y la formación de jóvenes futbolistas profesionales, y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

B. Autos

1. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 5 de octubre de 2023

Thomas Heidmann / Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea [Recurso de casación - Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia - Salud

pública - Reglamento (UE) 2022/1034 - Reglamento (UE) 2021/953 - «Certificado COVID digital de la UE» -

Libre circulación de personas - Derecho a la protección de la salud y a la vida - Restricciones - Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente infundado.

Asunto C-43/23 P:¹⁶ (C/2023/1118)

Fallo:

1) Desestimar el recurso de casación por ser, en parte, manifiestamente inadmisibile y, en parte, manifiestamente infundado.

2) Condenar al Sr. Thomas Heidmann a cargar, además de con sus propias costas, con las del Parlamento Europeo y las del Consejo de la Unión Europea.

2. *Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de octubre de 2023*

Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana) - Adolfo / Direccion000 CB, Alfonso, Álvaro, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) (Procedimiento prejudicial - Artículos 53 y 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

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 - Artículo 7 - Derecho a vacaciones anuales retribuidas - Compensación económica por las vacaciones no disfrutadas tras la extinción de la relación laboral - Plazo de prescripción de un año - Información adecuada al trabajador)

Asunto C-795/22¹⁷, Direccion000 y otros) (C/2023/1428)

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, y el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que, se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual el derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido por un trabajador prescribe al año, a contar desde la finalización del período anual de referencia al que correspondan esas vacaciones, si el empresario no permitió de manera efectiva al trabajador ejercer ese derecho, incluso en caso de que el trabajador,

¹⁶ [DO C104 de 20.3.2023.](#)

¹⁷ Fecha de presentación: 30.12.2022.

antes de la extinción de la relación laboral, no haya entablado un procedimiento que produzca el efecto de interrumpir el plazo de prescripción.

C. Conclusiones de los abogados generales

1. Conclusiones del Abogado General Sr. Priit Pikamäe presentadas el 14 de septiembre de 2023 ¹⁸

Asunto C 75/22.- Comisión Europea contra República Checa

Incumplimiento de Estado - Directivas 2005/36/CE y 2013/55/UE - Reconocimiento de cualificaciones profesionales - Artículo 3, apartado 1, letras g) y h) - Período de prácticas - Prueba de aptitud - Determinación del estatuto del migrante en prácticas y del solicitante que desea prepararse para la prueba de aptitud - Artículo 6, letra b) - Prestadores de servicios - Dispensa de la obligación de inscripción en un organismo de seguridad social de Derecho público del Estado miembro de acogida - Artículo 45, apartado 2 - Farmacéuticos - Ejercicio autónomo de actividades - Experiencia profesional complementaria.

OBJETO: En el presente asunto, la Comisión Europea ha interpuesto un recurso con arreglo al artículo 258 TFUE contra la República Checa por no haber transpuesto correctamente varias disposiciones de la Directiva 2005/36/CE, en su versión modificada por la Directiva 2013/55/UE (en lo sucesivo, «Directiva 2005/36»). La Comisión formula ocho imputaciones. A petición del Tribunal de Justicia, las presentes conclusiones se centrarán en las imputaciones primera, segunda, cuarta y quinta.

VI. Conclusión

A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre las imputaciones primera, segunda, cuarta y quinta del siguiente modo:

«1) La República Checa:

- ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartado 1, letras g) y h), 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 Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, al no haber adoptado las medidas necesarias para determinar el estatuto del migrante en

18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=277418&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2519244#Footnote1>

prácticas y el estatuto del solicitante que desea prepararse para la prueba de aptitud, y

- ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 45, apartado 2, letra e), de la Directiva 2005/36, en su versión modificada por la Directiva 2013/55, al supeditar el ejercicio autónomo de las actividades relacionadas con la gestión de una farmacia a la adquisición de competencias especializadas.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.»

*2. Conclusiones del Abogado General Sr. Nicholas Emiliou presentadas el 5 de octubre de 2023*¹⁹

Asunto C 283/21.

Procedimiento prejudicial - Seguridad social de los trabajadores migrantes - Coordinación de los sistemas de seguridad social - Reglamento (CE) nº 987/2009 - Artículo 44, apartado 2 - Ámbito de aplicación - Prestaciones de invalidez - Cálculo - Consideración de los “períodos de educación de los hijos” cubiertos en otros Estados miembros - Requisitos - Artículo 21 TFUE - Libre circulación de los ciudadanos»

Conclusión

Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Tribunal Regional de lo Social de Renania del Norte-Westfalia, Alemania):

«El artículo 44, apartado 2, 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, debe interpretarse en el sentido de que, en virtud del artículo 21 TFUE, el Estado miembro deudor de la pensión está obligado a aplicar su legislación y a computar como períodos cubiertos en su territorio los “períodos de educación de los hijos” cubiertos en otro Estado miembro siempre que, en primer lugar, la persona interesada haya cumplido “períodos de seguro” en el primer Estado miembro antes de ocuparse de la educación de sus hijos y, en segundo lugar, dicho Estado miembro fue aquel en el que esa persona hubo cubierto tales “períodos de seguro” en último lugar antes de trasladar su residencia

19

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9726824A1E303324A150E9D16DD48247?text=&docid=278261&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4002118#Footnote1>

al otro Estado miembro. La obligación del primer Estado miembro de tener en cuenta los “períodos de educación de los hijos” cubiertos en el segundo Estado miembro no se aplica si este último ya computa los referidos períodos con arreglo a su propia legislación. El concepto de “períodos de seguro” puede abarcar períodos asimilados a “períodos de seguro” con arreglo a la legislación del Estado miembro deudor de la pensión en los que no se haya cotizado al régimen legal de seguro de pensiones de ese Estado miembro».

*3. Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 16 de noviembre de 2023*²⁰

Asunto C 627/22

Procedimiento prejudicial - Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza - Traslado del domicilio de una persona física de un Estado miembro a Suiza - Fiscalidad directa - Libre circulación de los trabajadores asalariados - Igualdad de trato - Ventajas fiscales - Impuesto sobre la renta - Tributación rogada únicamente disponible para los trabajadores asalariados parcialmente sujetos, con residencia fiscal en un Estado miembro de la UE o en un país del EEE.

OBJETO: Este reenvío prejudicial versa sobre el trato dispensado a los trabajadores por cuenta ajena residentes en Suiza, parcialmente sometidos al impuesto alemán sobre la renta cuando perciben salarios en Alemania.

Conclusión

A tenor de lo expuesto, propongo responder al Finanzgericht Köln (Tribunal de lo tributario de Colonia, Alemania) de la manera siguiente:

«Las disposiciones del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, en particular, su artículo 7 en relación con el artículo 9, apartado 2, del anexo I,

han de interpretarse en el sentido de que:

Se oponen a la normativa de un Estado miembro que niega a los trabajadores por cuenta ajena residentes en Suiza y sujetos parcialmente al impuesto sobre la renta vigente en Alemania la posibilidad de solicitar voluntariamente la tributación rogada en tal impuesto, en particular, para recibir una devolución de su cuota

20

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=BF4633C7181FBFD2CC667CD97AD760D0?text=&docid=279785&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=456357#Footnote1>

gracias a la deducción de gastos profesionales y a la imputación de las retenciones salariales practicadas en Alemania a cuenta del referido impuesto, a la vez que permite dicha posibilidad a los residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo».

**LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO. CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD ELEVADA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
LAS ISLAS BALEARES**

Por

SONSOLES DE LA VILLA DE LA SERNA
Abogada matrimonialista
Letrada del Tribunal de la Rota

sonsolesdelavilla@gmail.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: La manifiesta discriminación que sufren las parejas de hecho a efectos del devengo de la pensión de viudedad ha merecido históricamente la denuncia de parte de algunos juzgados y tribunales, minoritarios respecto de aquellos otros que justifican la diferencia de trato con los matrimonios, incluso en supuestos de extensa convivencia y afecto marital, hijos y bienes comunes, titularidad de documentos varios, a falta únicamente del registro municipal, autonómico o notarial. De ahí la importancia de la Cuestión de Inconstitucionalidad elevada recientemente al Tribunal Constitucional por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, con argumentos jurídicos consistentes que obligarán al Tribunal de Garantías a confirmar su restrictiva doctrina actual, o a revisarla y poner fin a la discriminación denunciada.

PALABRAS CLAVE: Parejas de hecho; discriminación; pensión de viudedad; cuestión de inconstitucionalidad.

SUMARIO: I. Los hechos del caso enjuiciado.- II. Los argumentos de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.- III. Acuerdos de la Sala, en atención a lo expuesto.- IV. ¿Un futuro previsible?

**THE DISCRIMINATION OF THE UNMARRIED COUPLES. THE QUESTION OF
UNCONSTITUTIONALITY RAISED BEFORE THE CONSTITUTIONAL
COURT, BY THE SOCIAL CHAMBER OF THE BALEARIC ISLAND HIGH
COURT OF JUSTICE**

ABSTRACT: The evident discrimination suffered by Unmarried Couples, for the purpose of accrual of the widow's or widower's pension, has historically merited the condemnation of some courts and tribunals, minority with respect to those others that justify the difference in treatment with Married Couples, even in cases of extensive cohabitation and marital affection, children and common property, ownership of various documents, in the absence only of the municipal, regional or notarial registry. Hence the importance of the question of unconstitutionality recently raised before the Constitutional Court by the Social Chamber of the High Court of Justice of the Balearic

Islands, with consistent legal arguments that will force the Constitutional Court to confirm its current restrictive doctrine, or to review it and put an end to the discrimination denounced.

KEYWORDS: Unmarried Couples; discrimination; widow's pension; question of unconstitutionality.

SUMMARY: I. Fact as Found.- II. The Grounds of the Social Chamber of the Balearic Islands High Court of Justice.- III. In accordance with the reason given.- IV. A foreseeable future?.

I. LOS HECHOS DEL CASO ENJUICIADO

1. El Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza (Proced. 530/2021), dictó la sentencia nº 310/2022, de 3 de noviembre, desestimando la demanda en solicitud de pensión de viudedad que AAA había interpuesto contra el INSS, por no acreditar el requisito de formalización de la relación de pareja de hecho. Interpuesto recurso de suplicación (Rollo 24/2023) contra la citada sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, adoptó el acuerdo -tras diversos trámites de alegaciones de las partes y requerimiento de aportación de datos estadísticos a la entidad gestora- de elevar Cuestión de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC), dictando a tal efecto el Auto de 17 de noviembre de 2023, del que fue ponente el magistrado Sr. Agustí Maragall.

2. Son hechos probados que, al fallecimiento de su pareja masculina, la actora había convivido con ella ininterrumpidamente al menos durante 30 años, con análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos hijos en común fruto de dicha relación. Constando además en el expediente administrativo la relación de dependencia económica entre los miembros de la pareja, pues en el año 2020, anterior al hecho causante, la demandante percibió la cantidad de 11.525,45€, frente a los 47.393,92€ percibidos por el causante, lo que supuso un 19,56% de la suma total de ambas rentas. Es decir que, a falta de la formalización de la relación de pareja de hecho, la demandante cumplía todos los requisitos constitutivos del art. 221.2 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) para devengar el derecho a la pensión de viudedad, a saber, la dependencia económica, no hallarse impedida para contraer matrimonio y acreditar una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento, de una duración ininterrumpida superior a cinco años¹.

¹ El art. 221.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto-legislativo 8/2015, de 30 de octubre (Boe 31 de octubre) dispuso en su redacción original lo siguiente: ... "A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a

Considera el Auto de 17 de noviembre de 2023 que los preceptos constitucionales con los que podría colisionar la norma legal cuestionada, en la interpretación expuesta, es el art. 14 CE, que proclama la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de sexo, en relación con los arts. 39 y 41 CE, respectivamente relativos a la protección social, económica y jurídica de la familia y a la protección social ante situaciones de necesidad. Recuerda, asimismo que, hasta el presente, la doctrina constitucional ha desestimado la existencia de discriminación entre las parejas vinculadas por matrimonio y las parejas de hecho, o entre las parejas de hecho registradas y las parejas de hecho no registradas (SS.TC 40/14, 44/14, 45/14, 51/14 y 60/14), reproduciendo un amplio pasaje de la sentencia 51/14.

II. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

1. El Auto de 17 de noviembre de 2023 plantea dos dudas de constitucionalidad. La primera de ellas ... “es si la norma cuestionada, al exigir como único medio de acreditación de la pareja de hecho la inscripción registral o la constitución ante notario, aun habiendo quedado sobradamente acreditada en sede judicial la realidad de su existencia (con más de 30 años de convivencia y dos hijos en común), no provoca una consecuencia manifiestamente desproporcionada -como es la denegación de la pensión de viudedad- desde el escrutinio al que obliga la cláusula de igualdad (art. 14 CE), con grave lesión del derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) y el acceso a las prestaciones de Seguridad social (art. 41 CE), al tratarse de una prestación que responde a una situación de necesidad (en razón de la dependencia económica exigida). Esta consecuencia manifiestamente desproporcionada entre ‘parejas de hecho registradas’ y ‘parejas de hecho no registradas’ se pone de manifiesto en la información estadística facilitada por el INSS, según la cual, cuando las parejas de hecho suponen un 16,2% del conjunto de parejas (según la información estadística del

cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

Posteriormente, este precepto fue modificado, en su párrafo primero, por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre (Boe 29), quedando redactado en estos términos ... “A efectos de lo establecido en este artículo, se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos comunes, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente”.

INE), las pensiones de viudedad reconocidas desde tal vínculo, en razón de la exigencia de formalización cuestionada, suponen el 0,15% del total (1,5 por 1.000 de las pensiones derivadas de vínculo conyugal)".

La segunda duda que suscita se refiere a si ese efecto desproporcionadamente restrictivo ... "impacta en una prestación tan feminizada como es la de viudedad, carácter feminizado acentuado por la dependencia económica exigida para acceder a la misma, por lo que la formalización analizada desde la perspectiva de género pudiera constituir una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida en el segundo inciso del art. 14 CE", siendo relevante destacar, anota el Auto, que el TC nunca ha tenido ocasión de pronunciarse, hasta la fecha ... "sobre la posible inconstitucionalidad por este impacto negativo por razón de sexo", puesto que el art. 221.2 LGSS se promulgó ... "con posterioridad a haberse dictado las SS.TC 40/14, 44/14, 45/14, 51/14 y 60/14; y que, ello no obstante, al definir en el primer párrafo del apartado segundo los elementos constitutivos de la pareja de hecho, incluyó exclusivamente los estrictamente materiales (convivencia marital, libertad conyugal y dependencia económica), sin incluir -como podía haber hecho, a la luz de la doctrina constitucional- la exigencia de formalización de la pareja de hecho como requisito constitutivo *ad solemnitatem* establecido en la indicada doctrina constitucional, manteniendo en el segundo párrafo su justificación como instrumento de acreditación" ... De ahí que debiera entenderse que la exigencia de formalización opere no solemne sino solo instrumentalmente, o ... "en palabras de la S.TEDH de 19 de enero de 2023, como una garantía adicional que ayuda a las autoridades públicas a prevenir el fraude".

2. Procede el Auto seguidamente a la fundamentación de esas dudas, partiendo de la propia doctrina del TC, en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, cuyo FJ. 5 afirma que ..."la Constitución no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio. ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia, sino que entiende que también "son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia y las familias extramatrimoniales o monoparentales" (STC 222/1992, de 11 de diciembre). Estableciendo, asimismo ... "que, hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia y, no siendo tampoco este el momento para elaborarlo, ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirán las familias que se originan en el matrimonio, pero también las que no tienen ese origen" (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 4).

Pasa revista el Auto a los antecedentes más significativos, como la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, primera norma que estableció el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, la STC 41/2013, de 14 de febrero, interpretativa de esa norma y la

regulación contenida en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 (art. 174.2), para resaltar que en ninguno de tales antecedentes de la legislación en vigor ... “se estableció el carácter constitutivo o *ad solemnitatem* de la exigencia de formalización como elemento constitutivo para la ‘consideración’ de la pareja de hecho (especificados en el primer párrafo de la norma), sino -claramente- como un instrumento de acreditación (en el segundo párrafo), tal como, por cierto, ha entendido la S.TEDH de 19 de enero de 2023”. Y habrá que esperar a la STC 40/2014 para que, siguiendo la interpretación del Tribunal Supremo (TS), se hable ya de ‘pareja de hecho registrada’ o, incluso, de ‘pareja de derecho’, cambio de denominación que el Auto atribuye a la cuestión de inconstitucionalidad relativa a la remisión al Derecho Civil autonómico en la ‘consideración’ de la pareja de hecho (que exoneraba de la exigencia de formalización de las parejas de hecho a determinadas CCAA) que originó la STC 40/14.

Sobre datos estadísticos de 2020, el Auto acredita el trato desigual de las parejas de hecho respecto de los matrimonios e incluso respecto de las parejas de hecho ‘de derecho’. Los datos del INE informan de la existencia de 1.826.900 parejas de hecho frente 9.480.400 matrimonios, en el año 2020, lo que supone que las parejas de hecho estables representen un 16,2% del total. En contraposición, según datos del INSS, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007) y el 31 de diciembre de 2021 (día anterior a la entrada en vigor de la Ley 21/2021, periodo de vigencia del art. 174.3 LGSS/94 y del art.221 LGSS, versión anterior a la Ley 21/21), el número de altas beneficiarios/as de la pensión de viudedad causadas por ‘cónyuge superviviente’ y por supérstite de ‘pareja de hecho’ (sin entrar en la segregación por sexos) y en todo el territorio nacional, arroja la conclusión de que, habiendo sido reconocidas durante dicho período de catorce años, 1.660.369 pensiones de viudedad ‘por cónyuge superviviente’, en el mismo período solo se reconocieron 2.600 pensiones por ‘pareja de hecho’, lo que supone el reconocimiento de 1,5 pensiones de pareja de hecho por cada 1.000 pensiones ‘conyugales’, o sea, un 0,15% en términos porcentuales. Para concluir que de la comparación de estos datos se hace evidente la manifiesta desproporción en el acceso a la pensión de viudedad para las parejas de hecho estables. De manera que aún desde la premisa de que el legislador, según el preámbulo de la Ley 40/2008, sólo pretendía “una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial ... habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho”, la desproporción en el resultado es incompatible con los preceptos constitucionales invocados, alejándose mucho de esa pretendida ‘aproximación’. De las causas de denegación de las pensiones de viudedad a las parejas de hecho, la más importante,

aunque no la única, fue, en el periodo 2008-2021, el incumplimiento de la exigencia de formalización, cifrándose en el 34,15%.

3. Se pregunta el Auto, a la vista de ese resultado, si -aún desde el entendimiento y asunción de la doctrina constitucional conforme a la cual la 'pareja de hecho estable' y el matrimonio son uniones distintas y por ello pueden recibir distinta protección por parte del legislador- tal desproporción en el acceso, una vez el legislador tomó la decisión de incluir también a las primeras en la protección social a la familia mediante el acceso a la pensión de viudedad en una 'situación de necesidad', pudiera no tener justificación constitucional desde la cláusula general de igualdad (art. 14 CE), en relación al mandato constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) y el acceso a las prestaciones de seguridad social (art. 41 CE). Y se pregunta el Auto también, si se justifica el carácter *ad solemnitatem* de tal exigencia cuando -en sede administrativa o en sede judicial- han quedado plenamente acreditados la concurrencia y prolongación en el tiempo (más de 30 años) no solo de todos los elementos estrictamente 'constitutivos' de la pareja de hecho (la convivencia ininterrumpida, hijos en común, adquisición conjunta de vivienda y dependencia económica) sino, incluso, la realidad del 'compromiso de convivencia' al que se refiere la doctrina constitucional (no explicitado en el art. 221 LGSS).

Concluyendo que, en situaciones como la analizada, de plena acreditación de todos los elementos esenciales de la situación que se pretende proteger -con excepción de la exigencia formal, que debiera entenderse de carácter instrumental y no constitutivo- "la denegación del acceso a la pensión de viudedad supone una consecuencia manifiestamente desproporcionada desde el escrutinio al que nos obliga la cláusula de igualdad (art. 14 CE), con grave lesión del derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) y el acceso a las prestaciones de Seguridad social (art. 41 CE). Y que la propia penalidad de tener que recurrir a la vía judicial para acceder a la pensión constituiría una consecuencia más proporcionada y, por consiguiente, más respetuosa con el principio de igualdad que no la confirmación de la denegación de la pensión por incumplimiento de un requisito formal cuya finalidad, acreditar la realidad de la pareja de hecho, ya ha satisfecho el propio pronunciamiento judicial".

4. Sobre el requisito de la formalización, el Auto se apoya en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citando sus recientes pronunciamientos de 19 y 26 de enero y 20 de julio de 2023, en los que se determina que la formalización es solo una garantía adicional para prevenir el fraude, pero no un requisito constitutivo *ad solemnitatem* de la prestación. Con sus propios términos *"el requisito de que una sociedad se formalice al menos dos años antes de la muerte de uno de los socios para que el otro socio tenga derecho a una pensión de sobreviviente, es en realidad una garantía adicional que ayuda*

a las autoridades públicas a prevenir el fraude y garantizar que la vida del sobreviviente las pensiones solo se asignan para el propósito previsto". Y, respecto de la posible discriminación por razón de sexo, el Auto remite a la reciente STC 44/23, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, que ha afirmado, de manera reiterada, "la necesidad de integrar la perspectiva de género como enfoque metodológico y criterio hermenéutico transversal. para lograr que la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres sea real y efectiva, tras recordar que, con arreglo a los preceptos de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos, afirmando la obligación de jueces y tribunales, como poder del Estado, de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional".

De modo que, resume el Auto, la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho del trabajo y de la Seguridad social se presenta como la plasmación del principio de igualdad de oportunidades, con el objetivo de corregir y superar los estereotipos de género encubiertos o latentes en las normas. En puridad, aparece como un mandato directo al conjunto del poder judicial para materializar en sus resoluciones el principio de igualdad efectiva. Por tanto, no se trata de una opción o recomendación para la buena práctica de la función jurisdiccional, sino que se presenta como una pauta de actuación obligatoria a la hora de interpretar y aplicar las normas. Sin embargo, prosigue el Auto, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión, hasta la fecha, de pronunciarse, desde la perspectiva de género sobre la exigencia cuestionada y sobre el tremendo efecto restrictivo que genera en el acceso a una pensión tan feminizada, ni tan siquiera respecto a la regulación contenida en la norma antecesora (art. 174.3 LGSS/94) a la que es objeto de la presente cuestión (art. 221.2 LGSS/15).

Se remonta el Auto a la alegación de la demandante, en la audiencia previa conferida, argumentando que la exigencia formal penaliza principalmente a las mujeres por una decisión que no depende en exclusiva de su voluntad, sino de la conjunta con sus parejas, exigencia que pudiera no ser neutral y que, en todo caso, genera un manifiesto impacto negativo en el género femenino. En contra el INSS -pero sin cuestionar en ningún momento el dato estadístico relativo a la feminización de la pensión de viudedad-, resaltaba la neutralidad de la nueva exigencia formal, en la medida en que la constitución formal de la unión de hecho requiere de un acuerdo de voluntades de los integrantes de la pareja, por lo que las consecuencias negativas que se deriven de su falta de formalización, están desconectadas del sexo de la persona finalmente. Para resolver esa

cuestión, pudiera partirse de la hipótesis que, desde siempre, las mujeres -en razón, precisamente, de la mayoritaria dependencia económica y de su rol de cuidadoras- han estado más interesadas y han sido más proclives a la formalización de su relación de pareja, especialmente después de la maternidad, en orden a acceder a una mayor protección jurídica y social de la familia. Pero esa formalización, no depende exclusivamente de la simple voluntad de los/las potenciales beneficiarios/as (en su gran mayoría, mujeres), sino también de sus parejas (los 'causantes' de la pensión, en su gran mayoría, hombres), por lo cual el cumplimiento del requisito exigido -en determinados casos y como apunta la demandante en su escrito de alegaciones- pudiera ser más difícil para las mujeres. y más si concurre dependencia económica (requisito constitutivo de acceso a la pensión de viudedad de referencia).

En todo caso, la información estadística aportada por el INSS facilita un dato que pudiera ser indicativo de esta 'desventaja particular con respecto a personas del otro sexo' (en los términos del art. 2.1.b) de la Directiva 2006/54, para definir la discriminación indirecta). Porque, si segregamos por sexos el total de pensiones de viudedad derivadas de vínculo conyugal reconocidas, desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2021, constatamos que los hombres suponen un 12,1% (202.326/1.660.375) frente al 87,81% de las mujeres (1.458.049/1.660.375). La misma operación resulta de las pensiones derivadas de pareja de hecho, un total de 2.600, en las que los hombres suponen el 18,7% (487/2.600) frente al 81,3% de las mujeres (2.113/2.600). Es, pues, un hecho sabido que la pensión de viudedad, en general, es una prestación absolutamente 'feminizada', en razón dos factores: la mayor longevidad de las mujeres y, sobre todo, su mayoritaria dependencia económica respecto de los hombres, en razón de la afectación que, en su carrera profesional y de cotización, han provocado, en la mayoría de los casos y en menor o mayor medida, tanto la brecha salarial de género como también la superior dedicación al cuidado de la familia por parte de las mujeres (especialmente en la franja de edad en la que se produce mayoritariamente la contingencia de viudedad). Ello no obstante y paradójicamente, respecto de la pensión de viudedad a la que se refiere nuestra duda, regulada por el art. 221.2 LGSS (en la versión aprobada por el RDleg. 8/2015, anterior a la Ley 20/2021 que suprimió el requisito de dependencia económica), el porcentaje de hombres que han accedido a dicha pensión -el 18,7%-, es significativamente superior al porcentaje de los hombres que han accedido a la pensión derivada de vínculo conyugal (en la que no exige tal dependencia económica) -el 12,1%, lo que supone un 50% más- cuando la exigencia de dependencia económica (inexistente para acceder a la pensión desde el vínculo conyugal) debiera haber determinado, precisamente, el resultado contrario. Porque, en efecto, siendo la dependencia económica de la pareja un requisito mucho más habitual en las mujeres (y que, por

consiguiente, debiera reducir el porcentaje de acceso a la pensión de los hombres), el hecho de que -a pesar de ello- el análisis de los porcentajes de reconocimiento arroje tal incremento en la comparación respecto a los hombres que han accedido a la pensión desde el vínculo conyugal (18,7% hombres frente al 81,3% mujeres desde la pareja de hecho y el 12,1% hombres frente al 87,81% mujeres desde el matrimonio), pudiera responder a la circunstancia de que el cumplimiento de la exigencia de formalización de la pareja de hecho, que requiere el consenso de ambos integrantes de la pareja, es más fácil o accesible para los hombres que para las mujeres, una mayor facilidad que compensaría (e invertiría el resultado comparativo, como se ha comprobado) el impacto restrictivo del requisito de dependencia económica, menos común en los hombres.

A la vista de estos resultados concluye el Auto que, se comparta o no la anterior hipótesis, lo que sí resulta incuestionable es el impacto negativo de la exigencia formal cuestionada en el sexo femenino, a la vista de la información estadística aportada y, por consiguiente, la clara situación de discriminación indirecta por razón del sexo generada. Es decir, que una disposición formalmente neutra, la exigencia de formalización *ad solemnitatem* de la pareja de hecho, pone a personas de un sexo, las mujeres, en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, los hombres, al ser aquéllas las beneficiarias en un 90% de la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho con dependencia económica. Y aunque dicha disposición pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima (la seguridad jurídica y la evitación del fraude), el medio para alcanzar dicha finalidad (la exigencia de formalización *ad solemnitatem*, en todos los casos, incluso cuando en sede judicial se ha acreditado la concurrencia de todos los requisitos esenciales), no puede considerarse ni indispensable, ni proporcional ni, por consiguiente, adecuada. Y, otra vez, el Auto remite al razonamiento que expusieron las Magistradas María Elósegui y Kateřina Šimáčková, en su voto particular concurrente, en la reciente S.TEDH de 19 de enero de 2023, en relación, precisamente, a la exigencia cuya constitucionalidad se cuestiona ... *“desde nuestro punto de vista, este caso representa un ejemplo típico de una percepción androcéntrica de la ley y falta de sensibilidad hacia las trayectorias de vida de las personas en posiciones sociales más débiles, que es mucho más probable que sean mujeres ... el Tribunal Constitucional falló sin tener en cuenta la importancia de la pensión para la vida de las personas afectadas. Según las estadísticas facilitadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a petición del Tribunal, más del 90% de los beneficiarios de esta pensión en España son mujeres. Después de la muerte de una pareja, es muy probable que esas mujeres también se encuentren en una posición vulnerable, no solo económica sino también social. Ni el legislador, ni las autoridades administrativas, ni los tribunales que conocen de este y otros casos similares han prestado suficiente atención a esta vulnerabilidad ...*

las pensiones de sobrevivencia constituyen un pilar fundamental del estado del bienestar español, en la medida en que previenen situaciones de pobreza en la vejez de un gran número de mujeres. En efecto, el 92% de las pensiones de sobrevivencia las perciben mujeres, de las cuales el 40% no tiene derecho a pensión de jubilación por no haber cotizado lo suficiente. Para los hombres, en cambio, las pensiones de supervivencia no juegan un papel importante. La principal razón es que los hombres tienen una esperanza de vida inferior a la de las mujeres, pero también que, a diferencia de las mujeres, la mayoría de los hombres tienen derecho a una pensión de jubilación. De hecho, existe una importante desigualdad de género en las pensiones contributivas en España. La pensión de sobrevivencia reduce la brecha de género en las pensiones que es atribuible a la participación desigual de hombres y mujeres en la fuerza laboral. A medida que las generaciones posteriores de mujeres españolas se han incorporado a la fuerza laboral mundial en mayor número, la brecha en las contribuciones a la Seguridad social se ha reducido. Es probable que dentro de unos años la gran mayoría de las jubiladas españolas reciban una pensión de jubilación, y la pensión de supervivencia deje de desempeñar el papel esencial que tiene hoy para evitar la pobreza de las mujeres en su vejez (ver Fuster L., "Las pensiones de viudedad en España " en Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Estudios sobre la Economía Española (202 1) nº 06, resumen).

Por consiguiente, aun admitiendo el carácter neutral de dicha exigencia de formalización, la justificación de la misma debería valorarse en relación al impacto negativo que genera en una pensión tan feminizada como la que analizamos, apoyándose ahora el Auto en los términos que se explicitan en el apartado 70 de la S.TJUE Brachner de 20.10.11 (C- 123/10): *"a este respecto, ha de recordarse primeramente que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida nacional que constituya discriminación indirecta porque, aunque esté formulada de manera neutra, su aplicación perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres, es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 7917, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin (véase en este sentido, entre otras, la sentencia de 8 de febrero de 1996 , Laperre, C- 8194, Rec. p. 1- 273, apartado 14 y jurisprudencia citada)".*

El Auto se apoya finalmente en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo para reiterar su duda acerca de si la exigencia *ad solemnitatem* de la formalización de la pareja de hecho tiene justificación alguna que se aplique en situaciones como la analizada en el presente caso, en el que se ha acreditado en sede judicial la realidad de la existencia de

la pareja de hecho y la concurrencia de los elementos constitutivos de la misma (larga e ininterrumpida convivencia análoga a la marital, no imposibilidad de contraer matrimonio y dependencia económica). Y si dicha exigencia responde, desde la perspectiva de género, a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, adecuada para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y necesaria a tal fin. Y si las razones de 'seguridad jurídica' o de 'evitación del fraude', pueden justificar una medida tan restrictiva y con un impacto negativo de género tan manifiesto en el acceso a una pensión tan feminizada como la de viudedad.

III. ACUERDOS DE LA SALA SOCIAL DE LAS ISLAS BALEARES EN ATENCIÓN A LO EXPUESTO

Tras la amplia y razonada exposición que precede, llama la atención el Auto sobre la advertencia contenida en el preámbulo de la Ley 40/2007, en el sentido de no ser posible la 'equiparación' entre ambos modelos de familia -la conyugal y la de hecho- pero sí una 'aproximación' entre ellas. Y, ciertamente, afirma el Auto, los requisitos materiales -y diferenciales- de la unión de hecho (la convivencia estable y notoria durante al menos cinco años acreditada por empadronamiento, así como la dependencia económica del conviviente sobreviviente), suponen ya una notable restricción en el acceso a la prestación, congruente con la opción constitucional y legislativa de privilegiar la unión matrimonial; pero la exigencia de formalización, entendida como requisito constitutivo *ad solemnitatem*, descarta cualquier atisbo de 'aproximación' en la protección social y económica de las '*nuevas realidades familiares*'.

El art. 1 CE, prosigue el Auto, define nuestro Estado como 'social y democrático de Derecho', que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, además de la libertad y el pluralismo político, los de la 'igualdad' y la 'justicia'. Y el art. 9.2 CE establece un claro mandato a los poderes públicos (también al judicial y al Tribunal Constitucional) para promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Y, finalmente, el art. 10.1 CE proclama que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, junto al respeto a la ley el respeto a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

De consiguiente, concluye el Auto, tales mandatos constitucionales resultarían incumplidos con una simple y rutinaria resolución judicial que confirmara la denegación de la pensión de viudedad a la demandante, lo que motiva el planteamiento de la duda

de inconstitucionalidad anteriormente expuesta, en los términos que ha propuesto el ponente.

Por las razones expuestas,

ACORDAMOS:

1.- Plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto del segundo párrafo del art. 221.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por si el mismo pudiera ser contrario al artículo 14 de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de sexo, en relación a los artículos 39 y 41 de la propia Constitución, relativos - respectivamente- a la protección social, económica y jurídica de la familia y a la protección social ante situaciones de necesidad.

2.- Suspender provisionalmente la tramitación del presente recurso de suplicación hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la admisión de la cuestión planteada.

Elévese al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones formuladas por las partes y el Ministerio Fiscal.

IV. ¿UN FUTURO PREVISIBLE?

1. No es fácilmente previsible el futuro del derecho del miembro superviviente de las parejas de hecho a acceder a la pensión de viudedad, cuando se trate efectivamente de una pareja de hecho y no de una 'pareja de hecho de derecho', es decir, de una pareja no vinculada matrimonialmente, pero inscrita formalmente como tal pareja de hecho en los registros municipales o autonómicos o ante notario. Por razones temporales la respuesta aconseja distinguir entre el futuro inmediato, coincidente con la estimación o desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, y el futuro a más largo plazo, periodo en el que pueden concurrir elementos diversos, sin descartar la posible modificación legislativa sobre los requisitos de acceso a las pensiones de viudedad en los supuestos que la realidad social viene planteando o en otros supuestos nuevos.

2. En cuanto a la 'suerte' de la cuestión de inconstitucionalidad de referencia, hay que diferenciar entre los efectos de su estimación y los de su desestimación por el Tribunal Constitucional. Y, con carácter previo, aventurar sobre cuál de esas dos podrá ser la respuesta del Alto Tribunal a los razonamientos expuestos por la Sala de lo Social proponente.

Para esa predicción debe partirse del argumento jurídico básico utilizado para defender la inconstitucionalidad del art. 221.2 LGSS/15, es decir, en la redacción que estableció esa ley en su momento, al margen pues de la reforma legal posterior. Y ese argumento es el de considerar que la naturaleza jurídica solemne del requisito de la formalización de la pareja de hecho en los registros establecidos, o ante notario, resulta desproporcionada e inadecuada cuando el supérstite de una pareja de hecho no inscrita como tal, reúne en cambio todos los requisitos o exigencias materiales para acceder a la pensión de viudedad. Hay que reconocer, y valorar desde luego, la gallardía de la Sala balear al decidirse a volver sobre una cuestión que los altos tribunales españoles -el Supremo y el Constitucional- han resuelto en docenas de sentencias, hasta el punto que aquel tribunal no entra ya en el fondo de los recursos que se interponen sobre este asunto, al considerar que carecen ahora de contenido casacional. De nada han servido -salvo en el plano teórico- los esfuerzos minoritarios en el seno de esos mismos tribunales para abrir, con votos particulares disidentes, una brecha en la cerrada y difícilmente compartible doctrina casacional y constitucional mayoritaria, esfuerzos recientemente expuestos en un estudio publicado en esta Revista General². En todo caso, la habilidad de la Sala proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, estriba en afirmar que, en sus numerosas sentencias anteriores, el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse particularmente sobre un caso como el que ahora se cuestiona, visto desde la perspectiva de género, ignorada respecto de las mujeres supérstites de las parejas de hecho no inscritas con relación no solo a las mujeres supérstites de las parejas de hecho inscritas o 'de derecho', y a las mujeres casadas, sino incluso frente a los supérstites masculinos de las propias parejas de hecho, basado todo ello en los copiosos datos estadísticos suministrados por la entidad gestora de las pensiones de supervivencia, sobre los cuales la Sala balear realiza una aguda interpretación. Y aún más esperanzador de un cambio de doctrina constitucional, es el giro que va tomando la protección de las parejas de hecho a cargo de los tribunales europeos de Luxemburgo y de Strasburgo, manteniendo con firmeza que el requisito de la inscripción formal de la pareja de hecho no puede tener naturaleza solemne sino simplemente instrumental, auxiliadora en la comprobación de posibles fraudes. Una remisión a esta doctrina europea vinculante, fue expuesta por el profesor de la Villa en su citado estudio, enriquecido por la reproducción de los votos particulares habidos en el seno de la Sala Social del TS y en el mismo seno del TC y, enriquecido también por el recordatorio de la

² Vid. Luis Enrique de la Villa Gil, "El derecho a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, en ausencia de inscripción formal exigida por la ley". *RGDTSS*, 2023, nº 65, pp. 1-33.

tradición jurídica española desde el Ordenamiento de Alcalá, plenamente acogida por el Código Civil en vigor³.

Si el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad la protección de los miembros supervivientes de las parejas de hecho no inscritas, pero cumplidoras de todos los requisitos materiales o sustantivos exigidos por el art. 221 LGSS/15, habrá dado el vuelco socialmente imprescindible de la actual situación de desprotección comparativa de quienes se encuentran en esa posición demandante. Y ello tanto si los hechos son anteriores a la reforma de aquel precepto por la Ley 21/2021 -como es el caso sobre el que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad- cuanto si tienen lugar después, dado que esa ley no solo no ha aumentado los requisitos de fondo para el acceso a la pensión de viudedad, sino que los ha minorado considerablemente respecto de las parejas de hecho con hijos comunes. Vuelco de la situación pretérita que comenzará por la estimación del recurso de suplicación que pende ante la Sala balear, cuyo trámite ha sido suspendido hasta tanto se resuelva la cuestión de inconstitucionalidad por el TC.

Con todo, no puede excluirse desde luego que el TC desestime la cuestión de inconstitucionalidad y mantenga su doctrina establecida en las numerosas sentencias precedentes desde el año 2014. Probablemente en ese enjuiciamiento cuente de modo relevante el temor a los miles y miles de reclamaciones de pensión que deberían atenderse una vez que la exigencia de formalización *ad solemnitatem*, se convierta en una exigencia *ad probationem*, lo que probablemente ya influyó en el giro operado en la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el breve espacio de un año, cuando su impecable sentencia de 7 de abril de 2021, fue objeto de un drástico e inesperado cambio en la posterior sentencia de la misma Sala de 24 de marzo de 2022, utilizando como único argumento la valoración muy singular del supuesto de hecho enjuiciado en la primera sentencia, un débil argumento cuenta habida de que el supuesto de hecho determinante de la segunda sentencia era muy similar el anterior en cuanto a la observancia por la demandante superviviente de los requisitos sustantivos o materiales⁴.

En cualquier caso, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por el TC no debería determinar necesariamente la desestimación del recurso de suplicación pendiente, una vez que la Sala proponente de la cuestión de inconstitucionalidad ha basado su argumentación en la doctrina de los tribunales europeos y, sobre todo, en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De manera que, a partir de cuál sea la decisión que adopte la Sala de lo Social proponente, una vez que el TC resuelva, se

³ *El derecho a la pensión de viudedad*, cit, pp. 7 y ss. y 18 y ss.

⁴ Una exposición detallada en Luis Enrique de la Villa Gil, ob. cit, pp. 20-21.

abren numerosas opciones en manos de los litigantes legitimados para acudir primero en recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo y, en el previsible supuesto de desestimación -o inadmisión del recurso- al Tribunal de Strasburgo. Un *iter doloris*, sin duda, pero muy favorecido por el valioso soporte jurídico contenido en la cuestión de inconstitucionalidad, y necesario además para establecer el principio del fin de una discriminación a todas luces insostenible a medio plazo.

**¿ES AUTOMÁTICA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR
INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DE LA PERSONA TRABAJADORA?.**

COMENTARIO A LA STJUE 18/01/2024, ASUNTO C-631/22

Por

NIEVES RABASSÓ RODRÍGUEZ
Abogado-Economista

pugarabasso@icab.cat

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: Se analiza la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 18 de enero de 2024 dictada en el asunto C-631/22, a consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, y en virtud de la cual la normativa española que permite el despido de una persona trabajadora con discapacidad permanente de su empresa ex artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, es contraria a la Directiva Europea 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

PALABRAS CLAVE: Despido; incapacidad permanente total; discapacidad; normativa nacional; Normativa comunitaria.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES PROCESALES DEL ASUNTO EN NUESTROS ORGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES.- II. AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE LAS ISLAS BALEARES POR EL QUE SE PLANTEA CUESTION PREJUDICIAL.- III. SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA (STJUE) DE 18 DE ENERO DE 2024, ASUNTO C-631/22 RESOLVIENDO LA CUESTION PREJUDICIAL. IV. CONCLUSION.

**IS THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO TOTAL
PERMANENT DISABILITY OF THE WORKER AUTOMATIC?. COMMENTARY
TO THE CJEU 18/01/2024, CASE C-631/22**

ABSTRACT: The judgment handed down by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on 18 January 2024 in case C-631/22, as a result of the question referred for a preliminary ruling by the High Court of Justice of the Balearic Islands, and by virtue of which the Spanish legislation that allows the dismissal of a worker with a permanent disability from his or her company pursuant to article 49.1 of the Workers' Statute, is analysed. is contrary to European Directive 2000/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

KEYWORDS: Dismissal; total permanent disability; disability; national regulations; Community regulations.

SUMMARY: I. PROCEDURAL BACKGROUND OF THE CASE IN OUR NATIONAL COURTS.- II. ORDER OF THE HIGH COURT OF THE BALEARIC ISLANDS THE QUESTION REFERRED FOR A PRELIMINARY RULING.- III. JUDGMENT HANDED DOWN BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (CJEU) OF 18 JANUARY 2024, CASE C-631/22, RESOLVING THE QUESTION REFERRED.- IV. CONCLUSION.

I. ANTECEDENTES PROCESALES DEL ASUNTO EN NUESTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

1.- La sentencia 243/2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, de 24 de mayo, dictada en el procedimiento 488/20, desestimó la demanda interpuesta por el trabajador demandante contra la empresa CNN, S.A., en reclamación por despido.

El objeto del litigio principal era la declaración de nulidad del despido producido a consecuencia de ser declarada la persona trabajadora en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría, en virtud de lo establecido por el art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores¹, en relación con la previsión contenida en el artículo 48.2 del citado texto legal².

2.- Interpuesto recurso de suplicación por la persona demandante e impugnado por la empresa, se confirió trámite de alegaciones a ambas partes y al Ministerio Fiscal (emplazado en el procedimiento por denunciarse la vulneración de derechos fundamentales) respecto a la posible elevación de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

3.- En sus respectivos escritos de alegaciones, el demandante no se opuso al planteamiento de la cuestión prejudicial, cosa que sí hizo el Ministerio Fiscal, mientras que la empresa demandada alegó la innecesariedad de la misma y, con carácter subsidiario, que se incluyera otra cuestión en la petición prejudicial. La Fiscalía se manifestó en contra de la presentación, por considerar que incapacidad laboral y discapacidad “no son conceptos equiparables”.

4.- El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares plantea dos cuestiones prejudiciales en relación a la extinción automática del contrato ex artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores en el caso de reconocimiento de una Incapacidad permanente total.

¹ Art. 49.1 ET que establece que “*El contrato de trabajo se extinguirá: (...)e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2*”.

² Art. 48.2 ET: “*(...) cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años...*”

1.1. Supuesto de Hecho

1. - El demandante ha prestado servicios para la empresa CNN S.A., dedicada a la gestión integral de residuos con la categoría de conductor de camión de retirada de residuos, a jornada completa.

2. - En fecha 20.12.2016 sufrió un accidente de trabajo mientras realizaba sus labores habituales de su profesión, permaneciendo en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo hasta que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dictó resolución reconociendo al demandante una indemnización por "lesión permanente no invalidante".

3.- Tras serle denegado el reconocimiento de la incapacidad permanente, el demandante solicitó y la empresa acordó un cambio de puesto de trabajo. Así, pasó de conducir y ocuparse de vehículos motorizados pesados durante toda la jornada, a desempeñar tareas de conductor de la "*deixalleria mòvil*", puesto de trabajo con menor exigencia física y menor tiempo de conducción, compatible con sus limitaciones (rigidez residual articular en el pie derecho del 50%, cojera antiálgica, dificultad para el manejo de pedales, subir y bajar escaleras y bipedestación prolongada).

4.- La persona trabajadora había recurrido judicialmente la resolución del INSS por la que le había denegado la invalidez permanente y, dos años más tarde, por sentencia de fecha 2.3.20, fue reconocido en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor de camión de retirada de residuos.

5.- En fecha 13.3.20, después de notificarse al demandante y a la empresa dicha sentencia, y en razón de haber sido reconocido en situación de incapacidad total para su profesión habitual, la empresa comunicó al demandante su cese en el trabajo y fue dado de baja como trabajador en activo por la Tesorería General de la Seguridad Social, en aplicación de lo previsto en el art. 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores.

6.- Interpuesta reclamación judicial contra dicho cese por el demandante, al considerarlo un despido discriminatorio, fue desestimada por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza de fecha 24 de mayo de 2021 al entender que dicho reconocimiento de la situación de incapacidad total para su profesión habitual "*conlleva la baja en la empresa demandada y consecuente baja en la Tesorería General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena, ...sin que exista una obligación legal por parte de la empresa demandada de su ubicación en otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa...*".

7.- Contra dicha sentencia el demandante interpone recurso de suplicación, habiendo sido impugnado por la empresa demandada.

II. AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE LAS ISLAS BALEARES POR QUE SE PLANTEA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El Auto del TSJ Baleares 14/2022 por el que se plantea la cuestión prejudicial, comienza su fundamentación describiendo el marco normativo y jurisprudencial de nuestro derecho interno, así como la normativa supranacional, haciendo referencia tanto al artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores como la doctrina jurisprudencial aplicable hasta el momento, STS de 3 de febrero de 2021, recud. 998/2018.

2.1. Normativa nacional invocada

- Artículo 49.1 Estatuto de los Trabajadores relativo a la extinción del contrato de trabajo en el supuesto de incapacidad permanente total de la persona trabajadora.

- Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido), Artículo 193 relativo a la incapacidad permanente en su modalidad contributiva³ y artículo 194 relativo a los grados de incapacidad permanente⁴.

- Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), en la que debemos destacar los siguientes: artículo 2 relativo a las definiciones, se hace referencia a los ajustes razonables, entendidos como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitud respecto de las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos; artículo 4

³ “La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. (...)”

⁴ “1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial; b) Incapacidad permanente total; c) Incapacidad permanente absoluta; d) Gran invalidez. 2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.”

relativo a los titulares de los derechos, que determina que “*Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*”⁵; artículo 40 relativo a la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo⁶ y artículo 63 relativo a la vulneración del derecho de igualdad de oportunidades, en el que se hace referencia a los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

2.2. Normativa internacional de aplicación

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, Preámbulo, artículos 1, 2 y 27.1.

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículos 21 y 26.

- Directiva 2000/78 CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Preámbulo (aparatados 16, 17, 20 y 21), artículos 1, 2, 3 y 5.

⁵ El apartado 2 determina que “tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

⁶ 1.- Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad. 2. *Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas* para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, *con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo*, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

2.3. Jurisprudencia nacional aplicable

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo 142/2021, de 3 febrero,⁷ que entiende que la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total (artículo 49.1 e ET) que no va a ser objeto de revisión por mejoría antes de dos años, *por mor* de lo establecido en el artículo 48.2 ET, no requiere legalmente comunicación escrita del empresario al trabajador, por lo que la ausencia de dicha comunicación escrita no constituye despido improcedente, entendiendo que la incapacidad permanente total del trabajador es una de las causas de extinción del contrato de trabajo que contempla el artículo 49.1 ET en su letra e).

Dicha sentencia, recogiendo la doctrina precedente afirma que *“la STS 18 de diciembre de 1989 recuerda que el hecho de que exista la posibilidad de que el declarado en situación de incapacidad permanente total pueda ser recolocado por la empresa «no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de tales características, salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere, cual no es el caso de autos.» (...) Pero ya hemos visto, de un lado, que no se estaba en el supuesto del art. 48.2 ET y, de otro, que la empresa no tiene obligación de realizar esa reubicación, salvo que así está establecido convencional o contractualmente, y con independencia de que nada le impide hacerlo”*.

2.4. Cuestión prejudicial planteada

2.4.1. Razones que llevan al tribunal a plantear cuestión prejudicial

El Tribunal Superior de las Islas Baleares, mediante Auto de fecha 30 de septiembre de 2022⁸, plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el que se explican las razones por las cuales el Tribunal se plantea la cuestión prejudicial, pudiendo resumirse en las siguientes:

“ 1.- El Tribunal Supremo interpreta que el mandato de efectuar “ajustes razonables”...a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades”, establecido en el art. 5 de la Directiva 2000/78 (y en el artículo 27.1 de la Convención de las Naciones Unidas, e incluso en el art. 40-2 de Ley General de derechos de las personas con discapacidad) no se integra en “ el orden normativo aplicable” en forma tan imperativa que obligue a entender que la facultad extintiva contemplada en el

⁷ Roj: STS 408/2021 - ECLI:ES:TS:2021:408

⁸ Roj: ATSJ BAL 14/2022 - ECLI:ES:TSJBAL:2022:14^a.

precepto cuestionado, el art. 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, deba condicionarse a la previa justificación de la imposibilidad o coste excesivo de la obligación de "ajustes razonables". Y que la "reubicación" (único "ajuste razonable" que contempla) sólo será exigible si así lo establece el contrato de trabajo o el convenio colectivo aplicable, pero no por mandato legal.

2.- Por el contrario, este Tribunal, en el momento de resolver el recurso interpuesto por el demandante, se plantea la duda de si el referido precepto (el art. 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores) -que, en los términos que está redactado y ha sido interpretado por la jurisprudencia interna, otorga amparo legal a la extinción incondicionada de la relación laboral de todo trabajador/a que sea declarado en situación de incapacidad total para su profesión habitual- pudiera ser contrario al mandato de realizar "ajustes razonables" ... "a fin de garantizarla observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades", establecido en el art. 5 de la Directiva 2000/78, en la medida que ni contempla ni se condiciona al cumplimiento de tal mandato y, por consiguiente, posibilitar un trato discriminatorio contrario a los artículos 2, apartado 2, letra a), y artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, y 21 y 26 de la Carta (CDFUE).

3.- También tiene claro este Tribunal que el derecho de todo trabajador/a discapacitado/a a los "ajustes razonables" establecido en el art. 5º de la Directiva 2000/78 (a la luz de la Convención) no sólo es para "acceder al empleo", sino, también, "tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente", esto es, "mantenerse" en el empleo una vez sobrevenida o declarada la situación de discapacidad. La referencia del art. 5º es clara en tal sentido, como también la del art. 27, apartado 1, de la Convención, cuando dispone que "Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes".

2.4.2. Contenido de la cuestión prejudicial

"1.- El artículo 5º de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, a la luz los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009):

¿Debe ser interpretados en el sentido de que se opone al mismo la aplicación

de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar "ajustes razonables" a la que obliga el referido artículo 5º de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2.- Los artículos 2, apartado 2, y artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a la luz los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009):

¿Deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar "ajustes razonables" a la que obliga el referido artículo 5º de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?"

III. SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (STJUE) DE 18 DE ENERO DE 2024, ASUNTO C-631/22 RESOLVIENDO LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

A pesar de que el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares ha planteado dos cuestiones prejudiciales, la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo aborda con una única respuesta.

La STJUE, tras entender que la cuestión controvertida se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 y recordar que su interpretación debe ser de conformidad con las disposiciones de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) determina que la directiva europea se opone a la normativa española en virtud de la cual el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad

sobrevvenida durante la relación laboral. Se resalta por la Sala la importancia de tener en consideración la Convención de la ONU para la interpretación de la Directiva.

La sentencia entiende que, al asimilar una incapacidad permanente total -que únicamente afecta a las funciones habituales-, a fallecimiento del trabajador o a una incapacidad permanente absoluta, dicha normativa nacional es contraria al objeto de integración de personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

También señala que la normativa española no prevé que el empresario esté obligado a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que estos ajustes constituirían una carga excesiva. A estos efectos, explica que los “ajustes razonables” implican que un trabajador que, debido a su discapacidad, haya sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa, sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario. Ese cambio de puesto, por tanto, permite al trabajador conservar su empleo, “garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores”.

Carece de relevancia el hecho de que se reconozca la incapacidad permanente total a petición del trabajador y de que esta le dé derecho a una prestación de la Seguridad Social (una pensión mensual) permitiendo que conserve al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al desempeño de otras funciones laborales.

Resalta la STJUE que, conforme a la normativa española, el trabajador con discapacidad está obligado a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de la Seguridad Social. Esto, por tanto, “menoscaba el efecto útil” de la directiva europea, dirigido a salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo --incluso de las personas que adquiriera una discapacidad durante el empleo-- y el mantenimiento su puesto de trabajo.

En relación a las alegaciones vertidas por el Gobierno español, el TJUE advierte que, a pesar de que el estado es el único competente para organizar su sistema de seguridad social y determinar los requisitos para la concesión de prestaciones sociales, esto no le exime de respetar el Derecho de la Unión.

Por todo ello, la STJUE entiende que la facultad extintiva que confiere el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores en el caso de la incapacidad permanente es contrario al art. 5 de la Directiva 2000/78 y, en este sentido, el TJUE declara que el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la CDFUE y de los arts. 2 y 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe interpretarse “en el sentido de que se opone a una normativa nacional que

establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva”.

IV. CONCLUSIÓN

La sentencia analizada despliega un enorme interés ya que, de una parte, se trata de un litigio en el que está en juego la conformidad al derecho comunitario del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores y cómo ha sido interpretado hasta este momento por los juzgados y tribunales españoles, incluido obviamente el Tribunal Supremo (por todas, la sentencia ya referida STS 142/2021, de 3 febrero), debiendo modificar su doctrina a partir de ahora. Y, de otra, por la vinculación de la normativa y jurisprudencia europea en torno al concepto de discapacidad y la prohibición de cualquier tipo de discriminación por ella, así como la obligación de llevar a cabo ajustes razonables para facilitar el mantenimiento o incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo.

Por lo que se refiere a los denominados “ajustes razonables” - concepto jurídico indeterminado que necesitará de un análisis de las circunstancias particulares de cada caso-, van a constituir en el futuro el eje central por cuanto dicha obligación es extensible incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, ya que la denegación de estos ajustes también es una forma de discriminación, habida cuenta que, en el caso concreto, la empresa, en el período anterior a la declaración de incapacidad permanente total del trabajador para su profesión habitual de conductor, ya le había reubicado. Y estos ajustes razonables deberán estar también en relación con la limitación funcional derivada de la discapacidad. Y en este sentido se ha pronunciado nuestra doctrina, incluso con anterioridad a conocer el fallo del TJUE⁹.

El fallo de la sentencia del TJUE obligará a una adaptación normativa, ente ellas la modificación del art. 49.1 e) LET, tal y como se ha anunciado desde el Gobierno,

⁹ PASTOR MARTÍNEZ, ALBERT: “*El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo*”, Ed. Cinca, Madrid 2014; GUTIÉRREZ COLOMINAS, DAVID “*¿Es discriminatoria, por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, ex art 49.1.e) ET?*”, en AAVV. *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, 2018*, (págs. 273-294), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=6655204>; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ, “*La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad*”, en *Revista Andaluza de Trabajo y bienestar social* n° 127, 2014, págs. 85-120

obligando a las empresas a una política preventiva en materia de ajustes razonables para evitar que la extinción del contrato, involuntaria por parte del trabajador, pueda llegar a ser calificada de despido, que si es lo es por discriminación, por razón de la discapacidad, será declarado nulo con los efectos jurídicos inherentes a dicho pronunciamiento. Pero no debemos obviar la falta de exigencia a la empresa cuando los ajustes razonables suponga una carga excesiva - nuevamente concepto jurídico indeterminado-, circunstancia esta que dependerá de las circunstancias fácticas, que deben ser justificadas y acreditadas por la empresa pudiendo alegar esta, no sólo circunstancias económicas, sino productivas y organizativas, llegado el caso.

Avalando la exigencia de los ajustes razonables, a pesar de que la concreción pudiere ser objeto de controversia y, por tanto, abierta a la discusión, entiende el Profesor D. Ignasi Beltrán de Heredia¹⁰, que *“no hay elemento alguno que justifique que esta obligación quede exceptuada en el caso del art. 49.1.e”*.

Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional remitente, de acuerdo al reparto competencial existente entre el TJUE y los tribunales de los Estados miembros, comprobar si la decisión empresarial se llevó a cabo con respeto a la normativa internacional y comunitaria en juego.

Por último y a consecuencia de cuanto antecede, merece especial atención la sentencia dictada por el Juzgado Social nº 2 de Vigo que, en aplicación de la sentencia comunitaria, impide despedir de forma automática a los empleados declarados en situación de incapacidad permanente total a pesar de que lo permita el Estatuto de los Trabajadores y declara a nulidad del despido practicado.

En definitiva, y sin perjuicio de la previsible reforma legislativa, desaparece la posibilidad de extinguir automáticamente y sin justificación el contrato de las personas trabajadoras en situación de incapacidad permanente, sin que previamente se agoten todas las actuaciones empresariales posibles tendentes a mantener su empleo como pudiere ser la realización de los ajustes razonables necesarios para garantizar la continuidad del trabajador en su empleo, salvo que tales modificaciones no sean posibles o constituyan una carga excesiva y desproporcionada, debiendo la empresa acreditar dicha imposibilidad. Con todo ello, podrán crearse multitud de situaciones complejas que deberán ser objeto de un profundo análisis en el que habrá que tener en cuenta criterios médicos y de especialistas en los servicios de prevención para comprobar si existe la posibilidad de adaptación del puesto de trabajo, justificando la

¹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI, Blog de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, “La extinción automática del contrato por incapacidad permanente total reconocida es discriminatoria. Cuestión prejudicial del TSJ Baleares, 14 de abril de 2023.

imposibilidad o demostrando la carga excesiva que supondría para la empresa la reubicación de la persona trabajadora.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL

EXÉGESIS DE LA NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO A EFECTOS INDEMNIZATORIOS A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO SOCIAL, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2023, NÚM. REC. UD. 556/2022

Por

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

javier.arrieta@deusto.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: El objetivo de este estudio es analizar la importante sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2023, núm. rec. ud. 556/2022, que pone fin al desencuentro existente entre distintos Tribunales Superior de Justicia y entre distintos autores de la doctrina científica en torno a determinar si proceden o no las indemnizaciones contempladas en el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social cuando se trata de calificar los despidos como nulos en virtud de la nulidad objetiva prevista en el párrafo segundo del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

PALABRAS CLAVE: despido; nulidad objetiva; indemnizaciones; daños morales.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE HECHO.- II. CUESTIONES LITIGIOSAS.- III. SENTENCIA DE CONTRASTE APORTADA EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN SUPPLICACIÓN.- IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA PROCEDER A RESOLVER EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.- V. CONCLUSIÓN Y FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO.- VI. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA.

EXEGESIS OF THE OBJECTIVE NULLITY OF THE DISMISSAL FOR COMPENSATION PURPOSES BASED ON THE ANALYSIS OF THE SENTENCE OF THE SUPREME COURT, SOCIAL CHAMBER, OF DECEMBER 12, 2023, NUM. APP. FOR UD. 556/2022)

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the important ruling of the Supreme Court, Social Chamber, of December 12, 2023 (num. app. for ud. 556/2022), which puts an end to the disagreement between different Superior Courts of Justice and between different authors of scientific doctrine regarding whether or not the compensation contemplated in article 183 of the Law Regulating Social Jurisdiction is appropriate when it comes to classify the dismissals as null and void by virtue of the objective nullity provided for in the second paragraph of article 55.5 of the Workers' Statute.

KEYWORDS: dismissal; objective nullity; compensation; moral damages.

SUMMARY: I. THE PLEAS OF FACT.- II. LITIGIOUS ISSUES.- III. CONTRAST JUDGMENT PROVIDED IN THE FILE OF THE APPEAL FOR THE UNIFICATION OF DOCTRINE AND EXISTENCE OF CONTRADICTION WITH THE JUDGMENT GIVEN IN SUPPLICATION.- IV. CONSIDERATIONS OF THE SUPREME COURT TO PROCEED TO RESOLVE THE APPEAL FOR THE UNIFICATION OF DOCTRINE.- V. CONCLUSION AND RULING OF THE SUPREME COURT.- VI. ASSESSMENT OF THE SENTENCE.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos que dan lugar a que la Sala de lo Social se pronuncie en su sentencia de 12 de diciembre de 2023 (núm. rec. ud. 5556/2022) (Ref. lustel: §365372) traen causa de los hechos que se declaran probados por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, de 27 de enero de 2022.

Conforme a dichos hechos, una trabajadora, con una antigüedad reconocida de 26 de marzo de 2012 y que se encontraba embarazada el 26 de septiembre de 2021, fue despedida el 8 de octubre de 2021 por su empresario. Se trata de un despido disciplinario basado en la «disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal en su puesto de trabajo».

Según se deduce de la testifical, en el momento del despido, y una vez entregada la carta, la trabajadora manifestó que estaba embarazada, luego su empresario desconocía que la trabajadora estaba embarazada en el momento de despedirla.

Con fecha también de 8 de octubre de 2021 el empresario despidió a otros 5 trabajadores.

Como consecuencia de la demanda interpuesta por la trabajadora, el empresario, ante el mencionado Juzgado de lo Social, reconoció la improcedencia del despido. Pese a ello, la sentencia del Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda formulada por la trabajadora y declaró nulo el despido de fecha a efectos de 8 de octubre de 2021 y, en consecuencia, condenó al empresario demandado a que readmitiera inmediatamente a la trabajadora demandante en las mismas condiciones que regían al momento de producirse el despido y que le abonaran los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia.

En concreto, el Juzgado de lo Social declaró la nulidad al amparo del artículo 55.5 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)¹, al constatar declarado probado que el empresario demandado conoció el embarazo después de entregar la carta de despido, porque así se lo comunicó la trabajadora demandante, por lo que se trata de una nulidad por imperativo legal que se produce por el hecho del embarazo, lo conozca o no el empresario demandado. En suma, se considera que estamos ante una nulidad objetiva del despido. Igualmente, el Juzgado de lo Social considera que no se ha vulnerado el derecho al respecto a la vida privada y familiar ni el derecho a fundar una familia, ni se ha prohibido contraer matrimonio ni se ha violado la intimidad familiar, ni los artículos 3, 4, 8 y 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LO 3/2007)². Añade que la calificación de un despido nulo por encontrarse la trabajadora embarazada no comporta automáticamente que el mismo lesione el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo a efectos de indemnización, al entender que para ello es necesario aportar indicios que permitan conectar causalmente la adopción de la medida extintiva con el embarazo, indicios que no se aprecian en el caso que da lugar al litigio. Precisamente, al no haber quedado acreditada la existencia de una conducta del empresario que haga patente que se despidió a la trabajadora por el hecho de estar embarazada se concluye la nulidad objetiva. Como consecuencia de producirse la nulidad objetiva se desestima la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Dicho con otras palabras, al no aportarse por la trabajadora demandante indicio alguno que evidencie un nexo causal entre el despido y su embarazo, no es posible mutar la nulidad objetiva del párrafo segundo del artículo 55.5 TRLET en la nulidad por causa discriminatoria prohibida en la Constitución española (CE) o en la ley, o por violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora, que se contempla en el párrafo primero de dicho precepto.

Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de la trabajadora ante la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha de 23 de septiembre de 2022, por la que se desestimó el recurso y se confirmó la sentencia de instancia.

En consecuencia, la representación de la trabajadora formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina que da lugar a la sentencia del TS que es objeto de análisis de este estudio y a partir de la cual se lleva a cabo una exégesis de la nulidad objetiva del despido a efectos indemnizatorios.

¹ BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

² BOE de 23 de marzo de 2007, núm. 71.

II. CUESTIONES LITIGIOSAS

Son dos las cuestiones litigiosas que se plantean en el recurso de casación para la unificación de doctrina y que se encuentran estrechamente vinculadas, hasta el punto de que la segunda resulta dependiente de la primera (vid. F.D. 1º).

En concreto, se trata de determinar si, en el caso de que se haya producido un despido disciplinario de una mujer embarazada en el que no ha quedado acreditada la causa del despido, la declaración de nulidad que se anuda ineludiblemente a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación debe ir acompañada siempre de una indemnización reparadora del daño moral derivado de la infracción del derecho a no ser discriminado, o, por el contrario, la nulidad tiene carácter objetivo y, únicamente, cabría la indemnización cuando se acreditase una específica vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación o de cualquier otro derecho fundamental o libertad pública.

Ello se debe a que la trabajadora demandante alega la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales y solicita una indemnización por ello, al considerar que se han infringido el artículo 14 CE³ en relación con el artículo 55.5.b) TRLET⁴, los artículos 183 y concordantes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)⁵, los artículos 8 y 10, LO 3/2007⁶, los artículos

³ Artículo 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

⁴ Artículo 55.5.b) del TRLET: «Será también nulo el despido, en los siguientes supuestos: (...) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a) (...)».

⁵ Artículo 182 de la LRJS: «Sentencia.

1. La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado [tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas] y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador (...).

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas (...).

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 (...).

Artículo 183 LRJS: «Indemnizaciones.

8.12 y 40 del RDleg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS)⁷⁸, y doctrina legal y unificada del TS.

1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por (...) extinción del contrato de trabajo (...).

⁶ Artículo 8, LO 3/2007: «Discriminación por embarazo o maternidad.

«Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

Artículo 10, LO 3/2007: «Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».

⁷ BOE de 8 de agosto de 2000, núm. 189.

⁸ Artículo 8 TRLISOS: «Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

(...) 12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen 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 e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, 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 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».

Artículo 40 TRLISOS: «Cuantía de las sanciones.

1. Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo (...) se sancionarán:

(...) c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, 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».

III. SENTENCIA DE CONTRASTE APORTADA EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN SUPPLICACIÓN

Para las dos cuestiones litigiosas que se plantean en el recurso de casación para la unificación de doctrina, la trabajadora recurrente seleccionó la misma sentencia de contraste (vid. F.D. 2º): la STSJ de Madrid 4ª, de 18 de junio de 2021 (núm. rec. 286/21).

Esta sentencia estimó el recurso de suplicación formulado, confirmando la declaración de nulidad del despido, reconociendo el derecho de la trabajadora a percibir la cantidad de 6.251 euros como indemnización derivada de la vulneración de sus derechos fundamentales —discriminación por razón de sexo—. Se trataba de una trabajadora que fue despedida disciplinariamente el 24 de enero de 2020 y que se encontraba embarazada en ese momento.

Se concluye en la sentencia que, en el supuesto de despido de una trabajadora embarazada, cuando no se ha probado la causa de despido, se habría producido una vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo y en consecuencia tendrá derecho a una indemnización por daños por la vulneración de derechos fundamentales. Con ello se reconoce que el criterio adoptado implica una rectificación del criterio mantenido en ocasiones anteriores por la propia Sala del TSJ de Madrid, en relación con los supuestos comprendidos en los apartados a) y c) del artículo 55.5 TRLET. En ese sentido, se señala en la sentencia, como aspecto relevante del cambio de criterio, que:

«lograda la calificación de nulidad del despido como consecuencia del estado de embarazo, el despido debe entenderse discriminatorio, por lo que resulta indiferente que la protección que otorga la nulidad derive de un previo acto de despido nulo por causa objetiva o subjetiva, intencional o no intencional, y ello porque lo que tenía que haber hecho el empresario para evitarlo es excluir cualquier propósito contrario al derecho fundamental en juego, es decir, tenía que haber logrado la procedencia del despido».

Por su parte, el TS, tras realizar la comparación pertinente, en los términos del artículo 219 LRJS, entre la sentencia aportada por la trabajadora recurrente que se acaba de comentar y la sentencia de suplicación recurrida, concluye que existe contradicción entre las mismas y que, por tanto, procede entrar a conocer del fondo del asunto, de las dos cuestiones litigiosas planteadas. Es decir, el conocimiento del fondo del asunto es posible porque ante la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos las soluciones alcanzadas son diferentes: en ambos casos se trata de trabajadoras que

estaban embarazadas en el momento del despido disciplinario; en ninguno de los casos se determina la procedencia del despido; y aunque en ambas sentencias se declara la nulidad del despido, la recurrida lo hace en base a la «nulidad objetiva» por el estado de embarazo, mientras que la de contraste considera que dicha protección no es suficiente y, por tanto, la nulidad del despido de la trabajadora embarazada se declara en base a la no discriminación por razón de sexo, lo que debe conllevar aparejada una indemnización reparadora del daño derivado de la vulneración del derecho fundamental.

Una vez concluida la existencia de contradicción entre ambas sentencias y, por consiguiente, la procedencia del recurso para la unificación de doctrina, el TS decide dar una respuesta conjunta y global a las dos cuestiones litigiosas planteadas, sin perjuicio de matizaciones específicas, al estar ambas cuestiones íntimamente ligadas y resultar la segunda dependiente de la primera (F.D. 2º).

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA PROCEDER A RESOLVER EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

De cara a resolver el recurso de casación para unificación de doctrina, comienza el TS realizando una interpretación del artículo 55.5 TRLET (vid. F.D. 3º).

Así, diferencia con claridad, y en profundidad, el alcance del párrafo primero y del párrafo segundo de dicho precepto, al establecer que:

«El artículo 55.5 (...), tras establecer que “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora”, añade expresamente que “Será también nulo el despido, en los siguientes supuestos”: ... “b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a) (...). Se trata de un supuesto que, con previsión similar, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 39/1999⁹ que añadió a la precedente cláusula de nulidad de los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo (...). Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, como señala expresamente la exposición de motivos de la citada Ley, con objeto de completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias — citándose, expresamente, las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre

⁹ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE de 6 de noviembre de 1999, núm. 266).

de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia¹⁰, y 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES¹¹, y la Declaración de los Estados reunidos en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995—, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas.

La STC 92/1998, de 21 de julio, explicitó claramente el sentido de la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas. Parte el TC de que tal normativa constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos (...). Insiste el Tribunal en que esta vinculación deriva de las exigencias que el artículo 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, para lo que es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre (SSTC 109/1993, de 25 de marzo; y 3/2007, de 15 de enero). De hecho, advierte el TC, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante —junto a la desigualdad retributiva— con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones) e, incluso, la propia reiteración con que problemas de esta naturaleza han debido de ser abordados por la jurisprudencia del propio TC.

Invariablemente, tanto el TC como esta Sala han venido declarando que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora debe ser nulo, por

¹⁰ DO de 28 de noviembre de 1992, L 348.

¹¹ DO de 19 de junio de 1996, L 145. Derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES (DO de 18 de marzo de 2010, L 68), que fue igualmente derogada por la actualmente vigente Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (DO de 12 de julio de 2019, L 188).

discriminatorio, lo que en la regulación legal precedente a la que ahora se analiza recibió cobertura mediante la declaración como nulos en el artículo 55.5 TRLET de los despidos que tuvieran por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución en la Ley, o que se produjeran con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Pues bien, concluye la STC 92/2008 [que] es sobre este panorama legislativo y jurisprudencial consolidado sobre el que actuó la reforma del legislador de la Ley 39/1999 (...). Y lo hizo, añadiendo al supuesto de nulidad ya contemplado en el artículo 55.5 (...) para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad (“será también nulo” dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de este, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar con otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a “la fecha de inicio del embarazo” (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero — inmodificado— del mismo y la referencia a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, **conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación** [la negrita es nuestra].

Nuestra jurisprudencia ha caminado (...) por la misma senda interpretativa y aplicativa de los criterios señalados por el TC. Así, en nuestra STS 942/2017, de 28 de noviembre (núm. rec. ud. 3657/2015) reseñamos expresamente que nuestra doctrina puede resumirse en los siguientes términos:

- a) La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras

embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [artículo 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados a otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos...

b) Para ponderar las exigencias que el artículo 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que —de hecho— el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante — junto a la desigualdad retributiva— con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c) La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999... se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que este deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vías; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a “la fecha de inicio del embarazo”..., por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha —a la que se retrotrae la protección— ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d) **La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo** [la negrita es nuestra]; cuestión esta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener —legítimamente— preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e) **Todo ello lleva a entender que el precepto es “configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”** [la negrita es nuestra]».

A continuación, el TS extiende la interpretación llevada a cabo en torno al artículo 55.5 TRLET, con fundamento en la jurisprudencia constitucional y de la propia Sala, a las cuestiones litigiosas que se plantean en el recurso de casación para la unificación de doctrina (vid. F.D. 4º).

La principal premisa de la que se parte es que el despido disciplinario de una trabajadora embarazada solamente puede dar lugar a dos calificaciones por parte de los tribunales:

a) Procedente, cuando habiéndose seguido las formalidades legal o convencionalmente establecidas, los incumplimientos contractuales establecidos en la carta de despido hayan quedado acreditados y merezcan la consideración de graves y culpables en la terminología del TRLET.

b) Nulo, en aplicación de la previsión específica establecida en el artículo 55.5, párrafo segundo, letra b) del TRLET, y con las consecuencias previstas en el apartado 6 de dicho artículo, a saber, la readmisión y el abono de los salarios de tramitación.

A partir de esa premisa el TS afirma, con fundamento en sus sentencias 286/2017, de 4 de abril (núm. rec. ud. 3466/2015) y 954/2023, de 8 de noviembre (núm. rec. ud. 2524/2021), que lo expuesto no excluye que a la trabajadora embarazada despedida se le pueda aplicar la previsión de nulidad establecida en el primer párrafo del artículo 55.5 TRLET, que supone la calificación como nulo del despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas, como sucede en el caso que da lugar a las cuestiones litigiosas planteadas. Pero para que se produzca dicha nulidad establece una condición: la trabajadora deberá alegar los indicios necesarios para trasladar al empresario la obligación probatoria, a quien le corresponderá demostrar que su decisión de poner fin a la relación laboral se debe a causas ajenas a la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, es decir, en nuestro caso, a una causa que nada tiene que ver con la discriminación por razón de sexo.

Concretamente sobre la inversión de la carga de la prueba que debe asumir el empresario demandado, el TS, con fundamento en los artículos 96.1 y 181.2 LRJS, recuerda que:

«le corresponderá al demandado “la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, lo que sitúa al demandado frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún

derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, tratar de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio».

De ahí que, si el empresario demandado no consigue probar lo contrario en el sentido apuntado, el TS señale que el despido deberá calificarse como nulo, con los efectos previstos en el apartado 6 del artículo 55 del TRLET antes referidos, y que, además, por mandato del artículo 183.1 de la LRJS, el juez tendrá que pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, previa declaración de la existencia de vulneración.

V. CONCLUSIÓN Y FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Conforme a todo lo expuesto en los apartados anteriores, el TS concluye que la doctrina correcta no se encuentra en la sentencia de referencia, que se aporta como de contraste por la trabajadora recurrente, sino en la sentencia recurrida, pues en esta última queda acreditado que no existen indicios de que el despido tuviera como móvil la discriminación por el hecho del embarazo de la mujer ni por cualquier otra causa prohibida, ni que implicara vulneración de derechos fundamentales. Es más, para la sentencia recurrida existen factores que apuntan en sentido distinto, ya que consta como probado que el empresario se enteró del embarazo de la trabajadora en el momento de la entrega de la carta de despido y que su despido coincidió con el de otros 5 trabajadores.

Por consiguiente, el TS entiende que la sentencia recurrida, tras descartar que existiera un móvil discriminatorio en el despido, declaró, acertadamente, su nulidad en aplicación del artículo 55.5.b) TRLET, descartando la condena a una indemnización por daño moral, precisamente, por no existir discriminación alguna, y limitándose a aplicar los efectos típicos de toda declaración de nulidad ex apartado 6 del artículo 55 TRLET: readmisión y abono de los salarios de tramitación.

En coherencia con todo ello, el fallo del TS consiste en desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y en confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

VI. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La importancia de la sentencia del TS objeto de análisis reside en que supone cerrar una cuestión que ni en la doctrina de suplicación ni tampoco en la doctrina científica contaba con una postura uniforme¹².

¹² MERCADER UGUINA, J.R. «Dereitos fundamentais, indemnización por danos morais e prudente arbitrio do xulgador na súa determinación: una tormenta perfecta». En *Revista Galeta de Dereito Social - 2ª ET*, 2022, núm. 15, p. 20. Concretamente, entre las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que abogaban por reconocer el derecho a la indemnización por el mero hecho de producirse la nulidad objetiva del artículo 55.5.b) del TRLET, se menciona junto a la STSJ de Madrid 4ª, de 18 de junio de 2021 (núm. rec. 286/2021), cuya jurisprudencia es, precisamente, la que el TS, en la sentencia objeto de análisis en este estudio, considera que no debe prosperar, la STSJ del País Vasco 4ª, de 12 de junio de 2018 (núm. rec. 1028/2018). En cambio, entre las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que consideraban que la nulidad objetiva del despido solamente puede dar lugar a indemnizaciones cuando se aporten por la persona trabajadora afectados indicios de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas y el empresario no sea capaz de demostrar que el despido obedezca a otras causas, se mencionan las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid 4ª, de 17 de julio de 2013 (núm. rec. 1171/2013) y de 18 de noviembre de 2015 (núm. rec. 2005/2015) y la STSJ de Cataluña 4ª, de 21 de junio de 2021 (núm. rec. 1926/2021).

En la misma línea, LÓPEZ TERRADA, E. «La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras». En *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2021, vol. 11, núm. 1, pp. 32-36. Conforme a esta autora existe un sector de la doctrina que defiende, en el ámbito del despido por causa de maternidad, la necesidad de conceder la indemnización del artículo 183.2 de la LRJS tanto en caso de despidos nulos discriminatorios propiamente dichos como en el caso de nulidades objetivas. Concretamente, con cita de MOLINA NAVARRETE (MOLINA NAVARRETE, C. «El “plus de riesgo de despido” de las mujeres embarazadas: ¿“indemnización disuasoria” también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, de 28 de noviembre. En *CEF: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2018, núm. 421, pp. 139 y 141) señala que:

«(...) la concesión de la indemnización vendría impuesta por el engarce constitucional y comunitario de este tipo de nulidades, cuyo fundamento no debe buscarse en la intención de discriminar, sino en la prohibición de realizar “prácticas obstaculizadoras injustificadas” del derecho a la igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres, ex artículo 14 de la CE y 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según esta interpretación, con independencia de que el artículo 55.5 TRLEL sea una norma de mejora de la Directiva 92/85, al conceder la indemnización se daría cumplimiento a la exigencia de una tutela preventiva útil frente al despido de las trabajadoras madres que viene impuesta por la jurisprudencia comunitaria en sentencias como la de 11 de octubre de 2007, *Paquay*, C-460/06 o la de 22 de febrero de 2018, *Jessica Porrás Guisado*, C-103/16».

En esa línea, se menciona la STSJ de Andalucía/Sevilla 4ª, de 23 de enero de 2020 (núm. rec. 3399/2018).

En contra de esa corriente jurisprudencial se mencionan, junto a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia ya indicadas por MERCADER UGUINA, las SSTSJ de Galicia 4ª, de 7 de noviembre de 2019 (núm. rec. 4093/2019) y de 9 de diciembre de 2019 (núm. rec. 3789/2019). Pero sin duda, la principal aportación de esta autora es la crítica que realiza a la postura mantenida por autores como MOLINA NAVARRETE, y que se ha recogido arriba, al afirmar que:

«(...) en cuanto a la exigencia comunitaria de tutela preventiva útil, cabe subrayar que su sentido, probablemente, es otro: el TJUE la exige frente al despido de las trabajadoras madres y en el contexto de la Directiva 92/85 —respecto a la que el artículo 55.5 TRLET es una mejora— en consideración al riesgo que un posible despido supone “para el estado físico y psíquico” de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. De ahí que el TSJ de Cataluña —tras plantear por auto de fecha de 20 de enero de 2016 la cuestión prejudicial origen de la STJUE de 22 de febrero de 2018, *Jessica Porrás Guisado*, C-103/2016— en su sentencia de 26

Además, desde nuestro punto de vista, la conclusión y fallo del TS en la sentencia objeto de estudio resultan acertados.

Ello es así porque resulta evidente que no se configuran legalmente como supuestos asimilados la nulidad objetiva y automática del despido regulada en el segundo párrafo

de abril de 2018 (núm. rec. 3002/2015), al resolver sobre el fondo del asunto, haya situado el incumplimiento del Estado español al margen de las dos tutelas mencionadas —antidiscriminatoria y objetiva— para conectarla con una tercera tutela: la efectuada por razón de riesgos laborales en el Derecho comunitario (“existe una tercera tutela por razón de riesgos laborales en el Derecho comunitario, que es la que aquí interesa y que no es ni antidiscriminatoria ni objetiva, sino que se trata del de una tutela de la mujer embarazada frente al despido, al que la Directiva 92/85 considera como un riesgo para su salud física y psíquica”). Enmarcado el artículo 10 de la Directiva 92/85 en el ámbito preventivo de riesgos laborales, el Tribunal considera que no existe en nuestro ordenamiento interno una transposición de la Directiva en tal contexto, pues tanto la antidiscriminatoria frente al despido de la mujer embarazada como la tutela objetiva frente al despido son *ex post*, pero en ningún momento se contempla la prohibición de despedir como riesgo para la salud de la embarazada (tutela *ex ante*). Esta segunda postura interpretativa, en fin, puede “intuirse” de lo dispuesto en el auto del TS de 10 de junio de 2018 (núm. rec. 3070/2017). Aunque el Tribunal rehúsa a entrar en el fondo del asunto, para justificar la falta de contradicción señala que, a diferencia del caso de autos, en el supuesto de contraste se debate si la empresa conocía o no su situación de embarazo y si ello es trascendente a efectos de la calificación del despido, datos “que lógicamente puede incidir en la decisión de la sala de fijar o no la indemnización adicional por daños y perjuicios”».

En torno a las contradicciones existentes entre los Tribunales Superiores de Justicia, vid. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J. «La indemnización por daños y perjuicios morales en el despido de la trabajadora embarazada. Una polémica muy viva». En *Diario La Ley*, 2022, núm. 9984, pp. 1-10 (LA LEY 13761/2021).

Por su parte, BLASCO JOVER, tras resaltar las contradicciones existentes entre los Tribunales Superiores de Justicia, y aportar como muestra de los que se pronuncian a favor de la automatización de la indemnización, aunque se trate de supuestos de nulidad objetiva, la STSJ de Galicia 4ª, de 7 de mayo de 2021 (núm. rec. 1216/2021) y la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 4ª, de 9 de diciembre de 2019 (núm. rec. 407/2019), afirma primero que «Todo está a la espera (...) de un pronunciamiento en unificación de doctrina del Tribunal Supremo que resuelva la controversia. Hasta que este llegue, evidentemente no se puede más que posicionarse en un extremo o en otro de la balanza», para, a continuación, posicionarse a favor de la automatización de la indemnización, con distintos argumentos, entre los que destacan los siguientes:

«La clave de la cuestión radica en entender que el acto ilícito del empresario genera, *per se* y con independencia de cualquier intencionalidad, una vulneración a determinados valores constitucionales (STC 3/2007, de 15 de enero) e, incluso, europeos (artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) que debe repararse más allá de lo que simplemente dispone el artículo 55.6 TRLET. El artículo 183 LRJS debería ser de aplicación también en estos casos y no restringirse a aquellos en los que se declare que existe una situación de discriminación real y concreta probada por un suficiente panorama indiciario. Por ello, una futura decisión del Tribunal Supremo o una eventual modificación legislativa deberían ir en este sentido y aclarar que el hecho generador de la nulidad (el embarazo o el disfrute de ciertos derechos preventivos o en materia de conciliación) debe determinar, en buena lógica, no sólo que se declare de forma automática la nulidad del despido, sino también que proceda, de modo igualmente mecánico, el abono de una indemnización que compense por la vulneración acaecida y que disuada en cierta forma al empresario de tomar este tipo de decisiones. Y ello, claro está, salvo que quede demostrada la procedencia del despido» [BLASCO JOVER, C. «Artículo 183. Indemnizaciones». En *VVAA. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* (BLASCO PELLICER, A., Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 1215-1218. Igualmente, de la misma autora vid. «Hacia una redefinición de la nulidad objetiva del despido: apuntes para avanzar hacia una nueva protección de los intereses en juego». En *CEF: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2023, núm. 472, pp. 81-85].

Obviamente, la STS objeto de análisis en este estudio es la sentencia que esperaba esta última autora y que va en la línea contraria a la defendida por la misma.

del artículo 55.5 TRLET y la nulidad antidiscriminatoria que se contempla en el párrafo primero de dicho precepto.

De este modo, la nulidad objetiva y automática basada en el embarazo y con independencia de su conocimiento por el empresario opera durante toda la relación laboral. Basta la prueba del embarazo por la trabajadora, debiendo entonces probar el empresario una causa objetiva y razonable para el desistimiento. Así, si el empresario consigue probar dicha causa, se deberá declarar la procedencia del despido. En caso contrario, el despido será nulo. Por el contrario, la nulidad discriminatoria requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario y que también opera durante toda la relación laboral. En este caso, la trabajadora debe aportar indicios suficientes de que su despido o cese se debe a la discriminación por embarazo, mientras que sobre el empresario recae la carga de probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad¹³.

En ese sentido, y con fundamento en la STS 4ª, de 6 de mayo de 2009 (núm. rec. ud. 2063/2008) se ha afirmado que aun siendo claro que la finalidad de la Ley 39/1999 es la de combatir los despidos discriminatorios por razón de embarazo, esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio» (F.D. 3º)¹⁴.

Por consiguiente, dado que el artículo 183 LRSJ, en conexión con el artículo 177 de la misma norma, exige que la sentencia declare la existencia de una vulneración de un derecho fundamental, incluido la prohibición de tratamiento discriminatorio, o libertad pública, para que el juez se pronuncie sobre la cuantía de la indemnización, cuando solamente se produzca una nulidad objetiva y automática, no cabrá indemnización alguna, por no haberse acreditado vulneración alguna. Con otras palabras, para que en los despidos nulos ex párrafo segundo del artículo 55.5 TRLET las personas trabajadoras afectadas por los mismos puedan cobrar las indemnizaciones a las que se refiere el artículo 183 LRJS es necesario que, además de solicitarse en la demanda tales indemnizaciones, con la particularidad que presenta la indemnización por daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada, se aporten en la demanda indicios de vulneración de derechos fundamentales o de libertades públicas¹⁵ y que el empresario

¹³ POQUET CATALA, R. «Análisis del despido nulo ex Art. 55.5 ET». En *Femeris*, 2020, vol. 5, núm. 33, pp. 94-95.

¹⁴ Tolosa Tribeño, C. *Despido*. Pamplona: DAPP, 2010, p. 302.

¹⁵ Debe recordarse que la persona trabajadora puede reclamar las indemnizaciones previstas en el artículo 183 de la LRJS acumuladamente a la pretensión impugnatoria del despido (cfr. artículo 26.2 de la LRJS), pese a la regla general que prohíbe acumular la acción por despido con otras pretensiones (cfr. artículo 26.1 de la LRJS). En este sentido vid. ALEGRE NUENO, M. «Cuestiones

no consiga probar que el despido de debe a una causa objetiva y razonable y, por tanto, justa, que nada tenga que ver con el embarazo¹⁶.

Como ejemplo de cómo debe procederse, cuando se considera que se ha vulnerado un derecho fundamental o una libertad pública, a pesar de que resulte de aplicación la nulidad objetiva del párrafo segundo del artículo 55.5 TRLET, puede citarse la reciente STSJ de Madrid 4ª, de 15 de diciembre de 2023 (núm. rec. 827/2023), que es, además, coetánea en el tiempo a la STS objeto de análisis en este estudio.

En el caso de esta sentencia resulta de aplicación la nulidad discriminatoria del primer párrafo del artículo 55.5 TRLET, pero tras la modificación operada en el párrafo segundo de dicho precepto como consecuencia del artículo 127.9 del RDL 5/2023, de 28 de junio¹⁷, para acoger supuestos de conciliación, actualmente, cabría la nulidad objetiva y automática.

En cualquier caso, en esta sentencia se declara la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminada de la demandante por razón de sexo tras haberse acogido a reducción de jornada por cuidado de su hija recién nacida, y, por tanto, por su doble condición de madre y trabajadora, al haberse aportado indicios y no dar el empresario ninguna explicación razonable que justifique su comportamiento, consistente en la extinción del contrato de trabajo por fin de contrato (vid. respecto a los indicios el F.D. 6º y el F.D. 9º).

Precisamente, es la declaración de vulneración del derecho fundamental, que se propicia con la aportación de indicios, la que posibilita la aplicación del artículo 183 LRSJ y con ello el abono de las correspondientes indemnizaciones que se prevén en el mismo¹⁸, aunque en este caso solamente se solicite una indemnización por daños

actuales del proceso por despido». En VVAA. *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M^º. Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (SALA FRANCO, T., Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 453.

¹⁶ Sobre la diferenciación entre la exoneración de la prueba —inversión de la carga probatoria— y la facilitación de la prueba dónde solo se exige al trabajador despedido la aportación de un indicio véase ORTEGA LOZANO, P.G. *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*. Murcia: Laborum, 2018, pp. 202-206. En verdad, para que se pueda aplicar el artículo 183 de la LRJS no basta con la exoneración de la prueba, propia de la nulidad objetiva, sino que aun dándose esta debe aportarse un indicio de violación de un derecho fundamental o una libertad pública.

¹⁷ BOE de 29 de junio de 2023, núm. 154.

¹⁸ Se trata, en primer lugar, de daños materiales, que comprenden tanto el daño emergente —son los daños derivados de la lesión, acreditados usualmente con facturas—, como el lucro cesante —son las ganancias dejadas de obtener, por ejemplo, a consecuencia de una relegación en ascensos—. En segundo lugar, los daños físicos, cuya cuantificación se puede realizar utilizando los baremos de tráfico. Y, en tercer lugar, los daños morales [LOUSADA AROCHENA, F. *Capítulo Vigésimo Noveno. La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*. En VVAA. *Sistema de Derecho Procesal Laboral* (LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., Coords.). Murcia: Laborum2015, p. 369].

morales de 25.000 euros que, finalmente, son rebajados por el TSJ de Madrid a 10.000 euros.

Además, esta sentencia presenta un interés especial por recoger la doctrina imperante en la actualidad para fijar la indemnización por daños morales, que no es otra que la recogida en la STS 4ª, de 20 de abril de 2022 (núm. rec. ud. 2391/2019)¹⁹, y que puede sintetizarse del siguiente modo (vid. F.D. 10º)²⁰:

«(a) La estimación detallada de los daños morales indisolublemente unidos a la vulneración de un derecho fundamental resulta especialmente difícil, por lo que deben flexibilizarse las exigencias para la determinación de la indemnización, de manera que el propio órgano judicial puede establecer prudencialmente su cuantía, sin que se pueda imponer al demandante la obligación de aportar bases más exactas y precisas para su fijación, al no existir parámetros objetivos que permitan traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste.

(b) La nueva regulación introducida por el artículo 183 LRJS comporta que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la cuantificación de los daños ha de excepcionarse en el caso de los daños morales ligados a la violación de un derecho fundamental cuando resulte difícil su evaluación pormenorizada.

(c) El empleo a tal fin, con carácter orientativo, de las sanciones pecuniarias previstas por el TRLISOS resulta idóneo y razonable. No obstante, dado que la horquilla de la cuantificación de las multas para un mismo tipo de infracción es muy amplia, para fijar el monto de la indemnización resulta preciso valorar las circunstancias concurrentes, como a título ejemplificativo, la antigüedad del

¹⁹ Se resalta el interés de esta sentencia respecto a la cuestión de la fijación o concreción de los daños morales, además de por la construcción doctrinal que contiene en ROJO TORRECILLA, E. «Solicitud de reducción de jornada por guarda legal. Discriminación por razón de sexo de la trabajadora. Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2023». En *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada publicada el 15 de enero de 2024: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2024/01/solicitud-de-reduccion-de-jornada-por.html>.

²⁰ Sobre la misma vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A. «Concreción de los criterios y monetización de la cuantía del daño moral en los despidos nulos con transgresión de derechos fundamentales». En *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, núm. 6, pp. 571-579. Para un resumen sobre la jurisprudencia previa que da lugar a dicha sentencia, vid.: MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. «Artículo 183. Indemnizaciones». En *VVAA. Comentarios a la Ley Reguladora de Jurisdicción Social* (MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., Dir.). Murcia: Laborum, 2020, pp. 721-723 [se analiza la STS 4ª, de 8 de mayo de 2019 (núm. rec. 42/2018)]. MONEREO PÉREZ, J.L. «Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial de cuantificación de la indemnización». En *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, núm. 3, pp. 295-309 [se analiza la STS 4ª, de 23 de febrero de 2022 (núm. rec. 4322/2019)]; GARCÍA ROMERO, B. «Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo». En *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, núm. 4, pp. 365-373 [se analiza la STS 4ª, de 9 de marzo de 2022 (núm. rec. ud. 2269/2019)].

trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido.

(d) Esta clase de indemnización no cumple exclusivamente una función resarcitoria, sino también preventiva o disuasoria de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales de los trabajadores».

En cualquier caso, debe considerarse como encaja lo preceptuado en el artículo 27.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022)²¹, con lo establecido en el artículo 183 LRSJS y artículos concordantes. Así, conforme al artículo 27.1 de la Ley 15/2022:

«1. La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley²² reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

En contraposición a la presunción que establece dicho precepto, y a pesar de que una interpretación literal del artículo 183 LRJS parecería apuntar a que el daño moral es inherente (cuando señala «unido a») a toda vulneración de derechos fundamentales, por lo que la condena en concepto de daño moral procedería siempre que se estimase la existencia de vulneración (teoría de la automaticidad de la indemnización por daño moral), y que los daños y perjuicios distintos del daño moral se consideran «adicionales»,

²¹ BOE de 13 de julio de 2022, núm. 167.

²² Artículo 2.1 de la Ley 15/2022:

«Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

de forma y manera que podrían o no ser objeto de condena, la verdad es que esa interpretación no se compadece con el principio general de justicia rogada y con la clara exigencia que al demandante impone el artículo 179.3 de la LRJS en orden a expresar la cuantía de la indemnización pretendida. No hay por tanto automaticidad, salvo en el sentido de que el daño moral acompaña —va «unido»— a toda vulneración de derechos fundamentales; pero su concesión en un caso concreto depende de lo que pida la parte. De ahí que el TS sostenga que «la prueba de la violación del derecho no determina automáticamente la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios» [STS 4ª, de 15 de abril de 2013, núm. rec. ud. 1114/2012]. Cosa distinta es que sí pueda deducirse de los artículos 179.3 y 183.1 LRSJ una diferenciación de regímenes afectantes, por un lado, al daño moral y, por otro, a todos los demás conceptos susceptibles de integrarse bajo el epígrafe de daños y perjuicios. Del daño moral se dice por partida doble, en ambos preceptos, que va «unido a» la vulneración del derecho fundamental. El sentido que puede darse a esta expresión, que sea respetuosa con el principio de justicia rogada y con la literalidad del propio artículo 179.3 LRSJ, pero también con las exigencias constitucionales de protección efectiva y real de los derechos fundamentales (cfr. STC 247/2006, de 24 de julio), es que el daño moral ha de pedirse en la demanda, ha de cuantificarse por el demandante, pero no ha de detallarse de manera desglosada, por entenderse que resulta «difícil su estimación detallada» (artículos 179.2 LRJS). Dicho de otro modo, el daño moral existe en toda vulneración de derecho fundamental, pero su concesión se supedita a que el demandante lo pida en su demanda y a que existan en el proceso unas mínimas bases para su cuantificación, tal y como se recoge en la ya analizada STS 4ª, de 20 de abril de 2022 (núm. rec. ud. 2391/2019). En todo caso, el órgano judicial habrá de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, sobre todos y cada uno de los conceptos en que esta se desglose en la demanda. Al fin y a la postre, es esta una obligación que no es sino concreción del principio de exhaustividad y congruencia de las sentencias (cfr. artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)²³. Cuestión distinta es que las dificultades probatorias de algunos conceptos integrantes de la indemnización puedan dar lugar a la aplicación del principio de determinación prudencial por el juzgador, como se indica en la STS 4ª, de 20 de abril de 2022 (núm. rec. ud. 2391/2019)²⁴.

Por todo ello, *prima facie*, la presunción que establece el artículo 27.1 de la Ley 15/2022 a favor de la existencia de daño moral resulta inconciliable con la falta de

²³ BOE de 8 de enero de 2000, núm. 7.

²⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. «Artículo 183. Indemnizaciones». En VVAA. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia* (MERCADER UGUINA, J.R., Dir.). Madrid: La Ley, 2015, pp. 1223-1224. Una buena síntesis de todo ello también se realiza en la STS 4ª, de 19 de mayo de 2020 (núm. rec. ud. 2911/2017), F.D. 5º.

automaticidad que rige en la LRJS. De ahí que deba entenderse que se trata de normas que poseen ámbitos de aplicación diferenciados, a la hora de reprimir y reparar lesiones de la prohibición de tratamiento discriminatorio y de acoso. Así, a las discriminaciones reguladas en el artículo 2.1 de la Ley 15/2022 se les aplicará la presunción de existencia de daños morales establecida en el artículo 27.1 de la propia Ley, mientras que, al resto de tratos desiguales o discriminatorios no cubiertos por la misma, aunque se trate de lesiones de verdaderos derechos fundamentales (libertad sindical, derecho de huelga, garantía de indemnidad laboral), se les seguirá aplicando lo dispuesto en el artículo 179.3 LRJS y concordantes²⁵.

²⁵ ARUFE VARELA, A. «El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición». En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, núm. 64. p. 368.

CUATRO SENTENCIAS MEMORABLES DEL AÑO 2023

Con esta nueva Sección se pretende comentar, en los sucesivos números de la Revista correspondientes al mes de febrero -primero de cada año-, algunas de las sentencias de particular relevancia dictadas en el año anterior por los cuatro altos Tribunales que fijan las pautas jurídicas en España, en la Unión Europea y en el Consejo de Europa. Respectivamente, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Comité Ejecutivo*).

It is intended to comment in this new Section, and in the successive numbers of the Review for the month February -first of every year- some of the sentences of particular relevance, issued in the previous year by the four High Courts, that set the legal guidelines in Spain, in the field of the European Union and in the field the Council of Europe. Which are, respectively, the Supreme Court, the Constitutional Court, the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights (*Executive Committee*).

COMPLEMENTO DE MATERNIDAD. VARÓN DISCRIMINADO E INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO CAUSADO TRIBUNAL SUPREMO -SALA SOCIAL. PLENO- SENTENCIA 977/2023, DE 15 DE NOVIEMBRE (RCUD. 5547/2022)

Por

LOURDES LÓPEZ CUMBRE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

lopezl@unican.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: Declarada la discriminación del varón en el acceso al complemento por maternidad por aportación demográfica y manifestada una actitud reiteradamente contraria a su concesión por parte del INSS, el Tribunal Supremo ha efectuado varias consideraciones de interés en un cuerpo doctrinal nada despreciable. Con todo, destaca uno de los últimos pronunciamientos en los que se decanta por admitir un daño patrimonial a todos aquellos varones que se enfrentaron a esta situación recurriendo en casación, quienes deberán obtener del INSS una indemnización, fija, única y global, de mil ochocientos euros, esto es, la cantidad tasada para las costas impuestas de contrario en estos procesos. Una decisión que, como todas las importantes, suscita no pocas dudas aplicativas.

PALABRAS CLAVE: Complemento por maternidad; discriminación del varón; denegación injustificada; indemnización por daños; límite máximo según imposición de costas procesales.

SUMARIO: I. INDEMNIZACIÓN "JUDICIAL" FIJA POR DAÑOS ANTE LA DENEGACIÓN DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA. COMPENSAR POR RECURRIR.- 1. La secuencia normativa -distinta a la judicial- sobre el complemento demográfico.- 2. La secuencia judicial -distinta a la normativa- sobre el complemento demográfico.- 3. Y, por fin, la fijación de una indemnización (fija y única) por la denegación del complemento demográfico al varón tras la doctrina europea.- II. ALGUNAS DUDAS QUE SUSCITA LA DECISIÓN JUDICIAL. SOBRE EL DAÑO INDEMNIZADO Y LA CUANTÍA FIJADA.- 1. Incumplimiento de la Administración de una obligación legal y responsabilidad patrimonial. ¿Debía haber sido éste el procedimiento adecuado para declarar la indemnización?- 2. ¿Daño patrimonial para compensar la necesidad de recurrir o daño moral por vulneración de un derecho fundamental o ambos?- 3. Sobre la cuantía fija -no variable-, única -no plural- y con una referencia procesal -no sustantiva-.- III. A MODO DE CONCLUSIÓN.- IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

MATERNITY SUPPLEMENT. MALE DISCRIMINATED AND COMPENSATION FOR DAMAGE

ABSTRACT: Having declared that men are discriminated against in access to the maternity supplement for demographic contribution and that the INSS has repeatedly opposed its granting, the Supreme Court has made several interesting considerations. However, one of the latest pronouncements stands out, in which it decides to admit patrimonial damages for all those men who have faced this situation by appealing in cassation, who must obtain a fixed, single and global compensation from the INSS of one thousand eight hundred euros, that is, the amount assessed for costs imposed otherwise in these proceedings. A decision that, like all the important ones, raises many questions.

KEYWORDS: Maternity supplement; discrimination against men; unjustified refusal; compensation for damages; ceiling on costs.

SUMMARY: I. FIXED "JUDICIAL" COMPENSATION FOR DAMAGES FOR REFUSAL OF THE MATERNITY SUPPLEMENT FOR DEMOGRAPHIC CONTRIBUTION. COMPENSATION FOR APPEAL.- 1. The normative sequence - different from the judicial one - on the demographic complement.- 2. The judicial sequence, other than the rules, concerning the demographic complement.- 3. And finally, the fixing of a (fixed and single) compensation for the refusal of the demographic supplement to the male following the European doctrine.- II. SOME DOUBTS RAISED BY THE JUDICIAL DECISION. ON THE DAMAGE COMPENSATED AND THE AMOUNT FIXED.- 1. Breach by the Administration of a legal obligation and financial liability. ¿Should this have been the appropriate procedure to declare compensation?- 2. ¿Property damage to compensate for the need to appeal or moral damage for infringement of a fundamental right or both?- 3. On the fixed -not variable- amount, single -not plural- and with a procedural -not substantive-reference.- III. AS A CONCLUSION.- IV. BIBLIOGRAPHY.

I. INDEMNIZACIÓN “JUDICIAL” FIJA POR DAÑOS ANTE LA DENEGACIÓN DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA. COMPENSAR POR RECURRIR

Una de las decisiones más significativas del último año por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido, sin duda, la contenida en la STS 15 de noviembre de 2023, Ar. 5166. Revelando ya su conclusión, probablemente ya por todos conocida, la Sala fija una indemnización global y general de mil ochocientos euros, en un supuesto de creación judicial, para los varones solicitantes del complemento de maternidad por aportación demográfica que se vieron obligados a recurrir la denegación del INSS pese a la existencia de una decisión judicial europea favorable a dicha concesión. Como compensación por el daño sufrido, la Sala acude a la cuantía máxima de imposición de costas en el recurso de casación (mil ochocientos euros) y fija la misma como indemnización única -compendiando el valor de todo daño sufrido- y unitaria -igual para cada uno de los afectados-. Solución sumamente justificada, aunque extraña para el derecho de daños.

1. La secuencia normativa -distinta a la judicial- sobre el complemento demográfico

1. En la actualidad, no existe problema desde el punto de vista sustantivo. El complemento que genera la controversia, esto es, el denominado “complemento por maternidad por aportación demográfica” (en adelante, complemento demográfico), cuya sentencia se analiza, ha sido sustituido por otro, hoy vigente, denominado “complemento para la reducción de la brecha de género”.

Ahora, con este nuevo complemento, las personas beneficiarias -mujeres u hombres- de una pensión contributiva de jubilación, siempre que no sea parcial, de incapacidad permanente o de viudedad a partir del 4 de febrero de 2021 y que hayan tenido uno o más hijos o hijas, podrán beneficiarse de esta una nueva prestación. Por su parte, las personas que en la fecha indicada estuvieran percibiendo el complemento demográfico, mantendrán el mismo, si bien será incompatible con el nuevo complemento por brecha de género, pudiendo, no obstante, optar entre uno u otro en el caso de cumplir los requisitos para obtener ambos. Porque, para que los hombres tengan derecho al actual complemento por brecha de género deberán reunir una serie de requisitos; a saber, que causen pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir pensión de orfandad; o que causen pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y hayan interrumpido o hayan visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o

adopción, con distinta exigencia según se trate de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994 o a partir del 1 de enero de 1995. En todo caso, la cuantía de este complemento será, según la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2023, de 30,20 euros mensuales por cada hijo o hija en catorce pagas, con el límite de cuatro veces dicho importe, no computable a efectos de los límites máximos o mínimos de las pensiones.

2. Sin embargo, la secuencia normativa sobre la evolución de este complemento - distinta a la judicial- constituye un precedente necesario para interpretar la decisión judicial que se analiza.

El complemento demográfico origen de esta disputa comienza su vigencia en enero de 2016. Fruto de una serie de medidas recogidas en el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017, el Gobierno aprueba esta prestación para reconocer el papel de las mujeres que deciden tener hijos y cuya maternidad repercute directamente en la minoración de sus carreras de cotización. Responde esta propuesta a alguna de las Recomendaciones (en concreto, la número 17) del Pacto de Toledo (en su versión de 2011), en la que se aboga por reconocer el esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social. Del mismo modo, las Recomendaciones efectuadas por la Unión Europea no han dejado de orientarse en este sentido, señalando el reconocimiento de la natalidad como eje futuro del sistema, con la intención de prevenir situaciones de desprotección de la mujer ante insuficientes pensiones futuras. En consecuencia, con la aprobación de este complemento se pretende corregir la doble “brecha” que afecta a las mujeres en su carrera de cotización; a saber, los salarios más bajos y las carreras más cortas o discontinuas con repercusión directa en pensiones más reducidas.

La DF 2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 recogería un nuevo artículo 50.bis en la Ley General de Seguridad Social de 1994, regulación que quedaría definitivamente incluida en el artículo 60 de la Ley General de Seguridad Social de 2015 (en adelante, LGSS) como complemento de maternidad por aportación demográfica. En ese precepto se admitiría entonces *“un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente”*. El porcentaje aplicable a la pensión contributiva correspondiente sería de un cinco por ciento en el caso de dos hijos, un diez por ciento con tres hijos y un quince por ciento en el caso de cuatro o más hijos. En consecuencia, desde el 1 de enero de 2016, aquellas mujeres que causaran pensión contributiva y hubieran tenido dos o más hijos verían incrementada su pensión, desde ese momento, en el porcentaje correspondiente.

Una de las primeras discusiones sobre esta nueva normativa se centraría en la exclusión de aquellas mujeres con un único hijo, normalmente familia monoparental, que también representaban las dificultades, incluso más intensificadas, de alcanzar una carrera de cotización a efectos de obtención de una pensión contributiva. Pero la crítica más contundente fue la consideración como discriminatoria de esta regulación en relación a los varones con hijos en idénticas condiciones¹. En una primera aproximación, el Tribunal Constitucional inadmitirá a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social sobre esta norma señalando que *“a la vista de la limitada importancia del complemento en términos porcentuales y del amplio margen con que cuenta el legislador para regular las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, atendiendo las necesidades existentes con los medios disponibles, la diferencia de trato debe entenderse proporcionada, sin que produzca resultados especialmente gravosos o desmedidos”* (Auto TC 114/2018, FJ 3). Y para ello recuerda que, como es doctrina consolidada, *“al enjuiciar la proporcionalidad de la diferencia se debe tener en cuenta el amplio margen de decisión que este Tribunal ha reconocido al legislador en la configuración del sistema de la Seguridad Social, en particular, «a la hora de regular y modificar las prestaciones para adaptarlas a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas* (por todas, SSTC 65/1987, FJ 17; 134/1987, FJ 5; 97/1990, FJ 3; 184/1990, FJ 5; 197/2003, FJ 3, y 41/2013, FJ 4).

Pero, tras varias cuestiones prejudiciales inadmitidas a trámite, finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará sobre esta cuestión en la famosa y decisiva STJUE 12 de diciembre de 2019, asunto WA-INSS, asunto C-450/18, cuyo análisis más exhaustivo se realiza en posteriores apartados. No obstante, procede avanzar que, en dicha sentencia, el Tribunal no concede al complemento demográfico el carácter de medida positiva válida a favor de las mujeres, sino que considera que *“la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres”* (Considerando 46) y que los hombres pueden ver de igual modo afectada su carrera profesional como consecuencia del cuidado de los hijos. En consecuencia, el complemento no se incluye dentro de las normas de acción positiva dirigidas a paliar la desigualdad entre hombres y mujeres, resultando discriminatorio para el varón.

¹ Un estudio detallado en BALLESTER PASTOR, M^a.A., “El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfico”, en AAVV, *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 533-550.

En respuesta a esta decisión, el legislador aprueba el Real Decreto-Ley 3/2021, 2 febrero, BOE, 3, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de Seguridad Social y económico, que vuelve a modificar el artículo 60 LGSS ya con el complemento para la reducción de la brecha de género actual. Ahora, lo que se pretende, según la Exposición de Motivos de esta nueva normativa, es *“configurar el complemento como una palanca para la reducción de la brecha de género, que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de cuidados de los hijos. Pero se hace dejando la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al complemento. Es decir, se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el complemento lo percibe la mujer) con la previsión de una puerta abierta para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable”*. Este nuevo complemento se aplicará a las pensiones causadas a partir del 4 de febrero de 2021, ex DT 44 LGSS. Porque, para las pensiones causadas con anterioridad a esta fecha, seguirá siendo aplicable el artículo 60 LGSS en su antigua redacción y, por ende, seguirá rigiendo el complemento demográfico en todos sus términos. Por consiguiente, sólo cabe reconocer el complemento para la reducción de la brecha de género en aquellas pensiones cuyo hecho causante se produzca a partir del 4 de febrero de 2021.

3.La diferencia entre el complemento demográfico y el complemento por brecha de género es ostensible. Primero, por la influencia de las decisiones judiciales, en particular de las europeas pues, como se indicara, nuestro Tribunal Constitucional no había considerado que se produjera discriminación alguna. Probablemente con mejor criterio. Porque, en realidad, son las carreras de cotización de la mujer las que claramente se encuentran perjudicadas por su acortamiento o minoración como consecuencia de la maternidad. La aportación demográfica es más gravosa en el ámbito laboral y en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social para la mujer que para el hombre. Y no sólo por el esfuerzo físico que supone embarazo y maternidad sino porque, en una sociedad que improvisa la política de cuidados y sigue centrando la atención de la familia en la mujer, el cuidado de descendientes y ascendientes sigue recayendo en la figura femenina.

Bien es cierto que, consciente el legislador de esta realidad, exige a los hombres más requisitos que a las mujeres para acceder al nuevo complemento ². Las mujeres podrán

² Vid VIVERO SERRANO, J.B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.

acceder directamente -ahora sí- cuando hayan tenido uno o más hijos y sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad. Este derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía. Sin embargo, los hombres deberán probar que su carrera profesional se ha visto interrumpida o afectada con ocasión del nacimiento o adopción con arreglo a una serie de condiciones en el caso de la incapacidad permanente o jubilación. Así, si los hijos han nacido o han sido adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, deberán reunir más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores al mismo o la resolución judicial, en caso de adopción. Pero si los hijos han nacido o han sido adoptados a partir del 1 de enero de 1995, se solicitará que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al nacimiento o la resolución judicial de adopción sean un quince por ciento inferior a la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores al nacimiento o resolución judicial de la adopción. No habrá diferencia cuantitativa porque, sin mantener el sistema de porcentajes en el que se basara el complemento demográfico, ahora la cuantía, como se precisara con anterioridad, es fija y uniforme para cualquier beneficiario.

2. La secuencia judicial -distinta a la normativa- sobre el complemento demográfico

1. Desde que se aprobara el complemento demográfico, existe un cuerpo de doctrina judicial de sumo interés, anterior a la sentencia que nos ocupa y cuya aproximación, sin ánimo de exhaustividad, se recoge en este apartado.

Por supuesto, el punto de partida nuclear es la STJUE 12 diciembre de 2019, asunto WA-INSS, asunto C-450/2018. El varón, padre de dos hijas, solicita al INSS el mismo complemento demográfico que la mujer, madre de dos hijas, obteniendo la denegación de la prestación como respuesta. Algunos pasajes de la sentencia merecen ser destacados. Por un lado, cuando el Tribunal reconoce que la aportación demográfica constituya *“una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos. En particular, la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera”* (Considerandos 51 y 52, respectivamente,

con cita de las SSTJUE 29 de noviembre de 2001, asunto Griesmar, asunto C-366/99 y 26 de marzo de 2009, asunto Comisión/Grecia, asunto C-559/07). Y, admitiendo el Tribunal, que el artículo 4.2 de la Directiva 79/7, 19 de diciembre de 1978, DOCE 10 de enero de 1979, no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por motivos de maternidad, advierte que el precepto que establece el complemento demográfico en nuestra legislación *“no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. En particular, se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del artículo 60, apartado 1, de la LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz”* (Considerandos 57 y 58, respectivamente).

Nada impide, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 157.4 TFUE, que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, ningún Estado miembro mantenga o adopte medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. *“Sin embargo, esta disposición no puede aplicarse a una norma nacional como el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, dado que el complemento de pensión controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional”* (Considerando 60, con cita de la STJUE 17 julio de 2014, asunto Leone, asunto C-173/13).

Por consiguiente, debe señalarse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7. Declarando, en este sentido la Sentencia, que *“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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras*

que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”.

2.A partir de este pronunciamiento surgen dudas de diferente entidad en relación con el complemento demográfico. Una de ellas es si, a diferencia de lo que ocurre con la mujer a la que el complemento se le reconoce directamente junto con la pensión contributiva, en caso de tener derecho al mismo, para los hombres, como el complemento se reconoce con posterioridad a la misma, los efectos de dicho complemento deberán someterse a las reglas de reconocimiento de prestaciones generales, contenidas en el artículo 53 LGSS. Como es sabido, en dicho precepto se establece la retroactividad propia de dicho reconocimiento que será, a efectos económicos, la de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud y, en este caso concreto, nunca más allá del 17 de febrero de 2020, fecha de publicación de la STJUE 12 diciembre de 2019, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, 1 de octubre, BOE, 2 de Régimen Jurídico del Sector Público [la *“sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa”*].

Sin perjuicio de una primera aproximación en las SSTS 17 de febrero de 2022, Ar. 961 y 962 que entendieron que los efectos jurídicos del complemento deberían extenderse al momento del hecho causante de la pensión -aunque no lo aplicaron porque el recurso, como en la sentencia que ahora se analiza, no fue interpuesto por el solicitante sino por el INSS, lo que condicionaba la decisión de la Sala-, la doctrina del Tribunal Supremo queda definitivamente fijada en la STS 30 de mayo de 2022, Ar. 2427. Y, así, *“por aplicación de los principios de interpretación conforme del Derecho de la Unión, de cooperación leal (artículo 4 del Tratado de la Unión Europea) y de efecto útil; teniendo en cuenta que, en el supuesto litigioso, era extremadamente difícil que el beneficiario pudiera ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, lo que provocó la demora en la reclamación; así como el principio informador del ordenamiento jurídico relativo a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que se integra y observa en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; debemos reiterar la doctrina que sostiene que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS”* (FJ 4). En consecuencia, los efectos económicos se vinculan a los efectos de la pensión en todo caso.

Al margen quedan otras cuestiones sobre si el complemento por unos mismos hijos ha de ser reconocido de forma independiente a cada progenitor o tiene carácter unitario. Cuando la beneficiaria era sólo la mujer, esta duda no tenía cabida, pero con la extensión al varón, se convirtió en determinante. Por eso, el legislador decidiría resolverlo en la reforma de 2021 incluyendo en el artículo 60.2 LGSS la afirmación de que el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primero. Ahora bien, se trata de una decisión aplicable a los nuevos hechos causantes producidos desde la entrada en vigor de dicha reforma, no en relación a los anteriores. Y, ante la defensa por algunos tribunales de la unicidad del complemento, entendiendo que cabe su aplicación por los mismos hijos a cualquiera de los progenitores, pero en un solo caso, la STS 17 de mayo de 2023, Ar. 3670 permitirá defender una interpretación distinta, negando que el complemento demográfico tenga carácter único y admitiendo, en consecuencia, el reconocimiento independiente a cada uno de los progenitores. No otra puede ser la conclusión al circunscribir dicho pronunciamiento la interpretación que restringe la percepción en uno de los progenitores en la nueva legislación -redacción actual del artículo 60 LGSS en la que se precisa que *“el derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor - a los supuestos de hecho que surjan a partir de su entrada en vigor, no así en el resto. Y, por lo tanto, puesto que el complemento demográfico no dispone ningún límite al respecto, “su interpretación aboca a considerar que la norma mantenía la dicción precedente hasta la vigencia del texto que la sustituye, obligando en consecuencia a la Entidad Gestora a la correlativa aplicación en los supuestos de hecho causados en el periodo o lapso anterior, y así al que ahora nos ocupa” (FJ 3).*

Con todo, la sentencia anterior resultará determinante por otro aspecto, más relacionado con la decisión que aquí se analiza. Y es que, en atención a la misma y en cumplimiento de la citada STJUE 12 de diciembre de 2019, ante la petición de una indemnización por la vulneración de un derecho fundamental que se deriva del comportamiento del INSS al denegar este complemento a los varones tras la resolución judicial europea, la Sala de lo Social considerará que *“la eventual responsabilidad en el mantenimiento en ese lapso del contenido de la norma por quien tiene la potestad legislativa y su aplicación correlativa por entes que tienen encomendadas funciones de gestión no pueden dilucidarse en el presente procedimiento” (FJ 3).* Semejante responsabilidad deberá ser solicitada, en su caso, ante los órganos del orden contencioso-administrativo, en una deriva competencial de sumo interés que también será abordada en este análisis.

3. Entre otras múltiples dudas, surgiría también la de la prescripción. De acuerdo con el artículo 53 LGSS, el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribe a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. En su primigenia redacción, el artículo 60.6 LGSS reconocía que *“el derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización”*. Sin embargo, el hecho de que la imprescriptibilidad sea una característica absolutamente excepcional de determinadas prestaciones y, por ende, sobre la que se imponga una interpretación restrictiva, generaba serias dudas sobre la extensión de la misma también al complemento por maternidad. Precisamente por esta razón y dada la excepcionalidad de la imprescriptibilidad, prevalecerá la interpretación sobre la prescripción en el reconocimiento de dicho complemento demográfico en los mismos términos generales que el resto de prestaciones, aunque la pensión a la que acompañe resulte imprescriptible. En todo caso, se trata de un complemento surgido en la legislación de 2016, por lo tanto, independientemente de hasta dónde se reconozcan sus efectos, sólo podrá solicitarse desde esa fecha y, en principio, en relación a pensiones concedidas o disfrutadas desde esa fecha o en esa fecha, no antes, puesto que el complemento no se hallaba vigente con anterioridad. La retroacción deberá tener como límite la fecha de aprobación del complemento, a todos los efectos.

Y, comoquiera que la declaración de nulidad de la norma por interpretación de la doctrina europea no se produjo hasta 2019 (2020, si se tiene en cuenta la publicación de la sentencia), deberá ser éste el *dies a quo* para computar los cinco años de prescripción para el reconocimiento de esta prestación como una prestación más de la Seguridad Social. Ahora bien, si la Sala viene reconociendo efectos *ex tunc* al complemento (SSTS 17 de febrero de 2022, Ar. 961 y 962), no debería fijarse el *dies a quo* con posterioridad a dicha fecha pues, de hecho, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código Civil, fijar el *dies a quo* en la fecha de publicación de la sentencia no parece incorrecto. Con todo, existe controversia sobre esta interpretación, por varias razones; una, porque la sentencia que dicta la justicia europea tiene su origen en una acción que podría haber sido interpuesta en cualquier otro momento por cualquier otra persona; por otro lado, el complemento no puede resultar imprescriptible como sí lo es la pensión y, si lo fuera, debería prevalecer el reconocimiento de efectos económicos anteriores a los tres meses de la solicitud; y, por último, todo apunta a que el *dies a quo* deberá coincidir con el hecho causante de la pensión, de tal forma que, si hubiera transcurrido más de cinco

años entre el hecho causante y la solicitud del complemento demográfico, debería decaer este derecho por aplicación de la prescripción del artículo 53 LGSS³.

4. La secuencia, no exhaustiva sino aproximativa, de las principales decisiones judiciales, al margen de la comentada, se cerraría con uno de los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia, determinante para entender el contenido de la sentencia objeto de comentario. Se trata de la STJUE 14 de septiembre de 2023, asunto DX-INSS-TGSS, asunto C-113/22, en la que se resuelven cuestiones prejudiciales relativas al complemento demográfico también. En este caso, el órgano judicial remitente parte de la premisa de que la práctica del INSS consistente en denegar sistemáticamente a los hombres la concesión del complemento de pensión litigioso y obligarles a reclamarlo en vía judicial, debe considerarse, de acuerdo con la Directiva 79/7, una discriminación distinta a la discriminación derivada del artículo 60 LGSS -en su redacción anterior-, tal como fue declarada mediante la sentencia de 12 de diciembre de 2019. Porque la resolución denegatoria, pese a ser discriminatoria, era conforme con la ley nacional, la cual constituye la única causa de la discriminación controvertida, de modo que el carácter discriminatorio de la denegación impugnada en el litigio principal no puede dar lugar a una indemnización a cargo del INSS. Y, si así fuera, si constituyera la resolución denegatoria una discriminación distinta a la derivada del artículo 60 LGSS -en su anterior redacción-, deberá establecerse cuál es la fecha a partir de la cual ha de concederse al interesado el complemento de pensión litigioso y, en particular, si dicha concesión debe ser retroactiva y surtir efectos a partir de la fecha del hecho causante de la pensión a la que se vincula tal complemento. Además, se plantea si, al objeto de reparar el incumplimiento del Derecho de la Unión en que incurre la resolución denegatoria, basta, en principio, con reconocer al interesado la concesión retroactiva del complemento de pensión litigioso, sin que sea necesario abonarle una indemnización adicional, o si, por el contrario, procede concederle la indemnización con el fin de, por un lado, reparar los daños materiales y morales sufridos y, por otro, disuadir de tales incumplimientos. Y, por último, también cuestiona si, en todo caso, resultaría idóneo, a fin de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, que las costas y los honorarios de abogado ocasionados en el marco del procedimiento incoado se incluyan como una partida de la indemnización por el incumplimiento del Derecho de la Unión, precisando que, en virtud del Derecho interno, no puede condenarse al INSS al pago de las cantidades correspondientes a tales costas y honorarios, dado que el proceso laboral es gratuito para todas las partes litigantes.

³ ROA REYES, S. “El complemento por maternidad por aportación demográfica”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm.10, 2023, pág. 102.

Pues bien, la decisión del Tribunal en esta sentencia no deja dudas. Por un lado, porque *“una vez que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. En ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfrutaban las personas incluidas en la otra categoría”* (Considerando 41 con cita de SSTJUE 21 de junio de 2007, asunto Jonkman y otros, asuntos C-231/06 a C-233/06, y 9 de marzo de 2017, asunto Milkova, asunto C-406/15). Obligación que no sólo se extiende a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen (STJUE 10 de marzo de 2022, asunto Grossmania, asunto C-177/20). Por lo tanto *“una resolución individual adoptada en aplicación de una norma que constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, como sucede con la resolución denegatoria adoptada en virtud del artículo 60, apartado 1, de la LGSS, es discriminatoria por el mismo concepto que esa norma, ya que la resolución reproduce, respecto del interesado, los elementos discriminatorios de dicha norma”* (Considerando 43). De esta forma, *“el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad 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, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial”* (considerando 37).

Por otra parte, *“una resolución por la que se deniega a los hombres la concesión del complemento de pensión litigioso, adoptada de conformidad con semejante práctica administrativa, la cual, además, se formalizó mediante una norma administrativa publicada, genera para los afiliados de sexo masculino, con independencia de la discriminación directa por razón de sexo que se deriva de los requisitos materiales previstos en la norma controvertida en el litigio principal, una discriminación relativa a los*

requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión litigioso. En efecto, aunque esta práctica no excluye que la igualdad de trato quede restablecida, en definitiva, mediante la concesión del referido complemento a los hombres en caso de que una resolución judicial ordene tal concesión, dicha práctica implica, únicamente para los hombres, la necesidad de hacer valer por vía judicial su derecho al complemento, lo que, en particular, los expone a un plazo más largo para la obtención del complemento y, en su caso, a gastos adicionales” (Considerando 46 y 47, respectivamente). Por lo tanto, además del derecho a disfrutar del reconocimiento retroactivo del complemento en cuestión, el solicitante varón debe poder obtener “una reparación pecuniaria adecuada en el sentido de que ha de permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables” (Considerando 54).

En consecuencia, y en tercer lugar, “los gastos, incluidas las costas y los honorarios de abogado, en que haya incurrido el afiliado para hacer valer su derecho al complemento de pensión litigioso deben poder tenerse en cuenta en concepto de reparación pecuniaria, siempre que tales gastos hayan sido provocados por la aplicación al afiliado de los requisitos procedimentales discriminatorios que regulan la concesión del complemento” (Considerando 56). Pues, “carece de relevancia a este respecto que, como advierte dicho órgano jurisdiccional, no le sea posible, en virtud de las normas procesales españolas en materia de Derecho laboral, condenar en costas al organismo responsable de la discriminación de que se trata en el litigio principal, puesto que la indemnización que cubre las costas y los honorarios de abogado no está comprendida en el ámbito de aplicación de dichas normas procesales, sino que forma parte de la reparación íntegra del interesado exigida por la jurisprudencia” (Considerando 60).

La conclusión de la sentencia también resulta clara, como lo fue la STJUE 12 de diciembre de 2019, y es que “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, y, en particular, su artículo 6 deben interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión, presentada por un afiliado de sexo masculino, que ha sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reserva la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en una sentencia prejudicial dictada con anterioridad a la resolución denegatoria de la solicitud en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad 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, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial”.

El mandato parece obvio. Así, el órgano judicial nacional deberá ordenar a la autoridad administrativa en cuestión el abono de 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. Y para ello la sentencia reitera que la reparación económica adecuada deberá fijarse según las leyes nacionales sin perjuicio de que deberá tenerse en cuenta que dicha reparación deberá ser adecuada, permitiendo compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación y garantizando que dicho perjuicio tiene una indemnización o reparación efectiva de forma disuasoria y proporcionada.

3. Y, por fin, la fijación de una indemnización (fija y única) por la denegación del complemento demográfico al varón tras la doctrina europea

1. Es en ese contexto en el que ha de situarse la STS 15 de noviembre de 2023, Ar. 5166, objeto de comentario. El recurso lo interponen INSS y TGSS contra la sentencia dictada en suplicación ante la petición de un padre de dos hijos biológicos con pensión de jubilación desde 2018 que reclama el complemento demográfico en 2021, denegado por el INSS. Habiendo sido dictada ya la STJUE de 12 de diciembre de 2019, la negativa de tal derecho se basa en que la entidad gestora considera que, hasta que no se produzca una reforma legal en el ordenamiento español, no tiene obligación de abonar dicho complemento salvo en ejecución de una decisión judicial. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social concede el complemento con efectos económicos de tres meses anteriores a la solicitud, pero rechaza el resto de peticiones, siendo la sentencia dictada en suplicación la que admitirá que, puesto que se ha vulnerado un derecho fundamental, la entidad demandada debe abonar una indemnización complementaria de seiscientos euros. Además, estima que los efectos económicos del complemento han de retrotraerse al momento de concesión de la pensión de jubilación en 2018, debiendo abonar la entidad gestora todos los atrasos devengados desde dicha fecha junto con los

incrementos, actualizaciones y mejoras correspondientes. Conviene indicar que el demandante solicitaba una indemnización de mil quinientos euros con base en los artículos 1.902 del Código Civil y 179.2 y 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS). La razón por la que el Tribunal Superior de Justicia rebaja la indemnización es porque entiende que, al reconocer la retroacción del derecho al complemento del pensionista desde el hecho causante de su pensión, *“a partir de ahí la consecuencia de ese efecto retroactivo es un retraso en la percepción, pero no supone un perjuicio económico. Los perjuicios sufridos por el demandante son morales que han precisado acudir a juicio para obtener la tutela de un derecho fundamental. La consecuencia es que debe fijarse la indemnización en cuantía equivalente a los honorarios de letrado con carácter general, es decir, 600 euros”*.

Admite la Sala de lo Social que la cuestión a resolver es el derecho *“a la indemnización por daños y perjuicios causados por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo al denegarse por el INSS al demandante -progenitor varón- el complemento de maternidad del artículo 60 LGSS una vez que el TJUE, en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 ya había establecido que la denegación de dicho complemento al varón suponía una discriminación por razón de sexo y que la normativa que lo regulaba era, por tanto, contraria al derecho de la Unión”* (FJ 1). En consecuencia, el asunto se circunscribe únicamente a la indemnización por daños derivados de la vulneración de un derecho fundamental toda vez que la sentencia dictada en suplicación no ha sido recurrida por el demandante y sí por el INSS con un único motivo de oposición, la concesión de una indemnización por vulneración de derechos fundamentales. No tiene duda la Sala, porque así lo hizo constar en su STS 17 de mayo de 2023, Ar. 3670, que, por un lado, el complemento ha de ser concedido con carácter retroactivo respecto de la fecha de efectos económicos de la pensión que complementa y, por otro, que, resultando anómalo el comportamiento del INSS al denegar la prestación en estas circunstancias, la posible responsabilidad derivada de esta actitud, no puede ser atendida en este procedimiento, correspondiendo su solicitud ante los órganos del orden contencioso-administrativo.

Pues bien, teniendo como precedentes tanto la STJUE 12 de diciembre de 2019 como la más reciente STJUE 14 de septiembre de 2023, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entiende que *“el solicitante tiene derecho a que el órgano judicial le reconozca, además del complemento prestacional con efectos desde el nacimiento de la prestación correspondiente, una indemnización que cubra el perjuicio sufrido por el daño que el proceder de la entidad gestora le ha provocado y ello sin necesidad de acreditar las bases o presupuesto del mismo”* y estima que, *“en su labor unificadora y conformadora de la jurisprudencia, debe pronunciarse también sobre la cuantificación de la referida*

indemnización de suerte que permita a los distintos órganos judiciales del orden social operar al respecto con homogeneidad, aportando seguridad jurídica y evitando la multiplicación de los litigios sobre la cuestión” (FJ 4). Considera, en este sentido, que la actuación del INSS que genera ese perjuicio es una y la misma para todos los afectados, por lo que “lo razonable es fijar igualmente idéntica cuantía indemnizatoria para todos ellos, sin dar lugar a agravios comparativos derivados de posibles soluciones dispares que pudieren generar una desigualdad difícilmente justificable. Y puesto que la finalidad de la indemnización es la de compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, resulta objetivamente irrazonable considerar que en ese ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de esos perjuicios” (FJ 4).

No obstante, cabe subrayar, como hace la sentencia que se analiza, que los perjuicios económicos directos han sido compensados en la medida en que el reconocimiento del derecho se hace, de conformidad con nuestra jurisprudencia, con efectos *ex nunc*, de suerte que el complemento se reconoce con efectos de la propia prestación a la que se adhiere. El daño a compensar, por tanto, entiende la Sala, es el que deriva de la denegación del derecho por parte del INSS cuando el mismo ha sido reconocido por el tribunal europeo, lo que obliga a los solicitantes a acudir a los tribunales nacionales. Mas no se trata de una prestación sino del complemento de una prestación previamente reconocida, complemento de cuantía sensiblemente inferior a la principal, por lo que el daño patrimonial en la demora del percibo al que se tiene derecho es cuantitativamente menor y sensiblemente distinto, por menos gravoso, del que resultaría si se denegara la prestación correspondiente. Parece interpretar la Sala, así, que no existe daño moral que ponderar sino daño económico que compensar, derivado este último de la actuación denegatoria de un derecho indiscutible.

2. Y, ante la falta de una determinación cuantitativa, la Sala acude a lo dispuesto en el artículo 235 LRJS en el que se precisa que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita -beneficio que, en este caso, se reconoce al INSS como entidad gestora de la Seguridad Social-. Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria, sin que las mismas puedan superar la cantidad de mil ochocientos euros en casación. Cantidad que es la que decide imponer también la Sala de lo Social para cuantificar el perjuicio causado al varón a quien se le deniega un complemento por maternidad. Esta cuantía de mil ochocientos euros es *“la que mejor se adecúa a la exigencia de reparación del daño sufrido en los términos que se derivan de la reiterada sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 y de la normativa interna y doctrina*

jurisprudencial sobre la materia, debiendo, por tanto, ser aplicada por los órganos judiciales, en todos aquellos supuestos en los que exista controversia sobre la cuantía de la referida indemnización y, teniendo presente -como ocurre en el presente caso- la solicitud de la parte demandante de la aludida indemnización....Conviene advertir, asimismo, que consideramos que esa cantidad permite una reparación integral del perjuicio sufrido. La eventual zozobra moral o las molestias materiales derivadas de ese acudimiento a los órganos de la jurisdicción social quedan englobadas en tal reparación a tanto alzado. Y lo mismo cabe advertir respecto de si se ha presentado la demanda con asistencia de profesionales (de Abogacía o colegiados como Graduados Sociales)...Como se sabe, esta Sala, no viene estableciendo el importe de la condena en costas a la vista de la mayor o menor profundidad de la actuación procesal desempeñada por la parte recurrida sino de su existencia o inexistencia (personación, impugnación). Analógicamente, entendemos que esta compensación procede siempre que haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE 19 diciembre 2019 haya precisado del acudimiento a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión” (FJ 4).

Curiosamente, no es la cantidad que finalmente resulta aplicable a la controversia que origina esta doctrina, primero, porque la solicitud del demandante limitó su importe a la cantidad de mil quinientos euros en su demanda, lo que ya implicaba un límite infranqueable derivado de la pretensión fijada en su impugnación, incurriendo la sentencia, de lo contrario, en incongruencia *extra petita*; y, segundo, porque la sentencia recurrida, aun admitiendo la existencia del daño y la necesidad de fijar la oportuna indemnización reparadora del mismo, estableció la cantidad indemnizatoria en seiscientos euros -coste general de los honorarios del abogado- y dicha cantidad no ha sido combatida por el demandante, que no recurrió la sentencia, habiendo sido interpuesto el recurso de casación para unificación de doctrina, como se indicara, por INSS y TGSS. Mas el recurso se destina a propiciar la eliminación de la indemnización, pero tampoco discute, ni siquiera de forma subsidiaria, el importe fijado. Y la Sala no puede modificar de oficio la cuantía indemnizatoria por cuanto el recurrente, en virtud de su propio recurso, vería empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso tendría un efecto contrario del perseguido, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objetada, lo que supondría una *reformatio in peius*. En consecuencia, se rechaza el recurso de las entidades gestoras y se confirma íntegramente la sentencia dictada en suplicación, declarando la firmeza de la misma. Por consiguiente, se opta por mantener el complemento con efectos retroactivos, adquiriendo firmeza la indemnización de seiscientos euros impuesta por el Tribunal en suplicación.

Todo ello sin perjuicio de la doctrina casacional derivada de este pronunciamiento que permitirá, si la situación procesal de cada supuesto lo admite, alcanzar el máximo de mil ochocientos euros como indemnización.

II. ALGUNAS DUDAS QUE SUSCITA LA DECISIÓN JUDICIAL. SOBRE EL DAÑO INDEMNIZADO Y LA CUANTÍA FIJADA

1. Incumplimiento de la Administración de una obligación legal y responsabilidad patrimonial. ¿Debía haber sido éste el procedimiento adecuado para declarar la indemnización?

1. Sin duda, constituye el pronunciamiento que se comenta una sentencia de referencia en el orden social. Y no sólo por la consecuencia -obtención de una indemnización por los daños generados ante la reiterada negativa del INSS a conceder el complemento demográfico hasta que no se modificara la ley o en ejecución de sentencia - sino por el precedente que supone la resolución.

A priori, pudiera parecer que, en todos aquellos casos en los que se entiende que el derecho no ha sido satisfecho por una decisión (administrativa o judicial) incorrecta (ya que el INSS conocía la interpretación europea y debió aplicarla), la obligación de seguir pleiteando generará, en todo caso, un perjuicio que deberá ser compensado económicamente en los términos expresados por esta sentencia o en otros de similar factura. Y, en cierta medida, así es. La Administración no es ajena al cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales y a la responsabilidad que genera su incumplimiento. Así lo dispone el artículo 1.089 del Código Civil, al indicar que *“las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”*. En consecuencia, el INSS está obligado a reconocer este complemento demográfico desde el momento en que se conoce la primera decisión judicial europea en 2019. Como expresara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el derecho comunitario mantiene su prioridad sobre la norma nacional, debiendo los jueces -y, por ende, la Administración- inaplicar aquellas normas nacionales contrarias al derecho comunitario, jerárquicamente superior. No necesitan solicitar una colaboración al legislador nacional modificando la norma porque el derecho comunitario y su interpretación son de aplicación directa.

Ya lo expuso con claridad la STJUE 13 de noviembre de 1990, asunto Marleasing, asunto C-106/89 al declarar en su introducción que la *“obligación que incumbe a los Estados miembros de una directiva de alcanzar el resultado previsto por ella y su deber,*

en virtud del artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas apropiadas, generales o particulares, para garantizar el cumplimiento de esa obligación, son vinculantes para todos los autoridades de los Estados miembros, incluidos, en los asuntos de su competencia, los tribunales. De ello se deduce que, al aplicar el Derecho nacional, independientemente de que las disposiciones en cuestión hayan sido adoptadas antes o después de la Directiva, el juez nacional llamado a interpretarla está obligado a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz del tenor y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue y respetar así el artículo 189, párrafo tercero, del Tratado". Y, quizá, en un pronunciamiento mucho más próximo al ámbito laboral, la famosísima doctrina Francovich (STJUE 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich, asuntos C-6/90 y C-9/90), en cuyo índice se reconocerá claramente que: "1. La facultad, que tiene el Estado miembro destinatario de una Directiva, de elegir entre una multiplicidad de medios posibles para conseguir el resultado prescrito por la misma no excluye la posibilidad, para los particulares, de alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos cuyo contenido puede determinarse con suficiente precisión basándose únicamente en las disposiciones de la Directiva.... 3. La plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro. Esta posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario. De ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado. La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual éstos deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario y, por consiguiente, para eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario. 4. Si bien el Derecho comunitario impone el principio de la responsabilidad del Estado miembro de reparar los perjuicios causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario, los requisitos para que se genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado. Cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado

prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos, que son, en primer lugar, que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos en favor de particulares; en segundo lugar, que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva, y, en tercer lugar, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas. A falta de una normativa comunitaria, el Estado debe reparar, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, las consecuencias del perjuicio causado. No obstante, las condiciones de fondo y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en la materia no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan excesivamente difícil o prácticamente imposible obtener la indemnización”⁴.

El INSS no puede empeñarse en negar el derecho ya reconocido como consecuencia de la interpretación de la norma comunitaria que admite la discriminación del varón. Podrá resultar crítica tal decisión y entender, probablemente con mayor acierto, que no existe discriminación del varón sino acción positiva en relación a la mujer por su gravosa carrera de cotización como consecuencia de la responsabilidad personal y laboral que supone la crianza de uno, dos, tres, cuatro o más hijos. Mas, al margen de tal consideración, lo cierto es que la decisión judicial europea resulta clara e impone una interpretación que anula la aplicación de la norma nacional, quiérase o no. La actuación del INSS, por tanto, genera una responsabilidad por incumplimiento que deberá ser resarcida en quienes se haya provocado el daño.

2. Entonces, cabría considerar que el procedimiento más adecuado debiera haber sido el de solicitar responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de la Administración Pública en la ejecución de un derecho, en este caso, prestacional, en una actuación contraria a las normas comunitarias. Así parece deducirse de pronunciamientos de la Sala de lo Social, previos a la decisión objeto de análisis en este texto. En efecto, y sin recoger otras muchas decisiones en idéntico sentido, la STS 17 de mayo de 2023, Ar. 3670 dispone que *"la eventual responsabilidad en el mantenimiento en ese lapso del contenido de la norma por quien tiene la potestad legislativa y su aplicación correlativa por entes que tienen encomendadas funciones de gestión no pueden dilucidarse en el presente procedimiento"* (FJ 3), debiendo ser solicitada, en su caso, en el orden contencioso-administrativo. Resulta sorprendente que, precisamente esta actuación del

⁴ La recopilación más exhaustiva de todas estas decisiones en la colección de la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social internacional y comunitario*, con diferentes denominaciones desde 1997 y dirigida por DE LA VILLA GIL, L.E.

INSS, cuya responsabilidad debería discutirse en otro procedimiento, sirva de base precisamente para reconocer el derecho a la indemnización en la STS 15 de noviembre de 2023, Ar. 5166, objeto de análisis en este estudio, aunque, sin duda, la influencia de la STJUE 14 de septiembre de 2023 ha resultado decisiva en los términos contenidos en la sentencia que se comenta. Pero, ¿hacía falta que se pronunciara sobre este aspecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea? ¿Debería haber rechazado cualquier responsabilidad de la entidad gestora la Sala de lo Social por entender que correspondía al orden contencioso-administrativo su resolución al tratarse de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento? Porque así parecía considerarlo la Sala Cuarta antes de la STJUE 14 de septiembre de 2023.

Si se admitiera, pues, que la persistente actuación del INSS había provocado una responsabilidad patrimonial de la Administración, cabría valorar la aplicación de lo dispuesto en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, 1 de octubre, BOE, 2, de Régimen Jurídico del Sector Público. En atención a lo dispuesto en la misma, los particulares *“tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*, ex artículo 32.1. El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Porque, además, la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. Y, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.5, si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes: a) la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) el incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; c) ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Pero tales requisitos han sido declarados contrarios al Derecho de la Unión por la STJUE de 28 de junio de 2022, asunto Comisión Europea-Reino de España, asunto C-278/2020, eliminando barreras existentes para reclamar la responsabilidad comentada y facilitando al perjudicado el recurso a esta medida indemnizatoria. La conclusión del

citado pronunciamiento es que *“el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la medida en que dichas disposiciones someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión: a) al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada; b) al requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción para los supuestos en los que el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnabile; c) a un plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, sin abarcar aquellos supuestos en los que no exista tal sentencia, y d) al requisito de que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación, salvo que la sentencia disponga otra cosa”*. Por lo tanto, tales requisitos resultan inaplicables desde la publicación de esta decisión judicial europea.

No obstante, y con independencia de la anulación de esas exigencias puntuales, en el supuesto de que la responsabilidad patrimonial se derive de este hecho descrito en el artículo 32.5 Ley 40/2015, serán indemnizables, en atención a lo previsto en el artículo 34.1 de la misma, los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa. De hecho, éste parece haber sido uno de los argumentos para fijar, en las diferentes sentencias dictadas por la Sala de lo Social en la materia, el *dies a quo* en relación a la reclamación del complemento demográfico.

Sin embargo, no será fácil admitir el amparo por la conducta del INSS en esta normativa particular, destinada a compensar la lesión originada por la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea porque, en puridad, no es lo que ocurre en este supuesto. Porque aquí el Tribunal de Justicia no anula la norma española promulgada en 2016 y considerada contraria al principio de igualdad. Si lo hubiera hecho, cabría aplicar el artículo 32.5 Ley 40/2015, pero no lo ha hecho. Ha

interpretado una norma, que no ha sido anulada por ningún órgano judicial -en nuestro ordenamiento podría hacerlo el Tribunal Constitucional y, aunque con más dudas, la Sala de lo Contencioso-Administrativo-. Por lo tanto, la preeminencia del ordenamiento comunitario no se impone por la desaparición de una norma nacional sino por la interpretación del tribunal europeo. Y ese no es el supuesto de hecho que contempla el artículo 32.5 Ley 40/2015 que permitiría, de admitirse su aplicación, la fijación de un plazo de prescripción de cinco años en la demanda de tal responsabilidad.

Ahora bien, aun resultando dudoso que la STJUE 12 de diciembre de 2019 no pueda permitir la declaración del “carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea” al que se refiere el artículo 34.1 Ley 40/2015, la actitud del INSS no tiene justificación al exigir una modificación legislativa o una sentencia firme para conceder el complemento, una vez conocida dicha sentencia. Porque, dictado el citado pronunciamiento por la justicia europea en 2019, la interpretación de la norma comunitaria se impone sobre cualquier consideración nacional, ya administrativa, ya judicial. Y, en este contexto, cabría acudir a la reclamación de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento de una obligación legal de la Administración, en los términos recogidos por el artículo 32.1 Ley 40/2015 transcrito por cuanto se aprecia el funcionamiento anormal de un servicio público. De ser así, si se aplicara el régimen general del artículo 32.1 y no el específico del artículo 32.5, el plazo para reclamar no aparece recogido en dicha norma sino en el artículo 67 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, BOE, 2, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el que claramente se dispone que los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. Y ese derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. Con diferentes precisiones. Así, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva. Y, en fin, en los supuestos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.5 Ley 40/2015 aludido, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, siguiendo este esquema, la STJUE 12 de diciembre de 2019 no permitiría ya acudir a esta reclamación, pero la última decisión de 2023, esto es, la STJUE 14 de

septiembre de 2023, sentencia que ha propiciado el pronunciamiento que aquí se comenta en su contenido nuclear, sí que conferiría tal derecho a una reclamación patrimonial. Sin embargo, hay un pasaje de la sentencia aquí analizada que impediría tal petición. Porque la decisión de la Sala Cuarta en la STS 15 de noviembre de 2023, Ar. 5166, objeto de análisis en este estudio, señala cómo la Sala considera que “*esa cantidad permite una reparación integral del perjuicio sufrido*” (FJ 4). Procede advertir, en esta línea que, salvo en algunas parcelas concretas del ordenamiento -como ocurre en el derecho de seguros- el empleo del término “perjuicio” y “daño” se hace indistintamente, por lo que no avalaría esta diferencia acudir al orden social en defensa de la indemnización aquí concedida por el coste que ha supuesto recurrir la decisión del INSS y reclamar ante el orden contencioso-administrativo la correspondiente responsabilidad patrimonial de dicha entidad gestora. Mas podría ocurrir que se optara por esta última vía, sin recurrir a la primera, debiendo valorar el orden contencioso-administrativo si los daños ocasionados por esta controversia se compensan con la tasación realizada por el orden social o no. Porque ¿cuál ha sido el daño valorado realmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en este caso?

2. ¿Daño patrimonial para compensar la necesidad de recurrir o daño moral por vulneración de un derecho fundamental o ambos?

1. Efectivamente, ¿cuál es el daño que la sentencia considera susceptible de indemnización y convenientemente reparado con los mil ochocientos euros concedidos? Interesante cuestión.

Por una parte, se ha producido un daño ante la falta de percepción del complemento demográfico y las consecuencias económicas del mismo. Por otro lado, se encuentra el daño patrimonial que sufren quienes, para obtener el derecho -en este caso, el complemento demográfico- deben efectuar una serie de gastos -concentrados en la sentencia en los costes de abogado o graduado social-, cuantificados en los términos expuestos. Y, finalmente, cabría referirse al daño moral provocado por la conducta del INSS -al margen de la reivindicación que se haga del derecho- por un comportamiento que no se basa en una interpretación u otra del Derecho -algo que ocurre en cualquier pleito y, por supuesto, en todos los recursos- sino en una conducta reiterada en la inaplicación de una obligación legal -por cuanto la interpretación de la norma comunitaria se impone en nuestro ordenamiento, en los términos ya expuestos-.

Si se reprodujera esta cuestión en relación con las personas afectadas, también cabría describir una variada tipología; una, la de quienes, potenciales beneficiarios del complemento demográfico, no lo alcanzaron, recurrieron y generaron unos costes procesales para su obtención; otra, la de quienes, siendo potenciales beneficiarios, no

prosiguieron en su pretensión tras la inicial negativa del INSS; asimismo, cabría valorar la situación de quienes, aunque pudieran tener derecho al complemento, nunca lo solicitaron; y, por último, se encuentran aquellas personas que, en la actualidad, y según la norma vigente, pueden elegir entre el complemento vigente -brecha de género- y el controvertido -complemento demográfico-.

2. Toda responsabilidad indemnizatoria surge como consecuencia de la existencia de un daño o perjuicio a la contraparte. Sin daño no hay indemnización, aunque se produzca un incumplimiento. En ocasiones, el propio incumplimiento obligacional se identifica con el daño ocasionado aun cuando prevalezca la tesis, con carácter general pero especialmente en el ámbito laboral, de que la ausencia de prestación del deudor no se considera en sí misma un daño sino un mero incumplimiento con la deriva legal que establezca el legislador. En todo caso, el concepto más amplio de daño es aquel que lo identifica con cualquier lesión de un interés, sea éste patrimonial o no patrimonial, en tanto no existe un concepto normativo de daño, ni siquiera en el artículo 1.106 del Código Civil cuando señala que *“la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*. De hecho, como advierte la doctrina, este precepto parte de una consideración implícita en la que se entiende que no existe relación de equivalencia entre lo que el acreedor pierde como consecuencia del incumplimiento y lo que al deudor le aprovecha incumplir⁵. La regla sobre *restitutio in integrum* no parece derivarse, pues, de esta regulación por cuanto la obligación compensatoria no reconoce un deber de restitución de las ganancias obtenidas como consecuencia del incumplimiento. Sí parece existir acuerdo en que el cumplimiento del artículo 1.106 del Código Civil se basa en la conjunción de dos partidas bien diferenciadas, la del daño emergente y la del lucro cesante, aun cuando la distinción entre ambas no sea normativa sino conceptual y, en ocasiones, en la cuantificación global del daño no pueden identificarse autónomamente.

Como es sabido, los daños suelen dividirse en patrimoniales o extrapatrimoniales o, más frecuentemente, en materiales y morales. Los materiales son los que sufre la víctima en sus bienes y derechos de naturaleza económica, esto es, en su patrimonio material, con la subdivisión en las dos categorías antes apuntadas, esto es, la del daño emergente y la del lucro cesante. El primero responde al valor de la pérdida sufrida por el demandante y el segundo a la ganancia dejada de obtener a raíz del incumplimiento del deudor demandado (artículo 1.106 del Código Civil). Se trata de daños que han de ser indemnizados en su totalidad y suelen ser daños imputables al deudor (artículo 1.107 del

⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Madrid, Civitas-Thomson-Reuters, 2021, pág. 1.290.

Código Civil). En cuanto a los daños morales, parece evidente que existe una diferencia entre la percepción civil y la consideración laboral sobre los mismos. En el primer caso, el procedimiento responde al mecanismo dispositivo en la alegación del daño y la aportación de parte en la prueba de los daños acaecidos. En el segundo, ajeno a esta práctica, se propone una intervención judicial prudente, descargando al trabajador tanto de la alegación como de la prueba del daño, con el recurso a algunos parámetros de orientación y cuantificación derivados de normas aplicables en el ámbito laboral. En principio, cabría considerar que la indemnización adicional por daños morales en el ámbito laboral supone un trasunto del contenido previsto en el artículo 1.107 del Código Civil cuando defiende la reparación de todos los daños conocidos que se deriven del incumplimiento de la obligación laboral.

3. Pues bien, la sentencia que se comenta parece optar por defender la existencia de un daño patrimonial. Se observa tal tendencia en varias afirmaciones, todas ellas contenidas en la STS 15 de noviembre de 2023, Ar. 5166, que se analiza. La primera, en el precedente que utiliza de la STS 17 de mayo de 2023, Ar. 3670, al considerar que, con esta decisión, se daba cumplida satisfacción a la concesión del derecho al complemento demográfico admitiendo que el mismo procede desde el momento en que se produce el hecho causante de la pensión a la que acompañe. *"La reparación correspondiente a la quiebra del derecho de igualdad de la parte actora derivada de la denegación del complemento de maternidad por aportación demográfica ha de consistir, en consecuencia, en una retroacción de la fecha de efectos del reconocimiento del complemento al momento inicialmente fijado para el abono de la prestación de jubilación contributiva. Es decir, estribará en el restablecimiento del derecho al complemento de maternidad al tiempo del hecho causante"*, señalaría entonces.

La segunda, porque admite que su decisión se basa en la STJUE de 14 de septiembre de 2023 que obliga al órgano judicial nacional ordenar *"a dicha autoridad 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, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial"*.

Como consecuencia directa de esta precisión, en tercer lugar, la STS 15 de noviembre de 2023, Ar. 5166, objeto de análisis entiende que *"el solicitante tiene derecho a que el órgano judicial le reconozca, además del complemento prestacional*

con efectos desde el nacimiento de la prestación correspondiente, una indemnización que cubra el perjuicio sufrido por el daño que el proceder de la entidad gestora le ha provocado y ello sin necesidad de acreditar las bases o presupuestos del mismo” (FJ 4).

En cuarto término, precisa este pronunciamiento que deberá tenerse en cuenta también, *“que los perjuicios económicos directos han sido compensados en la medida en que el reconocimiento del derecho se hace, de conformidad con nuestra jurisprudencia, con efectos ex nunc, de suerte que el complemento se reconoce con efectos de la propia prestación a la que se adhiere. El daño a compensar, por tanto, es el que deriva de la denegación del derecho por parte del INSS cuando el mismo ha sido reconocido por el TJUE que ha considerado discriminatoria la regulación legal y contraria a la normativa comunitaria, lo que ha obligado a los solicitantes a tener que acudir a los tribunales para el reconocimiento de su derecho, de ahí que la referida sentencia del TJUE se detenga en precisar que los gastos unidos ineludiblemente a la necesidad de acudir a los tribunales deben ser contemplados” (FJ 4).*

Y, finalmente, la estimación más clara por parte de la Sala se produce cuando admite que *“igualmente resulta conveniente recordar que no estamos en presencia de una prestación, sino de un complemento de la prestación previamente reconocida, complemento de cuantía sensiblemente inferior a la principal, por lo que el daño patrimonial en la demora del percibo al que se tiene derecho es cuantitativamente menor y sensiblemente distinta, por menos gravosa, de la que resultaría de la denegación de las derivadas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente a las que hacía referencia el artículo 60 LGSS en la versión vigente al tiempo de los hechos que aquí se examinan” (FJ 4).*

Parece que es así. Lo que se compensa y cómo se compensa responde ciertamente al gravamen que le ha supuesto al demandante pleitear por un derecho que ya tenía previamente concedido con base en una sentencia europea, inaplicada por la Administración española. Si esto es así, efectivamente, sólo tendrán derecho a esta indemnización en los términos descritos quienes, habiendo solicitado el complemento demográfico, no lo consiguieron por denegación del INSS y tuvieron que seguir recurriendo en la jurisdicción social a tal fin, con el correspondiente daño patrimonial ocasionado.

4. ¿Dónde queda entonces el daño moral derivado de la vulneración del derecho fundamental de igualdad del varón que no es tratado con equidad en relación a la mujer respecto de la concesión de este complemento demográfico? Porque la indemnización por daño moral no se contempla en el reconocimiento del derecho solicitado -con o sin efectos retroactivos-. Esa es la consecuencia de la ineficacia de una norma declarada contraria al ordenamiento, ya comunitario, ya nacional.

Sería la STS -Sala de lo Civil- 6 de diciembre de 1912, Ar. 5627, la que apreciaría el daño moral como daño indemnizable, momento a partir del cual los tribunales se lanzaron a la prueba del daño y a la concreción de la cuantía satisfactoria del mismo. La tendencia a situar este daño en la esfera extrapatrimonial obliga a desarrollar una labor intuitiva, poco precisa y muy casuística en torno a esta materia toda vez que el daño moral representa el daño antijurídico, extrapatrimonial y no físico⁶. Mas, a excepción de los que expresamente regula la ley (intimidad, imagen, honor, etc.), el resto de los derechos no permiten una fácil aprehensión del daño originado. Prueba de ello será la percepción laxa del daño moral en el ámbito laboral, concedido no sólo por vulnerar un derecho fundamental, lo que justificaría el recurso al mismo, sino también como consecuencia de la garantía de indemnidad o, como puede interpretarse aquí, en atención a los daños generados por la negativa de la concesión de un derecho. Un daño moral como perjuicio económico que no se identifica con un daño no patrimonial susceptible de afectar a un bien jurídico de valor inmaterial.

Tanto en el ámbito civil como en el laboral, la prueba, de requerirse, suele ser el factor de mayor dificultad en la constatación y cuantificación del daño. El artículo 1.106 del Código Civil exige la prueba del perjuicio, aunque la misma se diluye cuando existe una cuantificación concreta legalmente tasada (forfait), tal y como ocurre en el caso del artículo 1.108 del Código Civil que exime de dicha prueba al acreedor a cambio de un interés legal. Mas en el ámbito laboral adquiere especial significación la diferencia entre el interés en el cumplimiento específico de la obligación y el daño en el interés de cumplimiento. Porque, por ejemplo, si a un trabajador se le despide sin justa causa, aun cuando la norma legal establezca una indemnización tasada, el daño que se produce es distinto e independiente a las consecuencias propias del incumplimiento obligacional. Quizá aquí se ponga de manifiesto la regla civilista sobre que el incumplimiento contractual legitima al acreedor para reclamar el daño generado pero que el incumplimiento no es ni equivale al daño a resarcir. La acción de cumplimiento no es la acción de resarcimiento, pero, en el ámbito laboral, el incumplimiento del empleador, por ejemplo, a través de un despido que carece de justa causa, no va a derivar en ningún caso, salvo que el empleador opte por readmitir al trabajador, en el cumplimiento del contrato. Y, probablemente, tampoco en una acción de resarcimiento de daños, entendiendo el legislador que estos últimos, de originarse, se encuentran compensados con la indemnización dispuesta de forma tasada para el despido efectuado de manera improcedente por el empleador. Por eso, sólo como indemnización adicional por los

⁶ GÓMEZ POMAR, F., y MARÍN GARCÍA, I (dir.), *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch, 2023.

daños y perjuicios generados en el despido nulo, amén de la readmisión, se produce la compensación del daño moral sufrido.

Quizá todo ello justifique que el concepto de “daño moral” en la jurisprudencia social haya sido variable, considerando que se trata de *“aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como el acervo extrapatrimonial de la personalidad”* (STS 18 de julio de 2012, Ar. 9605, FJ 4) o *“aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste paradigmáticamente en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa y secuencialmente una traducción económica”* (STS 15 de abril de 2013, Ar. 5129, FJ 4), entre otras expresiones. De hecho, en la evolución jurisprudencial sobre este concepto, cabe destacar la doctrina recogida en la STS 5 de octubre de 2017, Ar. 4918 por cuanto detalla pormenorizadamente toda la evolución jurisprudencial, y, con anterioridad, la STS 17 de diciembre de 2013, Ar. 8473, como precedente más significativo. De dicha evolución se deducen seis premisas básicas; a saber, que la vulneración de un derecho fundamental conlleva en todo caso la producción de un daño moral; que, dadas las dificultades para cuantificar el daño moral deberán flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización; que la resolución que aprecie la vulneración y, por tanto, el daño moral, deberá disponer la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo la indemnización; que no se trata de una potestad reglada o discrecional del juzgador sino que constituye una auténtica obligación; que, en relación a la concreción de la cuantía, cuando la concreción resulte difícil o costosa habrá de ser el juez o tribunal el que la fije “prudencialmente”, reforzando la exigencia legal; o, en fin, que el triple propósito que cumple la indemnización -restablecimiento de la situación, reparación de la lesión causada y prevención de comportamiento futuro-, deberá garantizarse tanto con la suficiencia del *quantum* indemnizatorio como con la integridad de la reparación.⁷

En la actualidad, la principal base de su regulación en el ámbito laboral se encuentra, como es sabido, en el artículo 183 LRJS, dentro del capítulo destinado a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. En atención al mismo, cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la

⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2023, pág. 76.

parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. El tribunal deberá pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Una regulación que ha permitido interpretar que se derivan tres finalidades distintas y básicas en la misma; a saber, la resarcitoria -porque se persigue “resarcir suficientemente a la víctima”-; la restitutoria -porque se pretende “restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión”-; y la preventiva -porque destaca la intención legislativa de “contribuir a la finalidad de prevenir el daño”-. Lo que permite deducir que se complica más el papel del demandante pues no sólo tendrá que demostrar el daño y la cuantía del mismo, sino que habrá de incluir en su prueba, en principio, que la medida sirve para evitar que la conducta vulneradora se reitere en el futuro, labor de no fácil ejecución.

5. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa parece evidente que existe un daño moral derivado de la vulneración de un derecho fundamental, en este caso, tanto directa como indirectamente. Directamente, porque, si se interpreta -como lo hace el tribunal europeo y consecuentemente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo- que ha existido una discriminación, el mero hecho de su existencia implica no sólo reparación y consideración de equiparación en el derecho sino el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios en los términos expuestos. Pero, además, en este caso, existe un daño moral derivado de la actuación del INSS que, generando una confianza errónea, ha impedido que los sujetos beneficiarios pudieran obtener una prestación a tiempo -e incluso hasta obtenerla en aquellos supuestos que, por la decisión administrativa del INSS, ni siquiera optaron por solicitarla-, con el consiguiente daño emergente y lucro cesante derivados de la falta de percepción. De ser así, de admitirse que existe un daño moral derivado del comportamiento de la Administración incumplidora, no sólo podrían solicitar una indemnización quienes recurrieron ante la inicial denegación del INSS, sino también quienes no recurrieron. Porque, en tal caso, la indemnización no deriva sólo de la vulneración del principio de igualdad sino de la inaplicación del mismo tras una obligación, surgida aquí por un pronunciamiento judicial. Más difícil resultará aceptar esta tesis en quienes no solicitaron el complemento en cuestión -porque la indemnización no se basaría en la generación de daño alguno- ni, en la tipología anteriormente expuesta, para quienes, en la actualidad, pueden optar entre el complemento por brecha de género y el complemento demográfico -en tanto la

compensación del daño se halla en su capacidad de opción, asumiendo las consecuencias de la misma-

Y, en esta línea, no deja de sorprender la afirmación de la Sala Cuarta en la sentencia que nos ocupa sobre la advertencia de que se considera que la cantidad estipulada como indemnización *“permite una reparación integral del perjuicio sufrido. La eventual zozobra moral o las molestias materiales derivadas de ese acudimiento a los órganos de la jurisdicción social quedan englobadas en tal reparación a tanto alzado”* (FJ 4). Porque, podrá servir como ponderación global de los daños “materiales” o “patrimoniales” generados en los solicitantes, pero no puede englobar en un mismo “precio” los daños morales. La estimación conjunta del daño ha sido reiteradamente rechazada por el Tribunal Constitucional (desde su STC 78/1986) que no permite que se mezcle la satisfacción de todos los daños, independientemente de su naturaleza, en una misma cuantía. Sí admite, dada la dificultad de su cuantificación, la ponderación global de los daños generados por el “dolor” que implica el daño moral pero acepta con dificultad la estimación de una indemnización que comprenda daños morales y patrimoniales en una misma cuantía.

3. Sobre la cuantía fija -no variable-, única -no plural- y con una referencia procesal -no sustantiva-

1. La cuantía fijada por la Sentencia para compensar los daños generados por la denegación del complemento y la obligatoriedad de recurrir para obtenerlo, es, como se expusiera, de mil ochocientos euros. Una cuantía extraída de una norma que homogeneiza el valor del daño y el precio de la compensación para todos los afectados. Pero ¿por qué esta cantidad y no otra?

Cuando se trata de un daño patrimonial, su cuantificación no resulta compleja pues, acreditado el daño y cuantificado el mismo, procede tal indemnización. La verdadera dificultad estriba en la cuantificación del daño moral. Porque, en el ámbito laboral, la indemnización en tal supuesto y en virtud de las particularidades del artículo 183 LRJS - al que, por cierto, alude la práctica totalidad de las sentencias dictadas sobre este complemento y al que señala la STJUE 14 de septiembre de 2023 en su considerando 55 cuando subraya cómo el Derecho español prevé la posibilidad de indemnizar *“en la medida en que del artículo 183 de la Ley 36/2011 se desprende que los órganos jurisdiccionales competentes en materia de seguridad social deben conceder una indemnización a las víctimas de una discriminación, con el fin de restablecerlas en su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”*-- obligaría al juez a pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización de manera prudencial cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa. La

actuación judicial deberá servir tanto para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, como para contribuir a prevenir el daño. No en vano, en la demanda que se tramite a través de esta modalidad procesal, *“además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”*, ex artículo 179.3 LRJS. Una dicción que impide aceptar que se trate de una actuación automática o de oficio por parte del juez concededor de los hechos y que no permite al juez inhibirse ante la petición rogada del demandante sobre el perjuicio generado⁸. Bien es cierto que el juzgador no se halla supeditado a unos parámetros concretos en la cuantificación de la indemnización correspondiente más allá de lo que dicte su prudencia profesional, requiriéndose, en todo caso, una intervención probatoria del demandante.

Sin embargo, atendiendo a la literalidad del artículo 183 LRJS, se plantea si, declarada la vulneración de un derecho fundamental, el juez habrá de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización. Mas, como parece indicar que la actuación del juez será “en su caso”, podrá no derivarse indemnización alguna [*“cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante...”*]. Con todo, en la operatividad de los dos preceptos clave mencionados, a saber, los artículos 179.3 y 183 LRJS, se distinguen dos tipos de daños; los perjuicios con repercusión material o patrimonial directa y los daños morales que se vinculan indefectiblemente a la vulneración de un derecho fundamental. Y, así, en el primer caso el demandante deberá solicitarlos en la demanda y dejar constancia de las circunstancias relevantes para la cuantificación de la indemnización; en los segundos, de naturaleza moral, no se le exige al demandante ni la concreción de los daños ni los elementos que individualicen la cuantificación económica de la indemnización. En los daños morales, el sujeto está

⁸ Ampliamente en LÓPEZ CUMBRE, L., “Indemnizaciones por daños derivados de la relación laboral. La superación de la indemnización laboral tasada y la compleja determinación de las nuevas cuantías, en AAVV, *VII Congreso Internacional sobre Derecho de Daños. Daño y resarcimiento* (en prensa).

exento de concretar los elementos económicos que sí serán precisos cuando se trate de una indemnización por perjuicios materiales o patrimoniales.

2. La más reciente jurisprudencia, aunque parte de la premisa de que no toda lesión de un derecho fundamental deberá llevar aparejada siempre y en toda circunstancia una indemnización del daño moral causado (STS 20 de abril 2022, Ar. 2294), se muestra partidaria de admitir la reparación del mismo aun cuando la demanda no detalle o precise su cuantificación (STS 23 febrero 2022, Ar. 1314). Se entiende, así que, *“no resulta exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados”* (STS 9 de marzo de 2022, Ar. 1154, FJ 3). Deberá acreditarse la vulneración del derecho fundamental, no así el detalle preciso de la cuantía indemnizatoria por daño moral. Pues, en puridad, no existe criterio legal alguno en el ordenamiento laboral para calcular el daño moral ni los elementos que lo componen. De hecho, la STC 186/2001 precisaría que la minusvaloración de los daños puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, al cual no siempre parecen ajustarse las indemnizaciones simbólicas acordadas en el caso de lesiones leves o de escasa entidad.

La discrecionalidad del órgano juzgador no equivale a arbitrariedad, sino que, en ausencia de criterios legales, deberá actuar conforme a las reglas de la razonabilidad y proporcionalidad. Por eso, la determinación de la cuantía indemnizatoria deberá estar reservada a la competencia del juez de instancia, no siendo susceptible de revisión en vía de recurso salvo cuando las bases jurídicas empleadas para el cálculo no se ajusten a los parámetros previstos para el caso concreto, incurran en error notorio o en desproporción manifiesta o supongan un enriquecimiento injusto para el solicitante. En estos casos, la revisión de las bases empleadas para el cálculo de la cuantía indemnizatoria podrá conducir no sólo a la reducción de la indemnización sino incluso a la posibilidad de dejar sin efecto la indemnización fijada en la instancia, aunque no deja de ser esta conclusión un tema polémico toda vez que se entiende, como se expusiera, que la vulneración conlleva indemnización, de lo contrario no podría garantizarse una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, quedando este último desprotegido. Con todo, y resultando esta materia excesivamente casuística, cabe apreciar algunas premisas básicas en la actuación judicial; así, y entre otras, que junto con el daño moral la misma acción puede haber perjudicado o lesionado otros bienes de carácter patrimonial, en principio, apreciables y cuantificables; que no existe un sistema de compensación justo y equitativo basado en normas fijas y estables para el ámbito laboral; o, en fin, que, como toda operación hermenéutica sometida a la lógica apreciación judicial en cada caso, la subjetividad que impregna la valoración del daño

provoca gran variedad de soluciones de difícil aprehensión por una doctrina de unificación.

Siendo cierto que toda esta doctrina parte de criterios emanados de la valoración del daño moral en el incumplimiento contractual -normalmente, por parte del empleador-, no reproducible íntegramente en el supuesto que nos ocupa, procede significar una suerte de ordenación en cuanto a la valoración del daño moral ⁹. Se considerarán, en este sentido, las circunstancias personales de las partes (edad, antigüedad en el cargo, buen nombre, prestigio profesional, etc.), las circunstancias del demandado (intencionalidad de su conducta, conocimiento de su ilicitud, ausencia de intencionalidad, etc.), la mayor o menor difusión o trascendencia social de la conducta ilícita, siendo especialmente significativo el comportamiento en el ámbito público en el que se requiere cuidar especialmente el respeto a los derechos fundamentales, por supuesto, la gravedad de la lesión sufrida en función de la intensidad y agresividad del comportamiento lesivo, resultando menor cuanto más limitados en el tiempo figuren los efectos de éste y más graves cuando se trate de una conducta reiterada o continuada en el tiempo o cuando los efectos de la lesión tengan un carácter permanente. También se adoptará como criterio el comportamiento malicioso del agresor, más allá del mero incumplimiento legal o también se valora la calidad y relevancia de los sujetos afectados, el número de afectados, la trascendencia del interés lesionado, entre otros elementos decisorios.

3. Pero, sobre todo, la jurisprudencia se nutre de referencias normativas. La más significativa, sabido es, recalca en el contenido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS), norma de remisión prevalente para cuantificar los daños morales en el orden social. La finalidad sancionadora -de la ley- y reparadora -de la indemnización- no son coincidentes, pero se entiende que es el texto que mejor ampara la finalidad de damnificar los daños producidos como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental. El recurso a la LISOS viene respondiendo a la necesidad de dotar de una solución integradora a esta cuestión de la cuantificación de la indemnización, con utilización plena y única de normas laborales. Si se emplearan otros parámetros distintos, y tal vez más precisos y ponderados, habría que recurrir a otros ámbitos del ordenamiento jurídico que se rigen por principios y, sobre todo, con actuaciones procesales muy diferentes a las que predominan en el orden social. De ahí que se opte por reflejar conductas, sanciones y *quantums* contenidos en la norma sancionadora laboral por excelencia.

⁹ Por todos, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos...op.cit.*, pp. 107 y ss y SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., *Indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

Con todo, la aplicación de dicha referencia no suele ser automática sino flexible y puesto que las sanciones aparecen graduadas, a la par que las infracciones, la horquilla servirá al juez para adaptar la cuantificación económica de la indemnización a cada caso concreto. De hecho, se tienen en cuenta diferentes elementos a la hora de valorar la indemnización correspondiente. Así, la STS 23 febrero 2022, Ar. 1314 admitiendo que los daños morales resultan indisolublemente asociados a la vulneración de un derecho fundamental con la deducción de un principio de automaticidad al respecto, que cualquier daño moral deberá ser resarcido y que al resultar difícil su cuantificación podrá flexibilizarse la exigencia de concreción por la parte afectada, acude a otros elementos. En este caso, destaca el hecho de que no haya existido reiteración de la conducta dañosa, ni especiales circunstancias que permitan apreciar un daño excesivo, no se trata de una persona que se incluya dentro de un grupo vulnerable, ni cabe deducir del contexto elementos que permitan calibrar si la conducta vulneradora ocasiona un daño adicional. Mas, como finalmente se utiliza el criterio de la LISOS, se estima que una aplicación prudencial de la misma supone aplicar el grado inferior de la horquilla económica de la infracción correspondiente toda vez que la norma sancionadora también recoge la peligrosidad, gravedad del daño producido, número de trabajadores afectados, incumplimiento de las advertencias o requerimientos, como parámetros orientadores. Del mismo modo, se considera que el recurso a las sanciones de la LISOS como criterio deberá ir acompañado de la valoración de otras circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como *“la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización”* (STS 20 de abril de 2022, Ar. 2294, FJ 5).

Mas existen otras normas que pueden servir asimismo como referente. Ocurre, por ejemplo, con el artículo 9.3 LO 1/1982, 5 de mayo, BOE, 14, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En dicho precepto se reconoce que el daño moral *“se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”*. Sin embargo, la doctrina judicial ha considerado, además, el período de

duración del comportamiento lesivo, la ausencia de perjuicios materiales, la limitación de la vulneración a un único centro de trabajo, los gastos derivados del litigio. Siempre, eso sí, que se trate de parámetros razonables, con los que se evite una clara desproporción entre el daño sufrido y la indemnización lograda. La razonabilidad y la proporcionalidad son los dos márgenes fijados para la aplicación de una cantidad no tasada.

Con todo, la más moderna referencia y posiblemente la que imponga un criterio más ajustado en el futuro sea la recogida en la Ley 15/2022, 12 julio, BOE, 13, integral para la igualdad de trato y no discriminación. En su artículo 25, esta norma prevé un cuadro de responsabilidades administrativas, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de las conductas discriminatorias, incluyendo *“tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas”*. Por esa razón, el artículo 27.1 dispone que la persona física o jurídica que cause discriminación *“reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”*. Y, de manera más específica, el artículo 27.2 reconoce la responsabilidad sobre el daño causado de *“las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección”*, siempre que no hayan cumplido con las obligaciones previstas en esta norma. Asimismo, el artículo 28 señala que la tutela judicial frente a la vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho.

Pudiera parecer que se trata de una redacción muy similar a la del artículo 183 LRJS, pero no existe tal semejanza en tanto la Ley 15/2022 dispone una tutela más garantista del derecho vulnerado y sobre la reparación del mismo. En primer lugar, porque aquí sí queda claro el automatismo en la producción del daño moral que se deducirá siempre y en todo caso cuando se acredite la discriminación por cuanto *“acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral”* como presunción *iuris tantum*. Y, en segundo término, porque la norma incorpora criterios de valoración de la gravedad del daño moral causado, algo positivo y que pudiera llegar a desviar el constante recurso

a la LISOS que, como ha podido comprobarse, en numerosas ocasiones, no recoge parámetros adecuados a la cuantificación del daño moral. Pero eso no supone que la norma más moderna y especial derogue, en este caso, a la más antigua y general que sería, aquí, la contenida en los artículos 179 y 183 LRJS antes expuestos, pues se trata de normas con ámbitos de aplicación diferentes y métodos distintos para reprimir y reparar lesiones derivadas de un tratamiento discriminatorio. De esta forma, habrá que advertir que a las discriminaciones reguladas en la Ley 15/2022 se les aplicará la presunción de existencia de daños morales derivada del artículo 27.1 de la norma, mientras que supuestos de discriminación no previstos en la misma -y son muchos los que pueden producirse en el ámbito de la relación laboral- y de los que se deriven daños morales estarán amparados por lo dispuesto en el artículo 179.3 LRJS sin presunción alguna y como regla general ¹⁰. Por lo demás, conviene precisar que la Ley 15/2022 incorpora también en su artículo 49 una serie de parámetros que sirven para graduar las sanciones tales como la intencionalidad del infractor, la naturaleza del daño causado, la permanencia o transitoriedad de la repercusión de la infracción, el número de personas afectadas, la repercusión social de la infracción, la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por sentencia firme, el beneficio económico que se hubiera generado para el infractor, la condición de autoridad, agente, personal funcionario o empleado público del infractor, la concurrencia o interacción de distintas causas de discriminación previstas en la norma, etc; elementos todos ellos que bien pudieran emplearse, como cuando se recurre a la LISOS, como criterios orientativos para las decisiones judiciales sobre la cuantificación del daño moral.

4. ¿Dónde aparecen precisadas estas cuestiones en la sentencia que nos ocupan? No están. Porque el daño no se concibe como moral sino material y porque el perjuicio no es intangible sino económico. Y para ello la Sala acude a lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, destinado a fijar la imposición de costas en los recursos de suplicación y casación, como norma analógica de anclaje. En atención a lo dispuesto en el artículo 235.1 citado *“La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social. Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios pueda superar la cantidad de mil doscientos euros en*

¹⁰ ARUFE VARELA, A., “El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, pág. 368.

recurso de suplicación y de mil ochocientos euros en recurso de casación". Como se trata de la resolución de un recurso de casación, procede esta última cuantía. Y refuerza así su estimación como daño patrimonial del origen de la indemnización tasada, quedando aparentemente impune el daño moral derivado de la vulneración del derecho fundamental o comprendido, de forma impropia, en la satisfacción del complemento con efectos económicos retroactivos.

Además, la Sala considera que *"en su labor unificadora y conformadora de la jurisprudencia, debe pronunciarse también sobre la cuantificación de la referida indemnización de suerte que permita a los distintos órganos judiciales del orden social operar al respecto con homogeneidad, aportando seguridad jurídica y evitando la multiplicación de los litigios sobre la cuestión"* (FJ 4). Como parte de la base de que el perjuicio es uno y el mismo para todos los afectados *"lo razonable es fijar igualmente idéntica cuantía indemnizatoria para todos ellos, sin dar lugar a agravios comparativos derivados de posibles soluciones dispares que pudieren generar una desigualdad difícilmente justificable"* (FJ 4). Y puesto que la finalidad de la indemnización es la de *compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, resulta objetivamente irrazonable considerar que en ese ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de esos perjuicios"* (FJ 4). Entiende, así, la Sala que la cuantía fija que establece es la que mejor se adecúa *"a la exigencia de reparación del daño sufrido en los términos que se derivan de la reiterada sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 y de la normativa interna y doctrina jurisprudencial sobre la materia, debiendo, por tanto, ser aplicada por los órganos judiciales, en todos aquellos supuestos en los que exista controversia sobre la cuantía de la referida indemnización y, teniendo presente -como ocurre en el presente caso- la solicitud de la parte demandante de la aludida indemnización"*. Advertieron, como se expusiera, que se trata de una *"cantidad (que) permite una reparación integral del perjuicio sufrido. La eventual zozobra moral o las molestias materiales derivadas de ese acudimiento a los órganos de la jurisdicción social quedan englobadas en tal reparación a tanto alzado"*.

La unicidad del perjuicio se estima difícilmente admisible en el derecho de daños salvo que se opte por un forfait o cuantía a tanto alzado, eximiendo de probar el daño a la víctima. Mas no parece que aquí se parta de dicha premisa. Sólo se compensan los gastos procesales por el recurso interpuesto -de ahí la referencia a la imposición de costas-, pero la norma procesal que limita la cantidad a asumir por la parte contraria en las costas tiene sentido para impedir una utilización leonina en las actuaciones procesales, no para tasar un daño. En este caso, previsiblemente los costes sean

diferentes en cada caso y, de exigir prueba al respecto, el resultado indemnizatorio sería necesariamente distinto. De ahí que el Tribunal opte por no requerir prueba, por no individualizar el daño y por compendiar en una misma indemnización, única y unitaria, la tasación de la indemnización.

Aunque procede precisar que, pese a la expresión generalizada a la que atiende la sentencia, no parece que sea la homogeneidad la regla aquí empleada pues, como reconoce la propia Sala, esta cuantía opera como un máximo, debiendo ajustar la indemnización al devenir procesal de cada caso concreto. Será necesario, como señala la sentencia, tener en cuenta el recorrido judicial de cada caso y la correspondiente petición de las partes. Pudiera ocurrir, como de hecho sucede en el supuesto que origina la sentencia analizada, que finalmente esta cantidad -límite máximo- no se aplique como consecuencia de la estrategia procesal seguida por una de las partes o por cada una de ellas. Porque en el caso concreto que nos ocupa, no se concede finalmente la cantidad de mil ochocientos euros. Primero, porque la solicitud del demandante limitó su importe a la cantidad de mil quinientos euros, lo que ya implicaba un límite infranqueable derivado de la pretensión fijada en la demanda, pues de lo contrario se incurriría en incongruencia *extra petita*; y, segundo, porque la sentencia recurrida, aun admitiendo la existencia del daño y la necesidad de fijar la oportuna indemnización reparadora del mismo, estableció su cuantía en seiscientos euros, cantidad que no fue recurrida por el demandante -que no impugnó la sentencia- y que no ha sido objeto de recurso por la entidad gestora -que sí optó por recurrir persiguiendo la eliminación de la indemnización impuesta sin solicitar subsidiariamente un importe inferior para la misma-.

Si esto es así, la afirmación de que el perjuicio es uno y el mismo para todos los afectados carece de sentido, pues dependerá del discurrir procesal de cada supuesto. Y, desde luego, no resulta muy idónea la afirmación que permite entender esta indemnización de mil ochocientos euros como compensación “íntegra” de los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, pues la *restitutio in integrum* requiere necesariamente individualización de los daños ocasionados. Como tampoco parece adecuarse al derecho de daños expuesto la afirmación de que no existe daño moral que compensar porque el reconocimiento del derecho reclamado se ha realizado con efectos *ex nunc*, y porque no se trata de una prestación sino de del complemento de una prestación, complemento de cuantía sensiblemente inferior a la principal, por lo que el daño patrimonial en la demora del percibo al que se tiene derecho es cuantitativamente menor y sensiblemente distinto, por menos gravoso, del que resultaría si se denegara la prestación correspondiente.

“Luego no existe daño moral que compensar sino daño económico”, concluye la Sala, en una confusa apreciación del daño moral, no cuantificable en su generación, aunque sí

en la concreción de su indemnización. Porque, si bien pudiera resultar cuestionable que la actuación del INSS responda a la tipificación propia de un daño moral -aun cuando genere responsabilidad en los términos expuestos en este análisis-, cabría advertir la diferencia entre dos supuestos, igualmente protegibles. Por un lado, la situación de aquellos varones que solicitaron el complemento demográfico, el INSS lo denegó y recurrieron, protegida por la cuantificación de un daño no moral sino patrimonial perfectamente determinable -de forma variable o fija, como impone la sentencia comentada, con un criterio cuantitativo plenamente válido-. Por otro, la de aquellos varones que solicitaron la prestación, no la consiguieron y no recurrieron. En este caso, quedaría expedita la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, si no hubiera prescrito, toda vez que también en ellos se ha producido un daño, y no tanto por lo que invirtieron en pleitear -que no lo hicieron-, sino por el daño generado como consecuencia de una conducta arbitraria por parte de la Administración. Y, aquí, sí podría plantearse si se trata de un daño moral o patrimonial. Incluso podría alcanzarse la conclusión de que, aun cuando se tratara de un daño moral, su cuantificación podría coincidir íntegramente con la recogida por la Sala de lo Social al apreciar daño patrimonial, por entender que, aunque no se ha invertido ese patrimonio en la defensa de su derecho, sería lo que los afectados hubieran debido gastar de haberlo hecho, sirviendo así como referencia para cuantificar el daño -moral, que no patrimonial-. En otro nivel se hallarían aquellos varones que ni siquiera solicitaron este derecho y que, por lo tanto, no obtuvieron negativa alguna porque, en ese caso, sólo existe una "expectativa de daño", no susceptible de compensación.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

El conflicto resuelto por la sentencia comentada se basa en la vulneración de un derecho fundamental. Esta última conlleva -o puede conllevar- una indemnización adicional por daño moral. Pese a la insistencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en diferentes pronunciamientos, el reconocimiento del derecho al complemento, incluso la decisión de concederle efectos económicos retroactivos, no compensan ningún daño, ni moral ni material, tan sólo ejecutan el cumplimiento de una obligación legal. Posiblemente las dos decisiones judiciales europeas de referencia, dictadas en 2019 y en 2023, respectivamente, hayan condicionado, influido e incluso determinado el fallo del pronunciamiento aquí analizado, no sin confusión a este respecto. Porque resulta curioso que, en este caso, provocado el perjuicio económico -gastos por la interposición de un recurso- se entienda justificada su compensación con la cuantía señalada -que bien pudiera ser la elegida u otra distinta, no mereciendo aquélla reproche alguno-.

Mas debería cuestionarse si realmente no hubiera sido conveniente apreciar, en todo este recorrido judicial, el daño moral provocado, en su caso, por olvidar al varón - también, en su caso- al regular la aportación demográfica y por la injustificada y reiterada actitud de la entidad gestora denegando una prestación ya concedida por la justicia europea. Y, si el origen es la vulneración de un derecho fundamental, la legislación laboral tiende a añadir una indemnización por daño moral junto con la restitución de la situación vulnerada, no pareciendo asumible que, concedida la prestación y restituida la situación previa a la vulneración, se admita perjuicio económico sin apreciar daño moral. De ahí que resulte conveniente diferenciar la responsabilidad que implica el que un órgano de la Administración, en este caso, el INSS, haya obviado la aplicación de una resolución judicial de obligado cumplimiento y sus correspondientes consecuencias económicas -que pueden estar perfectamente tasadas en los términos precisados por la sentencia- de la indemnización que conlleva el daño derivado de la vulneración de un derecho fundamental, en este caso, en beneficio de los varones progenitores -daño que no puede ser compensado por el reconocimiento del derecho derivado de una obligación legal-. Porque, atender a una consideración conjunta del daño y a una compensación global del mismo, no responde a los cánones clásicos, aún vigentes, sobre derecho de daños. El daño moral puede representar asimismo otros daños adicionales, previsiblemente económicos, pero ambos responden a una naturaleza distinta, de difícil conjunción en su aprehensión. Si bien quizá proceda recordar la expresión de Voltaire al exclamar “Pero ¡cómo! ¿Se permitirá a cada ciudadano creer solamente en su razón, y pensar lo que esa razón ilustrada o equivocada le dicte?”, en su “Tratado sobre la tolerancia” de 1.763.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2023.

ARUFE VARELA, A., “El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, pp. 332-360.

BALLESTER PASTOR, M^a.A., “El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfico”, en AAVV, *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 533-550.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Madrid, Civitas-Thomson-Reuters, 2021.

GÓMEZ POMAR, F., y MARÍN GARCÍA, I (dir.), *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch, 2023.

LÓPEZ CUMBRE, L., "Indemnizaciones por daños derivados de la relación laboral. La superación de la indemnización laboral tasada y la compleja determinación de las nuevas cuantías, en AAVV, *VII Congreso Internacional sobre Derecho de Daños. Daño y resarcimiento* (en prensa).

ROA REYES, S. "El complemento por maternidad por aportación demográfica", *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm.10, 2023, pp. 86-105.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., *Indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

VILLA GIL, L.E. de la, Colección de la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social internacional y comunitario*, con diferentes denominaciones desde 1997.

VIVERO SERRANO, J.B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.

**LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA ADMINISTRAR LA VACUNA DE LA
COVID-19 A PERSONA CON CAPACIDAD LIMITADA NO VULNERA
DERECHOS FUNDAMENTALES. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
SENTENCIA -PLENO- 38/2023, DE 20 DE ABRIL. RECURSO DE AMPARO
3214/2022 (BOE. 22 DE MAYO DE 2023)**

Por

YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

yvaldeolivas@perezllorca.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: El objeto de la sentencia versa sobre el juicio de constitucionalidad de la vacunación, administrada sin consentimiento de la persona afectada, como acto médico susceptible de afectar al derecho a la integridad personal recogido en el art. 15 CE. Consentimiento que, en este caso, por tratarse de persona que padece demencia severa, correspondería a su tutor legal, quien se niega a otorgarlo, sustituyéndose por autorización judicial. El TC identifica a este propósito los derechos y bienes jurídicos implicados en dicho acto médico de vacunación no consentido como medida eventualmente restrictiva del derecho constitucional a la integridad personal, reconociendo las circunstancias que legitiman una vacunación practicada mediante autorización judicial en un contexto de pandemia y en las condiciones personales de la afectada por la intervención médica, analizando para ello la doctrina del propio tribunal sobre el consentimiento sanitario, el carácter voluntario del régimen de vacunación en España y el fundamento constitucional que permitiría restringir derechos fundamentales mediante una administración obligatoria de la vacunación en el referido entorno pandémico. En este sentido, la protección de la persona discapacitada y el juicio de proporcionalidad de la decisión adoptada por el órgano judicial, legalmente habilitado para ello, centran la argumentación jurídica del TC que conduce finalmente a rechazar el recurso de amparo.

PALABRAS CLAVE: Vacunación; consentimiento sanitario; derecho a la integridad física; derecho a la intimidad personal.

SUMARIO: A) ANTECEDENTES.- B) OBJETO DEL RECURSO Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. a) Los derechos fundamentales afectados. b) La interpretación constitucional del derecho fundamental a la integridad personal. c) Sobre la norma habilitante de la restricción del derecho fundamental. d) La ponderación judicial de los derechos afectados por la resolución judicial que autoriza la vacunación.- C) EL FALLO DE LA SENTENCIA.- D) COMENTARIO FINAL Y CONCLUSIONES.

**THE JUDICIAL AUTHORIZATION TO ADMINISTER THE COVID-19 VACCINE
TO PERSON WITH LIMITED CAPACITY DOES NOT VIOLATE**

**FUNDAMENTAL RIGHTS. CONSTITUTIONAL COURT. JUDGMENT -
PLENARY- 38/2023, OF APRIL 20. AMPARO APPEAL 3214/2022 (BOE. MAY
22, 2023)**

ABSTRACT: The subject of the ruling concerns the constitutionality of vaccination, as a medical act that could affect the right to personal integrity set out in art. 15 EC, if administered without the consent of the person concerned. Consent which, in this case, relating to a person suffering from severe dementia, would correspond to their legal guardian, who refuses to grant it, replacing it with a court order. To this end, the TC identifies the rights and legal assets involved in this non-consensual medical act of vaccination as a measure that may restrict the constitutional right to personal integrity, recognising the circumstances that legitimise a vaccination carried out by judicial authorisation in the context of a pandemic and on the personal conditions of the subject concerned, analysing the Court's own doctrine on health consent, the voluntary nature of the vaccination regime in Spain and the constitutional basis that would allow fundamental rights to be restricted through the compulsory administration of vaccination in the aforementioned pandemic environment. In this sense, the protection of the disabled person and the judgement of proportionality of the decision adopted by the judicial authority, legally authorised to do so, are the focus of the legal argumentation for finally rejecting the appeal.

KEYWORDS: Vaccination. Medical Consent. Right to physical integrity. Right to personal privacy.

SUMMARY: A) BACKGROUND.- B) OBJECT OF THE APPEAL AND LEGAL GROUNDING. a) The fundamental rights affected. b) The constitutional interpretation of the fundamental right to personal integrity. c) The rule allowing the restriction of the fundamental right. d) The judicial balancing of the rights affected by the judicial decision authorising the vaccination.- C) THE REASONING OF THE JUDGEMENT.- D) FINAL REMARK AND CONCLUSIONS.

A) ANTECEDENTES

En la situación de pandemia provocada por el virus Covid-19, y durante la campaña de vacunación en los centros residenciales de mayores, una residente, representada legalmente por su hijo que ejerce de tutor legal mediante la oportuna resolución judicial por sufrir aquella una demencia severa, no puede ser vacunada como consecuencia de la negativa al efecto de su hijo, quien desautoriza la administración tanto de esta como de la vacuna anual de la gripe, según consta en varias comunicaciones con el centro sociosanitario. Decisión denegatoria fundada inicialmente en "inseguridad civil y jurídica de tales vacunas". Tras informar el centro sociosanitario de dicha negativa del tutor, indicando que ello los había obligado a realizar una sectorización para evitar el contacto entre personas vacunadas y no vacunadas, se remitía un informe de la médico adscrita al centro recomendando la vacunación y la utilización a estos fines de la vacuna comúnmente utilizada en la población geriátrica de nuestro país, que había demostrado su seguridad y eficacia. Asimismo, como antecedentes de interés, constan sendos informes médicos forenses que, de una parte, señalan que sin estar exento de riesgos o efectos adversos, como cualquier otro fármaco, no cabe duda de que los beneficios de vacunarse frente al virus son mucho mayores que sus posibles efectos secundarios,

leves en la mayoría de los casos son leves -cefalea, dolor en el lugar de la punción, malestar general, astenia y febrícula-, añadiéndose su especial recomendación en las personas más vulnerables a sufrir infecciones y cuadros más graves, como sujetos de avanzada edad, institucionalizados o con patologías previas de base; de otra parte, se avala el previo informe médico del centro sociosanitario que recomendaba la administración de la vacuna, haciendo advertencia expresa, no obstante, de que esa recomendación no garantiza que la informada no sufra algún efecto secundario por la administración de la referida vacuna.

Sobre estas premisas, el Ministerio Fiscal interesó una comparecencia a efectos de autorizar judicialmente la administración de la vacuna contra el Covid-19 a la residente, acordándose el nombramiento de un defensor judicial. Ambos órganos solicitaron que se otorgara autorización para el suministro de la vacuna, a lo que el tutor nuevamente se opuso. Los argumentos de este último se centran en esta fase en considerar que se está tratando de imponer a su madre una vacunación forzosa, con la excusa de su discapacidad, cuando la vacunación en España tiene carácter estrictamente voluntario, afirmando que el paciente, como parte del contenido esencial de su derecho fundamental a la integridad física, tiene siempre la facultad de aceptar o rechazar las medidas terapéuticas ofrecidas, de modo que cualquier actuación médica sin o contra su voluntad supone una vulneración del art. 15 CE. A estos fines, se apoya tal interpretación en jurisprudencia constitucional y normativa europea concordante de la que el tutor deriva la imposibilidad de limitar de manera injustificada ese derecho como consecuencia de una situación de enfermedad. Es de destacar que la negativa se apoya igualmente en diversas consideraciones acerca de la terapia génica que constituye la vacuna, de su fase experimental y de las reacciones adversas y nocivas para la salud observadas en algunos casos, concluyendo a su vez sobre el carácter injustificado de la medida desde el punto de vista epidemiológico, habida cuenta de que la situación en julio de 2020, antes de los fármacos de terapia génica, era más favorable que en julio de 2021. Se concluía, en fin, que la residente había sobrevivido a cuatro olas anteriores sin vacuna, careciendo de sentido suministrarle, en un momento más favorable, esa medicación. Coincide esta fase del proceso con un nuevo requerimiento del equipo de cribado de residencias para cumplir con las recomendaciones de vacunación por parte de las autoridades sanitarias ante un nuevo brote activo del virus en el centro de referencia y en una circunstancia de contacto de la paciente con una persona positiva en Covid. Por su parte, en el acto de juicio, tanto el Ministerio Fiscal como la defensora judicial nombrada solicitaron que se autorizara judicialmente la vacunación.

En este escenario de posiciones contrarias, el órgano judicial en primera instancia considera que, sin perjuicio de la naturaleza civil del asunto, el mismo debe resolverse

desde la óptica de la protección de la salud de la paciente. Tras reconocer que no existe en nuestro sistema una vacunación legalmente obligatoria, valora las condiciones de la afectada (85 años, residencia en un centro de mayores, única residente no vacunada y estrictamente sometida a normas de distanciamiento que impiden que comparta espacios y determina que se halle prácticamente aislada) para concluir sobre la mayor gravedad del riesgo de contraer la enfermedad que los efectos adversos graves de la vacuna, que considera segura y eficaz, así como no contraindicada para el estado de salud de la residente. Así, reconoce la vacunación como la única alternativa eficaz para la adecuada protección de la vida de la afectada frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave por Covid-19, sumando su virtualidad para evitar el estado de aislamiento que, unido a su enfermedad degenerativa, está afectando a su salud mental por pérdida de cercanía y afecto de quienes la rodean. Todo lo anterior conduce finalmente a la decisión del juzgado autorizando la administración de la vacuna, decisión recurrida en apelación por el tutor.

El recurso sería finalmente desestimado por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, confirmando íntegramente la resolución del Juzgado. En concreto, se advierte que la única perspectiva a ponderar en el caso es la individual del paciente, esto es, la identificación de la mayor protección y mejor beneficio para la salud del residente, al margen de cualquier otra consideración. En este sentido, en atención a los informes médicos que no contraindican la administración de la vacuna a la paciente, a su alto riesgo de contagio por su lugar de residencia, al alto índice de infección y mortalidad en dichos centros y, en fin, por la ponderación de riesgos y beneficios de la vacuna, autorizada por la administración sanitaria competente, en relación con las condiciones del régimen residencial, se autoriza la vacunación de la residente.

Disconforme con las resoluciones dictadas por interpretar que vulneraban los derechos fundamentales de la persona tutelada, el hijo y tutor legal interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por entender que, dado el carácter voluntario de la vacunación en España, la actuación judicial suponía la vulneración “del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado, la vulneración del derecho a la integridad física y moral, así como la vulneración del derecho a la intimidad (arts. 14, 15 y 18 de la CE)”. El Ministerio Fiscal, por su parte, defiende la desestimación del recurso interpuesto.

B) OBJETO DEL RECURSO Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

a) Los derechos fundamentales afectados

Al margen de algunas consideraciones preliminares -principalmente, las relativas a la legitimación del representante legal de la persona discapacitada para interponer el

recurso, que se saldan en favor de su legitimación a título de interesado-, el núcleo del recurso de amparo que resuelve la STC 38/2023 que se comenta reside en el control de constitucionalidad y análisis de la posible vulneración de diversos derechos fundamentales como consecuencia de la autorización judicial a administrar la vacuna contra el Covid-19 de forma no consentida: derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la integridad personal, derecho a la intimidad y, en fin, derecho a la tutela judicial efectiva. Todos ellos vulnerados según el recurrente, aun cuando, a juicio del Tribunal, el único derecho fundamental realmente concernido es la posible lesión del derecho fundamental a la integridad personal (art. 15 CE), descartándose la afectación directa del derecho a la igualdad y del derecho a la intimidad (arts. 14 y 18.1 CE), ya que, respecto del primero, no se individualiza, en los términos exigidos en la doctrina constitucional, un término de comparación válido que justifique la existencia de discriminación ni, respecto del segundo, una intromisión específica en la esfera íntima de la persona vacunada.

De forma más específica, respecto del derecho fundamental a no ser discriminado, insiste el TC que el hecho de que la implicada sea una persona con discapacidad no acredita un trato discriminatorio, toda vez que no existe un doble régimen de vacunación, voluntaria para las personas en pleno ejercicio de su capacidad jurídica y obligatoria para las que necesitan alguna medida de apoyo por razón de su discapacidad, en este caso la autorización judicial a la administración de la vacuna. Por su parte, en cuanto a la integridad personal e intimidad, considera el TC que, aun cuando es posible esa doble afectación simultánea, la misma exige que la afectación del cuerpo humano determinante de la injerencia a la intimidad comprometa también el “criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal” o una intromisión en la vida privada o íntima, lo que no se produce en este caso ni por la finalidad del acto controvertido ni por la zona del cuerpo sobre la que se produce la injerencia, en una exposición que ilustra con abundante cita de sentencias del TEDH. Finalmente, en relación con la tutela judicial efectiva, que el recurrente apoya en los defectos de motivación de las resoluciones judiciales de origen, el TC destaca su carácter meramente accesorio o de refuerzo, indicando que, al estar en juego el derecho fundamental a la integridad personal, dicha alegación carece de sustantividad propia y es puramente formal e instrumental, no procediendo un examen meramente externo de la motivación empleada por los órganos judiciales sino la revisión de la ponderación misma, a efectos de dilucidar si se respetaron las exigencias directamente dimanantes del derecho fundamental a la integridad personal.

b) La interpretación constitucional del derecho fundamental a la integridad personal

A partir de estas consideraciones, la sentencia se centra en el análisis de la eventual lesión al derecho a la integridad personal, en su dimensión de integridad física, que protege no solo frente a posibles lesiones corporales o espirituales sino también respecto de cualquier clase de intervención sin consentimiento del titular del derecho. Es en este punto donde la fundamentación jurídica conduce a revisar la doctrina constitucional relativa, en general, al consentimiento en caso de actuaciones médicas, para descender después a su grado de afectación en el supuesto de que dicho acto médico sea la administración de una vacuna, en tanto acto particular de carácter médico subsumible en dicha doctrina general.

Comienza el Tribunal abordando el derecho fundamental a la integridad personal en su concreta dimensión de derecho a la integridad física, cuya vertiente protectora se despliega como derecho a la “incolumidad corporal” o inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. De conformidad con esta interpretación, el derecho a la integridad física queda directamente concernido cuando el acto coactivo del poder público implica lesión o menoscabo del cuerpo, aun cuando tuviera un carácter meramente potencial, pues el riesgo o daño para la salud solo supone un plus de afectación, no una condición *sine qua non*, para que exista una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física. Esta perspectiva inicial se completa con una segunda, que la sentencia también reproduce con relevante cita de doctrina constitucional, para destacar que el derecho a la integridad personal, como integridad física, también tiene una dimensión positiva en relación con la plena efectividad del libre desarrollo de la personalidad, lo que obliga a asegurar su protección no solo frente a las injerencias mencionadas, sino frente a los riesgos propios de una sociedad tecnológicamente avanzada. Así, puede vulnerarse el art. 15 CE incluso sin haberse consumado la lesión de la integridad, bastando con que exista un riesgo relevante de que la misma pueda llegar a producirse. Esta dimensión positiva de la integridad personal refuerza el carácter esencial del consentimiento en la interpretación del derecho fundamental presuntamente vulnerado porque el libre desarrollo de la personalidad incluye, específicamente, la autodeterminación de la persona sobre el propio cuerpo, de especial incidencia en el ámbito sanitario. La misma se expresa como el deber de abstención de actuaciones médicas constitucionalmente injustificadas y el correlativo derecho de oposición del afectado a esa asistencia médica que afecta a su propio cuerpo, que no puede limitarse de manera injustificada como consecuencia de

una situación de enfermedad. Facultad de autodeterminación, pues, que legitima al paciente para decidir libremente qué medidas terapéuticas y tratamientos aflictivos de su integridad, de entre los posibles, escoge, consintiendo unos y rechazando otros, aunque su opción conduzca a un resultado fatal.

A los fines de ejercer con plena libertad esa facultad de consentir, cobra máxima importancia el contar con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, en una inevitable y estrecha vinculación entre consentimiento e información, hasta permitir afirmar que una actuación médica desinformada equivale a la limitación o privación del propio derecho a consentirla, afectando al derecho a la integridad física. Por ello, como recuerda la doctrina constitucional, el derecho a la integridad personal del art. 15 CE reconoce un derecho general de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, vulnerándose su contenido cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo.

A partir de este exhaustivo repaso de la doctrina del TC sobre el significado del derecho fundamental a la integridad personal, en su faceta de integridad física frente a actuaciones médicas informadas y consentidas, el Tribunal traslada esta interpretación al concreto acto sanitario de administración de una vacuna, para apreciar de inmediato que aquel entra con claridad dentro de las facultades de autodeterminación garantizadas por el derecho a la integridad personal. Además, advierte que, dada su capacidad para provocar efectos secundarios adversos o indeseados, aun estadísticamente minoritarios, representa un riesgo potencial para la salud que también ampara este derecho fundamental, con nueva cita de sentencias de apoyo del TEDH. De ahí la lógica consecuencia de que la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna quede supeditada al cumplimiento de los requisitos que para el propio TC rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos: la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa definitiva del supuesto de hecho y sus consecuencias, así como el respeto al principio de proporcionalidad. Se trata de un canon de enjuiciamiento constitucional, coincidente con el construido por el TEDH, que declara respetuoso del derecho fundamental el acto de injerencia que obliga a vacunarse si presupone habilitación legal y finalidad legítima.

De acuerdo con lo anterior, una vez admitida la restricción de derechos fundamentales que implica la vacunación no consentida que dimana de la autoridad judicial, la fundamentación jurídica de la sentencia pasa por reconocer en el caso enjuiciado la presencia de sendos criterios justificativos de dicha restricción que el recurrente cuestiona, entendiéndose, de un lado, que el carácter voluntario del régimen de vacunación existente en España evidencia la falta de cobertura legal para limitar el

derecho fundamental a la integridad personal cuando no hay consentimiento y, de otro, que la obligatoriedad de la vacuna en un contexto epidémico no acredita aquella finalidad legítima. Sobre esta cuestión, pues, relativa a identificar en el caso concreto si la vacuna no consentida dispone de una norma clara y precisa habilitante de la consecuencia limitativa del derecho a la integridad personal, así como de su proporcionalidad y finalidad legítima pivota el juicio constitucional que termina por desestimar el recurso de amparo.

c) Sobre la norma habilitante de la restricción del derecho fundamental

En relación con la habilitación legal, el presupuesto que subyace a la cuestión resulta complejo e inédito, como reconoce el propio TC -aun cuando a esta sentencia han seguido otras dos que insisten en la misma doctrina y las que se hará posterior referencia-, toda vez que no existían pronunciamientos precedentes relativos a la vacunación como medio de posible restricción del derecho fundamental del art. 15 CE. Además, el contexto de epidemia se mostraba igualmente novedoso como entorno de cobertura de dicha restricción.

Desde luego, el análisis de la cuestión pasa por identificar inicialmente el régimen legal, obligatorio o voluntario, de la vacunación en general, que condiciona toda la discusión posterior. En este sentido, se recuerda que el modelo teórico de vacunación es heterogéneo porque a la voluntariedad u obligatoriedad puras se suman sistemas intermedios donde, como es nuestro caso, conviven vacunas meramente voluntarias con otras esenciales cuya administración es recomendada por los poderes públicos e incorporadas al calendario oficial, hasta llegar a condicionar ciertas prestaciones de servicios, en una suerte de obligatoriedad indirecta, y, en fin, sin olvidar algunas otras formalmente obligatorias solo en momentos concretos, que hoy no se corresponden con nuestra realidad. Este régimen plural responde a la naturaleza bifronte de la vacunación, que intenta conciliar dos intereses: primero, el estrictamente individual de la persona afectada, interesada tanto en no contraer una enfermedad como en no verse obligada a tolerar una vacuna de la que pueden derivar posibles efectos secundarios, cuya disyuntiva corresponde a dicho sujeto en ejercicio de su derecho a la integridad personal; segundo, los intereses públicos, evidenciados tanto en hacer eficiente un sistema sanitario cuya viabilidad depende del seguimiento masivo de las campañas de vacunación y, sobre todo, en hacer efectiva la capacidad de la vacunación como instrumento de prevención e inmunización colectiva en un contexto grave de epidemia, lo que se conoce como “inmunidad de grupo”, sin perjuicio de existir otros fines relativos ahora a asegurar la productividad y la menor afectación económica consecuencia de las bajas laborales de quienes contraen la enfermedad.

Es precisamente este último valor preventivo de la inmunidad colectiva el que permite al TC enlazar con el art. 43.2 CE, que obliga a los poderes públicos a tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, cuyo propósito de defensa de intereses generales convierte en constitucionalmente legítimo el desarrollo de políticas públicas de favorecimiento de la vacunación. De acuerdo con ello, bien cabría interpretar que, en el contexto del Covid-19, esa finalidad pública preventiva habilitaría una eventual “cláusula de obligatoriedad” de la vacunación, ya fuere sobre la población en general, ya sobre ciertos sectores de población o colectivos profesionales. No obstante, enseguida advierte el Tribunal que ese no ha sido el caso de nuestro modelo de vacunación en pandemia, porque el ordenamiento jurídico no incorporó esa fórmula de obligatoriedad, sino que se optó por una estrategia diseñada bajo la firme convicción de alcanzarse mejores resultados de aceptabilidad si la vacuna era voluntaria. Si se repara, lo anterior parece admitir, en las condiciones referidas, una fórmula de vacunación obligatoria perfectamente constitucional en lo que supone de restricción del derecho fundamental a la integridad personal, pero tal no es el debate que corresponde al supuesto ahora debatido.

En efecto, la norma habilitante de la intromisión en el derecho fundamental que aquí ocupa es para el TC la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que tampoco llega a imponer la vacunación como algo independiente de la voluntad individual del sujeto afectado. Al contrario, en coherencia con su objetivo de defensa de la capacidad decisoria del paciente, reconoce como esencial el consentimiento informado, dando respuesta además a la particular eventualidad de una imposible prestación de dicho consentimiento por la persona afectada. Conforme a ello, y en aplicación de su art. 9.3 y 6, la ley admite el consentimiento por representación, entre otros casos, cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente, como sucede en el supuesto analizado. En tal caso, la normativa obliga a que el representante legal decida en atención siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, de modo que, de no quedar asegurado ese resultado, se prevé la posibilidad de recabar autorización judicial e incluso de que los profesionales sanitarios, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad, adopten las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente.

Como remarca la sentencia, tales previsiones presuponen una medida tuitiva en manos del órgano judicial únicamente aceptable en un contexto de riesgo para la salud de la persona imposibilitada de prestar consentimiento y sin libertad, por tanto, para decidir sobre su tratamiento médico. Así, de la doble vertiente del interés que persigue la vacunación a que antes se aludía, solo queda implicada la dimensión individual, no

colectiva, de dicha actuación médica. En otras palabras, la autoridad judicial no actúa en los supuestos contemplados en presunta defensa de intereses generales u objetivos de salud pública por el riesgo de contagio, no previstos en la norma habilitante, sino que su actuación se orienta al único propósito de sustituir una voluntad inexistente, por falta de libertad y conciencia, en un contexto cierto de peligro para la salud de la persona con discapacidad que se entiende no está siendo adecuadamente asistida por su tutor legal. Se trata, sin duda, de una injerencia en la libertad individual e integridad personal del paciente, amparado por la ley con esa sola finalidad protectora del interés individual de quien no puede consentir por sí mismo. Ello significa que la intromisión es una medida de auxilio a la formación de su voluntad más que una fórmula de sustitución del principio de autodeterminación, que queda incólume. En coherencia con ello, son destacables dos caracteres de la sustitución por vía judicial de la capacidad individual de decidir: primero, que la autoridad judicial nunca puede reemplazar ni contrariar una decisión libremente prestada por el paciente, aunque ello pudiera determinar efectos negativos sobre la protección del interés colectivo imbricado en la vacunación o acto médico de que se trate; segundo, que la resolución judicial, exclusiva para el supuesto de déficit de capacidad para consentir de la persona afectada, no puede servir de pretexto para imponer de modo coactivo políticas sanitarias o intereses públicos ajenos a este espacio decisorio sobre la integridad personal del individuo cuya capacidad está limitada.

En definitiva, la argumentación jurídica sitúa los términos del debate en un contexto del que cabe deducir el carácter meramente secundario de que exista una situación de pandemia que aconseje atender a intereses colectivos a los fines de imponer la vacunación como fórmula para reducir contagios, garantizando que no se colapsen los servicios sanitarios, y paliando las afecciones económicas y productivas derivadas de la enfermedad. La pandemia bien habría podido justificar, con esas finalidades legítimas, una estrategia de vacunación obligatoria en defensa de aquellos intereses, pero, no habiéndose articulado legalmente esta, la vacuna autorizada por intermediación judicial que sustituye el consentimiento libremente prestado también habría podido desenvolverse en situaciones de normalidad sanitaria. Y es que el bien que pretende defenderse no es la salud pública ni cualquier otra clase de intereses económicos o sociales afectados como resultado de la propagación de los contagios y la enfermedad, sino la salud y la vida de quien no puede decidir sobre su vacunación por tener modificada su capacidad y estar asistido por representante.

Cuestión bien distinta será que ese privativo interés individual pueda interpretarse amenazado en mayor medida como consecuencia de una situación epidémica que incrementa el riesgo para la salud y la vida de la persona vulnerable, por lo que la pandemia es, sin duda, una circunstancia a considerar, aun en una fase posterior del

enjuiciamiento. Circunstancia, pues, cuya valoración no opera *prima facie* sino solo de forma indirecta o traslativa, esto es, para dar prueba de la mayor vulnerabilidad de la persona en cuestión que aconseje, frente a la no vacunación, una vacuna “obligatoria” para garantizar su vida y salud, prevalente sobre el derecho a la integridad personal expresada en la negativa del tutor legal.

De este modo, circunscrito el ámbito de la facultad judicial, y acreditada la existencia de norma habilitante en los términos exigidos por la doctrina del TC y los órganos judiciales europeos, el paso siguiente en el juicio de constitucionalidad se refiere a la ponderación de los bienes y criterios que están en juego en el caso enjuiciado, del que derivará la legitimidad o no de la autorización judicial del acto médico analizado.

d) La ponderación judicial de los derechos afectados por la resolución judicial que autoriza la vacunación

En este punto del análisis, el TC acude a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), ratificada por España, para advertir que la discapacidad no equivale a ausencia de autonomía personal e imposibilidad absoluta de ejercicio del derecho fundamental a la integridad personal, porque la autonomía individual que incorpora la libre adopción de decisiones es inherente al respeto de la dignidad en términos de igualdad entre personas con discapacidad o sin ella. De este modo, nuestra normativa interna solo acepta la asistencia en la medida de su necesidad y para permitir el pleno desarrollo personal en condiciones igualitarias. No se trata tanto de sustituir la voluntad del discapacitado, subsistente, cuanto de auxiliarle en su conformación y expresión, según se infiere a su vez de los arts. 249 y 250 del Código Civil, que obligan a quienes presten apoyo a estas personas a actuar atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, procurando que puedan desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándolas, ayudándolas en su comprensión y razonamiento y facilitando que puedan expresar sus preferencias. Si esta determinación de preferencias resulta imposible, continúa disponiendo la normativa civil que habrá de tenerse en cuenta la trayectoria vital, creencias, valores y factores que la persona con discapacidad hubiera tomado en caso de no requerir representación, lo que incumbe tanto al representante legal como al órgano judicial para evitar imponer convicciones o creencias propias, diversas de las de la persona representada. De ahí la posible anticipación que le cabe a la persona con discapacidad para dejar instrucciones previas de actuación médica y cuidados en relación con su salud para cuando no pueda prestar su consentimiento (art. 11 Ley 41/2002), prevalentes sobre cualquier otra fórmula de asistencia por tutor o por vía judicial.

Por ello, la actuación de asistencia por el tutor u órgano judicial no cuestiona la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad, ni elude que sea informada, en la medida de sus posibilidades, para favorecer su decisión, en este caso sobre la vacunación. De haberse podido expresar, aun incompleta o imperfecta, esa decisión hubiera debido ser respetada y la injerencia para variar su sentido devendría lesiva de los derechos fundamentales de dicha persona. Por el contrario, en caso de insuficiencia o inexistencia absoluta de voluntad, las medidas de auxilio deben encaminarse a procurar, de modo imparcial y proporcionado a sus necesidades, el interés de la persona auxiliada, en una decisión imperativamente finalista y motivada en el marco de las circunstancias concurrentes. Cualquier otra actuación sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad vulneraría su derecho fundamental a la integridad personal.

C) EL FALLO DE LA SENTENCIA

Como se anticipó, el sentido del fallo es desestimatorio del recurso de amparo interpuesto por el hijo y tutor legal de la persona residente en el centro de mayores y afectada de demencia severa. Y ello en base a una doble consideración. De una parte, que de las aludidas circunstancias concurrentes (informes médicos) cabe deducir indubitadamente la imposibilidad de que la persona auxiliada manifestara su voluntad y la inexistencia de instrucciones previas que pudieran permitir identificarla. De otra, que la negativa de su representante legal a autorizar la administración de la vacuna fue completamente genérica y falta de fundamentación suficiente para defender los intereses de la persona tutelada, lo que habilita la intervención judicial.

Más precisamente, valora el tribunal que las dudas expresadas en el escrito denegatorio del tutor sobre la eficacia y carácter experimental de la vacuna frente al Covid, como eventual justificación de su decisión, decaen cuando la oposición se manifiesta de forma reiterada y genérica respecto de cualquier vacuna. Cobra importancia, entonces, el hecho de que la oposición del tutor no lo es específicamente a la vacuna anti-covid, ya por su propia naturaleza, ya por sus singulares efectos sobre las condiciones y estado de salud de la persona tutelada, sino que se extiende a toda clase de vacunación sin atención alguna al caso en cuestión, en una suerte de tesis negacionista tan tristemente reconocible en los momentos de que se trata. Lo anterior demuestra, así, que la negativa de dicho sujeto responde a sus posiciones personales y convicciones contrarias a la vacunación en general, inasequibles a cualquier información facilitada por el servicio médico del centro residencial o por las autoridades sanitarias sobre los efectos para la salud de la concreta persona con discapacidad, porque, en palabras del TC, se expresaron de forma tan tajante e incondicionada que eliminaban cualquier rectificación consecuencia de una mayor información. Tales condiciones

permiten deducir que el verdadero interés de la persona afectada quedaba supeditado a esa valoración estrictamente propia, contrariando la finalidad de la actuación del tutor que se exige guiada por criterios precisamente opuestos a los expresados.

En consecuencia, se produce el supuesto habilitante para la actuación del órgano judicial, la finalidad tuitiva, dirigida a velar por el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en beneficio de la mejor protección de su salud. Y tal propósito y ponderación de intereses queda justamente reflejado en las resoluciones judiciales, en opinión del TC, como demuestran los criterios siguientes: (i) la fiabilidad de la vacuna, aprobada por las autoridades competentes y objeto de permanente seguimiento; (ii) la equivalencia de riesgos asociados a esta vacuna con cualesquiera otras recomendadas por las autoridades sanitarias; (iii) la existencia de contexto de riesgo cualificado para la persona afectada que incrementaban su vulnerabilidad a contraer la enfermedad (edad avanzada y residir en centro sociosanitario, con mayor probabilidad de contagio y mortalidad); (iv) la inexistencia, médicamente acreditada, de contraindicaciones de la vacuna en el caso de que se trata; (v) la evidencia estadística que evidencia mayor riesgo de contraer la enfermedad que de tener efectos secundarios consecuencia de la administración de la vacuna; y (vi) los efectos de la no vacunación para la afectada, que impedía el normal desenvolvimiento de su vida diaria y el contacto con otros en el centro residencial.

Baste señalar brevemente que los argumentos expuestos en la sentencia que se comenta se reproducen de forma prácticamente idéntica en otras dos resoluciones posteriores del TC, que también conducen al mismo fallo. Se trata de las SSTC 148 y 154/2023, de 6 y 20 de noviembre, respectivamente, relativas también al debate sobre la capacidad general de autodeterminación de personas con capacidad limitada, en este caso por minoría de edad, y la sustitución de su imposible prestación de consentimiento para la inoculación de la vacuna frente al Covid-19 por quienes ejercen la patria potestad y para el específico caso de discrepancia entre ellos. Las muy secundarias diferencias entre estos dos casos y el comentado, adheridas a igual doctrina y fallo desestimatorio del recurso de amparo interpuesto por quien se niega a la administración de la vacuna, se limitan a identificar ahora el interés superior del menor como criterio que debe guiar las decisiones de sus representantes y a asegurar la obligación de tener en cuenta la opinión del menor, en función de su edad y madurez que, en todo caso, no prevalece sobre aquel primer interés superior.

D) COMENTARIO FINAL Y CONCLUSIONES

Como se observa, el asunto controvertido plantea una cuestión jurídica poliédrica que, con ocasión de la autorización del órgano judicial a administrar una vacuna sin

prestarse consentimiento al efecto, abre múltiples debates de relevancia constitucional. En primer lugar, la posible afectación al derecho a la integridad personal, considerando que la inoculación de una vacuna es un acto médico que compromete la integridad corporal que forma parte de aquella primera y que presupone siempre la facultad de aceptar o rechazar las medidas terapéuticas ofrecidas, de modo que una actuación médica forzosa puede vulnerar aquel derecho fundamental. En segundo lugar, la centralidad en esta cuestión jurídica de la especial condición de persona con discapacidad imposibilitada de prestar consentimiento por sí misma, sustituyéndose su voluntad por la de un tutor legal, quien debe actuar, en todo caso, guiado por la mayor y mejor protección de la salud de la persona que representa o, en ausencia de dicha finalidad, según las circunstancias concurrentes, por autorización judicial; en este sentido, se advierte cómo esa autorización solo resulta operativa en caso de persona con capacidad limitada para expresar su consentimiento o negativa al tratamiento médico y cuando existen datos objetivos que permiten interpretar que aquella persona no está siendo correctamente asistida por el representante legal. En tercer lugar, la consideración de la autorización judicial como una intromisión o injerencia aceptable solo en la medida en que, en las condiciones expuestas, exista una norma habilitante al efecto que persiga una finalidad legítima, que el Tribunal entiende ajustada al marco constitucional, en una fundamentación jurídica que aquí se comparte plenamente.

En este escenario, el contexto de pandemia, que podría haber sido el centro del debate de haberse impuesto una vacunación obligatoria o, como mínimo, condicionante del acceso a determinadas prestaciones o servicios, ya con carácter universal, ya para ciertos grupos de población, no pasa de ser en el concreto caso enjuiciado un elemento puramente incidental o instrumental en un contexto de vacunación de carácter voluntario. De esta forma, el entorno pandémico solo aparece de manera secundaria en la argumentación constitucional para reforzar la acreditación del mayor riesgo para la vida y salud de la persona afectada, fortaleciendo la finalidad legítima de la intervención judicial, toda vez que esa situación de epidemia incrementaba la probabilidad de contagio de la enfermedad que, además, provocaba efectos más adversos para la salud en personas mayores y residentes en centros sociosanitarios. De ello derivan algunas consideraciones de interés.

De una parte, que de no existir una epidemia con tan alto nivel, a su vez, de morbilidad o mortalidad, la finalidad legítima que ampara sustituir el consentimiento no prestado a través de autorización judicial hubiera resultado mucho más dudoso. Dato que corrobora el hecho de que la propia persona aquí implicada, en las condiciones personales y sociales referidas en la sentencia, no hubiera recibido vacuna alguna de otro tipo con anterioridad, pareciendo darse por buena la denegación de su tutor legal al

respecto, no interpretada entonces dicha negativa, pese a las recomendaciones generales en contrario de las autoridades sanitarias, como acto de desprotección de la persona tutelada.

De otra, que de haberse planteado una estrategia de vacunación forzosa en determinados casos, que nuestra normativa interna, a diferencia de otros países, no contempla, dicha obligación hubiera debido encontrar una norma habilitante expresa (una eventual ley de epidemias, por ejemplo) y justificar su carácter obligatorio en una finalidad legítima y proporcional. Y es que debe destacarse que la mera existencia de un contexto epidémico no acredita por sí sola aquella finalidad legítima. De acuerdo con ello, habría que abordar, en tal contexto hipotético, el debate de los intereses generales o bienes públicos que se intentan proteger con tal medida, lo que esta sentencia deja extramuros de su argumentación principal, limitándose en exclusiva a la vertiente individual de la integridad personal y a las posibles limitaciones sobre su inexcusable contenido de libertad de autodeterminación.

Finalmente, como ya fue objeto de debate, que la obligación de vacunarse inexistente en España para los ciudadanos en general se extiende al ámbito laboral para las personas trabajadoras en particular -incluido el personal sanitario, cuya legislación específica prevé su vacunación como meramente voluntaria-. Dicho carácter voluntario convierte en ilegítimas cualesquiera decisiones empresariales apoyadas en la condición de no vacunado del empleador de que se trate, lo que no obsta la posible conexión con el ámbito de prevención de riesgos laborales que podría alterar la solución. En este último supuesto, el empleador sí puede e incluso debe adoptar medidas dirigidas a evitar contagios, en base a su obligación general de prevenir el riesgo laboral y la superior protección de la vida y salud del trabajador mismo, de sus compañeros de trabajo y aun de terceros con los que se relaciona en el medio laboral sobre su consentimiento.

**APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA
UNIÓN EUROPEA A LAS RELACIONES LABORALES JURÍDICO-PRIVADAS.
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SENTENCIA -SALA
PRIMERA- DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2023, KEOLIS AGEN (C-27122 Y
275/22)**

Por

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

josemaria.miranda@usc.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: La sentencia Keolis Agen del Tribunal de Justicia en 2023 aborda la cuestión del aplazamiento de vacaciones no disfrutadas y la compensación por la extinción del contrato en el ámbito laboral. Aunque estos temas pueden parecer comunes, la sentencia adquiere importancia por la manera en que el Tribunal incorpora y otorga un papel central a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal eleva la Carta a su máximo rango, estableciendo su aplicación directa e incondicional en relaciones de derecho privado, especialmente en el ámbito laboral. Esto significa que la Carta se aplica en contextos donde no esté explícitamente mencionada, permitiendo su invocación en situaciones que involucren relaciones laborales privadas. Al afirmar que la Carta se aplica independientemente de la naturaleza jurídica del empleador, el Tribunal amplía su alcance al sector privado, consolidando su importancia en el ámbito laboral. Este desarrollo tiene implicaciones significativas para el derecho laboral en la Unión Europea y plantea interrogantes sobre su posible expansión a otras áreas del Derecho del Trabajo en el futuro.

PALABRAS CLAVE: Directiva 2003/88/CE; ordenación del tiempo de trabajo; derecho a vacaciones anuales retribuidas; enfermedad de larga duración; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

SUMARIO: I. LA SENTENCIA.- II. EL COMENTARIO.

**APPLICATION OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE
EUROPEAN UNION TO PRIVATE LAW RELATIONSHIPS**

ABSTRACT: The Keolis Agen ruling of the Court of Justice in 2023 addresses the issue of postponement of untaken holidays and compensation for termination of contract. Although these issues may seem common, the ruling takes on importance for the way in which the Court incorporates and gives a central role to the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The Court elevates the Charter to its highest rank, establishing its direct and unconditional application in private law relationships, especially in the workplace. This means that the Charter

applies in contexts where it is not explicitly mentioned, allowing its invocation in situations involving private employment relationships. By affirming that the Charter applies regardless of the legal nature of the employer, the Court expands its scope to the private sector, consolidating its importance in the workplace. This development has significant implications for labor law in the European Union and raises questions about its possible expansion to other areas of Labour Law in the future.

KEYWORDS: Directive 2003/88/EC, organisation of working; right to paid annual holidays; long term illness; Charter of Fundamental Rights of the European Union.

SUMMARY: I. THE JUDGMENT.- II. THE COMMENT.

I. LA SENTENCIA

En los asuntos acumulados C-271/22 a C-275/22, que tienen por objeto cinco peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Conseil de prud'hommes d'Agen (Tribunal Laboral Paritario de Agen, Francia), mediante resoluciones de 14 de febrero de 2022, recibidas en el Tribunal de Justicia el 21 de abril de 2022, en los procedimientos entre XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (C-275/22) y Keolis Agen SARL, con intervención de: Syndicat national des transports urbains SNTU-CFDT,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. A. Arabadjiev, Presidente de Sala, y los Sres. T. von Danwitz (Ponente), P. G. Xuereb y A. Kumin y la Sra. I. Ziemele, Jueces; Abogada General: Sra. T. Čapeta; Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

(...)

oídas las conclusiones de la Abogada General, presentadas en audiencia pública el 23 de marzo de 2023; dicta la siguiente

Sentencia

1. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del 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 (DO 2003, L 299, p. 9), y del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

2. Estas peticiones se han presentado en el contexto de sendos litigios entre, por una parte, XT, KH, BX, FH y NW, demandantes en los litigios principales, y, por otra parte, Keolis Agen SARL, en relación con la negativa de esta a permitirles disfrutar de los días de vacaciones adquiridos que no pudieron hacer efectivos debido a bajas por enfermedad o a abonarles la compensación financiera por vacaciones no disfrutadas una vez finalizada su relación laboral.

Marco jurídico

(...)

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

8. Keolis Agen es una empresa privada, titular de una concesión de servicio público en el sector del transporte público de personas.

9. Algunos de los demandantes en los litigios principales están vinculados a esta empresa mediante contratos de trabajo de duración indefinida, mientras que otros estuvieron vinculados a ella antes de ser declarada su incapacidad laboral y de que se resolvieran sus contratos de trabajo.

10. Durante la vigencia de sus respectivos contratos de trabajo, los demandantes en los litigios principales causaron bajas por enfermedad por un período superior a un año. En consecuencia, solicitaron a Keolis Agen que les concediera los días de vacaciones anuales retribuidas que no habían podido disfrutar durante sus respectivos períodos de enfermedad y, en el caso de aquellos cuyos contratos se habían rescindido, una compensación financiera por los días de vacaciones no disfrutados. Estas solicitudes se presentaron menos de quince meses después de finalizar el período de devengo de un año que daba derecho a vacaciones anuales retribuidas y se limitaban únicamente a los derechos adquiridos durante, a lo sumo, dos períodos de devengo consecutivos.

11. Keolis Agen denegó dichas solicitudes sobre la base del artículo L. 3141-5 del Código del Trabajo alegando que las bajas laborales controvertidas en los litigios principales duraron más de un año y no fueron causadas por una enfermedad profesional.

12. Al considerar que esta denegación era contraria al Derecho de la Unión, y en particular al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 y al artículo 31, apartado 2, de la Carta, los demandantes en los litigios principales interpusieron un recurso ante el conseil de prud'hommes d'Agen (Tribunal Laboral Paritario de Agen, Francia), que es el órgano jurisdiccional remitente en los presentes asuntos.

13. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, por una parte, si los demandantes en los litigios principales pueden invocar el derecho a vacaciones anuales retribuidas previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 frente a Keolis Agen, a saber, una empresa privada, titular de una concesión de servicio público.

14. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente señala que el Derecho nacional no prevé expresamente un período de aplazamiento para los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante una baja laboral por enfermedad de larga duración. Ese órgano jurisdiccional recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en particular la derivada de la sentencia de 22 de noviembre de 2011, KHS (C-214/10, EU:C:2011:761), puede admitirse un período de aplazamiento de quince meses cuando el período de devengo que da derecho a vacaciones anuales retribuidas

es de un año. Afirma que el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia) también ha adoptado dicho período de quince meses en su jurisprudencia. En cambio, según el órgano jurisdiccional remitente, la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia) ha admitido, en su jurisprudencia, la posibilidad de un aplazamiento ilimitado de los derechos a vacaciones anuales retribuidas acumulados como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración. A la luz de estas divergencias jurisprudenciales, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, por un lado, qué se considera un período razonable de aplazamiento y, por otro, si, a falta de una disposición nacional que fije un límite a ese período, un período de aplazamiento ilimitado podría ser compatible con el Derecho de la Unión.

15. En estas circunstancias, el conseil de prud'hommes d'Agen (Tribunal Laboral Paritario de Agen) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 7, apartado 1, de la [Directiva 2003/88] en el sentido de que es aplicable directamente a las relaciones entre un operador privado de transporte que dispone de una única concesión de servicio público y sus trabajadores, teniendo en cuenta, en especial, la liberalización del sector de transporte ferroviario de pasajeros?

2) ¿Cuál es el período razonable de aplazamiento de las vacaciones retribuidas de cuatro semanas devengadas con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la [Directiva 2003/88], cuando el período de devengo del derecho a vacaciones retribuidas es de un año?

3) ¿Es efectivamente contraria al artículo 7, apartado 1, de la [Directiva 2003/88] la aplicación de un período de aplazamiento ilimitado a falta de una disposición nacional, establecida en una norma o en un convenio, que regule dicho aplazamiento?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Primera cuestión prejudicial

16. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que un trabajador puede invocar el derecho a vacaciones anuales retribuidas frente a su empleador, aun cuando este sea una empresa privada, titular de una concesión de servicio público.

17. Con carácter preliminar, conviene recordar que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 no está concebido, en principio, para ser invocado en un litigio entre particulares

(véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2015, Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, apartado 48).

18. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, esta disposición refleja y concreta el derecho fundamental a un período anual de vacaciones retribuidas, consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de septiembre de 2022, Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus, C-518/20 y C-727/20, EU:C:2022:707, apartado 26 y jurisprudencia citada).

19. Por consiguiente, la primera cuestión prejudicial debe examinarse no solo a la luz del artículo 7 de la Directiva 2003/88, sino también a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta.

20. Es importante recordar que, en virtud del propio texto del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88, los trabajadores dispondrán de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas. Este derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 2003/88 (sentencia de 22 de septiembre de 2022, Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus, C-518/20 y C-727/20, EU:C:2022:707, apartado 24 y jurisprudencia citada).

21. A este respecto, es preciso señalar que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados (sentencia de 22 de septiembre de 2022, Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus, C-518/20 y C-727/20, EU:C:2022:707, apartado 25 y jurisprudencia citada).

22. En este contexto, mientras que el artículo 31, apartado 2, de la Carta garantiza el derecho de todo trabajador a un período anual de vacaciones retribuidas, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 aplica este principio al fijar la duración de dicho período (sentencia de 22 de septiembre de 2022, Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus, C-518/20 y C-727/20, EU:C:2022:707, apartado 26 y jurisprudencia citada).

23. Pues bien, el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas que el artículo 31, apartado 2, de la Carta reconoce a todo trabajador se caracteriza porque su existencia ha sido establecida de forma imperativa y a la vez incondicional por cuanto, efectivamente, no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, las cuales únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho. De ello

se sigue que dicha disposición es suficiente por sí sola para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta (sentencia de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, apartado 74 y jurisprudencia citada).

24. Así pues, el artículo 31, apartado 2, de la Carta tiene por efecto, en particular por lo que respecta a las situaciones comprendidas en su ámbito de aplicación, que el juez nacional que conozca de un litigio entre un trabajador por cuenta ajena y su empresario, que tiene la condición de particular, debe abstenerse de aplicar una normativa nacional que vulnere el principio según el cual dicho trabajador no puede verse privado de un derecho adquirido a vacaciones anuales retribuidas al término del período de devengo o del período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando no ha podido disfrutar de sus vacaciones o, correlativamente, del derecho a la compensación financiera que las sustituye cuando se extingue la relación laboral, como un elemento consustancial al derecho a vacaciones anuales retribuidas (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, apartados 75 y 81).

25. En este contexto, consta que, en determinadas situaciones concretas en las que el trabajador no puede cumplir sus cometidos, los Estados miembros no pueden supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente (sentencia de 25 de junio de 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria e Iccrea Banca, C-762/18 y C-37/19, EU:C:2020:504, apartado 59).

26. Así sucede, en particular, con los trabajadores que durante el período de referencia se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad. En efecto, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que respecta al derecho a vacaciones anuales retribuidas, estos trabajadores se asimilan a los que durante dicho período han trabajado efectivamente (sentencia de 25 de junio de 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria e Iccrea Banca, C-762/18 y C-37/19, EU:C:2020:504, apartado 60).

27. Por lo tanto, en los casos de autos, los demandantes en los litigios principales pueden invocar frente a su empleador el derecho a vacaciones anuales retribuidas, consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta y concretado por el artículo 7 de la Directiva 2003/88, con independencia de su condición de empresa privada, titular de una concesión de servicio público, e incumbe al órgano jurisdiccional remitente abstenerse de aplicar una normativa nacional contraria a esas disposiciones del Derecho de la Unión.

28. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 31, apartado 2, de la Carta y el artículo 7 de la Directiva 2003/88 deben interpretarse en el sentido de que un trabajador puede invocar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, consagrado por la primera de estas disposiciones y concretado por la segunda, frente a su empleador, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que este sea una empresa privada, titular de una concesión de servicio público.

Segunda cuestión prejudicial

29. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita esencialmente al Tribunal de Justicia que defina el período de aplazamiento aplicable al derecho a vacaciones anuales retribuidas, contemplado en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, cuando el período de devengo es de un año.

(...)

33. En consecuencia, el Tribunal de Justicia es incompetente para responder a la segunda cuestión prejudicial.

Tercera cuestión prejudicial

34. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional o a una práctica nacional que, a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración, permite estimar las solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador una vez finalizado el período de devengo que da derecho a esas vacaciones.

Sobre la admisibilidad

35. El Gobierno francés y la Comisión consideran que la tercera cuestión prejudicial es inadmisibile.

36. Según el Gobierno francés, la exposición del marco normativo que facilita el órgano jurisdiccional remitente es inexacta y se basa, en particular, en una interpretación incorrecta de la jurisprudencia de la Cour de cassation (Tribunal de Casación), de la que no se desprende que el Derecho nacional permita el aplazamiento ilimitado de los derechos a vacaciones anuales retribuidas acumulados durante una baja laboral por enfermedad de larga duración. Dicho Gobierno sostiene que, a falta de disposición expresa en Derecho nacional a este respecto, debe aplicarse el plazo de prescripción ordinario de tres años, previsto en el artículo L. 3245-1 del Código del Trabajo. Por consiguiente, según el Gobierno francés, la cuestión prejudicial planteada tiene carácter hipotético y no guarda relación con la realidad de los litigios principales.

37. La Comisión, por su parte, recuerda, en particular, que XT, el demandante en el litigio principal en el asunto C-271/22, antes de su despido, había estado de baja laboral ininterrumpida del 9 de enero de 2017 al 31 de octubre de 2018, que su despido se produjo el 3 de diciembre de 2018 y que la solicitud de compensación financiera la había presentado el 3 de enero de 2019, es decir, un mes después de dicho despido y menos de trece meses después del período de devengo para los derechos a vacaciones retribuidas adquiridos en 2017. Así pues, según la Comisión, el litigio principal no requiere en modo alguno examinar la legalidad de un eventual aplazamiento ilimitado de los derechos a vacaciones anuales retribuidas, de modo que esta tercera cuestión prejudicial debe declararse inadmisibles debido a su carácter hipotético.

38. A este respecto, conviene recordar que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 15 de diciembre de 2022, Veejaam y Espo, C-470/20, EU:C:2022:981, apartado 51 y jurisprudencia citada).

39. En los casos de autos, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha definido claramente el marco fáctico y normativo en el que se inserta la tercera cuestión prejudicial, indicando las razones por las que considera que el Derecho nacional no establece un límite temporal al aplazamiento de los derechos a vacaciones anuales retribuidas. Además, ha expuesto claramente por qué es necesaria una respuesta a esta cuestión prejudicial para poder pronunciarse sobre el eventual aplazamiento de los derechos controvertidos en los litigios principales. En estas circunstancias, no resulta evidente que dicha cuestión prejudicial sea de naturaleza hipotética o que no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto de los litigios principales, de modo que no puede cuestionarse la presunción de pertinencia mencionada en el apartado anterior.

40. Dicho esto, de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que las solicitudes de los demandantes en los litigios principales se presentaron ante Keolis Agen menos de quince meses después del final del período de devengo de que se trata y que se limitaban a los derechos relativos a dos períodos de devengo consecutivos. Por consiguiente, procede considerar que la tercera cuestión prejudicial se

plantea únicamente a la luz de estas circunstancias, que se desprenden del contexto fáctico en el que fue planteada al Tribunal de Justicia.

41. De ello se deduce que la tercera cuestión prejudicial es admisible en la medida en que se refiere a solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después de finalizar el período de devengo que da derecho a tales vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos.

Sobre el fondo

42. Como se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordada en el apartado 31 de la presente sentencia, corresponde a los Estados miembros establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso de dicho derecho.

43. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la fijación de un período de aplazamiento para las vacaciones anuales aún no disfrutadas al finalizar el período de devengo de las mismas forma parte de las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, por lo que, en principio, es competencia de los Estados miembros (sentencia de 22 de noviembre de 2011, KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, apartado 25 y jurisprudencia citada).

44. Así, el Tribunal de Justicia ha precisado que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 no se opone, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas que atribuye expresamente esta Directiva, aun cuando tal normativa disponga incluso la pérdida de dicho derecho al término del período de devengo de las vacaciones anuales o del período de prórroga, siempre y cuando el trabajador que pierde el derecho a vacaciones anuales retribuidas haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva [sentencia de 22 de septiembre de 2022, LB (Prescripción del derecho a vacaciones anuales retribuidas), C-120/21, EU:C:2022:718, apartado 25 y jurisprudencia citada].

45. En efecto, según reiterada jurisprudencia, pueden establecerse limitaciones al derecho fundamental a vacaciones anuales retribuidas, consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, si se respetan los estrictos requisitos previstos en el artículo 52, apartado 1, de esta, a saber, que tales limitaciones sean establecidas por la ley, que respeten el contenido esencial de ese derecho y que, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión [véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de septiembre de 2022, Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus, C-518/20 y C-727/20,

EU:C:2022:707, apartado 33, y LB (Prescripción del derecho a vacaciones anuales retribuidas), C-120/21, EU:C:2022:718, apartado 36].

46. Así, en el contexto particular de trabajadores que no han podido ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debido a su baja laboral por enfermedad, el Tribunal de Justicia ha admitido tales limitaciones y ha declarado que, aun cuando un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios períodos de devengo consecutivos estuviera, en principio, facultado para acumular de modo ilimitado todos los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el período de su baja laboral, esa acumulación ilimitada ya no respondería a la finalidad misma del derecho a vacaciones anuales retribuidas (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de septiembre de 2022, *Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus*, C-518/20 y C-727/20, EU:C:2022:707, apartado 34 y jurisprudencia citada).

47. A este respecto, procede recordar que el derecho a vacaciones anuales retribuidas tiene una doble finalidad, que consiste en permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y que disponga de un período de ocio y esparcimiento, por otra. El derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido por un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad laboral durante varios períodos de devengo consecutivos solo puede responder a los dos aspectos de su finalidad si el aplazamiento no supera cierto límite temporal. En efecto, más allá de ese límite, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso y solo conservan su condición de período de ocio y esparcimiento (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de noviembre de 2011, *KHS*, C-214/10, EU:C:2011:761, apartados 31 y 33, y de 22 de septiembre de 2022, *Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus*, C-518/20 y C-727/20, EU:C:2022:707, apartado 27 y jurisprudencia citada).

48. Así pues, habida cuenta de las circunstancias en las que se encuentra un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios períodos de devengo consecutivos, el Tribunal de Justicia ha declarado que, teniendo en cuenta no solo la protección del trabajador que persigue la Directiva 2003/88, sino también la del empresario, que debe hacer frente al riesgo de una acumulación demasiado prolongada de períodos de ausencia del trabajador y a las dificultades que estos podrían causar para la organización del trabajo, el artículo 7 de la citada Directiva no se opone a disposiciones o prácticas nacionales que limiten la acumulación de los derechos a vacaciones anuales retribuidas por un período de aplazamiento a cuya expiración se extingan esos derechos, siempre que dicho período de aplazamiento garantice en particular que el trabajador pueda disfrutar, si fuera preciso, de períodos de descanso susceptibles de ser escalonados, planificables y disponibles a más largo plazo, y rebase

sustancialmente la duración del período de devengo por el que se concede (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de mayo de 2012, Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, apartado 41, y de 22 de septiembre de 2022, Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus, C-518/20 y C-727/20, EU:C:2022:707, apartado 36 y jurisprudencia citada).

49. En particular, por lo que respecta a los períodos de devengo de un año de duración, el Tribunal de Justicia ha considerado que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 no se opone a disposiciones o prácticas nacionales que limitan, en virtud de un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones, debido a que tales disposiciones o prácticas nacionales no perjudican la finalidad de ese derecho (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2011, KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, apartados 43 y 44).

50. En los casos de autos, se ha señalado en el apartado 40 de la presente sentencia que, si bien el órgano jurisdiccional remitente ha indicado que el Derecho nacional no establece expresamente un límite temporal para el aplazamiento de los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos debido a una baja laboral por enfermedad de larga duración, también se desprende de sus indicaciones que las solicitudes de los demandantes en los litigios principales se presentaron ante Keolis Agen menos de quince meses después del final del período de devengo de que se trata y se limitaban a los derechos relativos a dos períodos de devengo consecutivos.

51. Dado que, en virtud del artículo 7 de la Directiva 2003/88, corresponde a los Estados miembros establecer las condiciones de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas y, a este respecto, introducir límites temporales al aplazamiento de este derecho cuando ello resulte necesario para que no se desvirtúe la finalidad del citado derecho, respetando los requisitos recordados en el apartado 45 de la presente sentencia, puesto que los Estados miembros deben velar, en particular, por que tales límites se establezcan por ley, dicho artículo no se opone a que una normativa o una práctica nacional permita estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas menos de quince meses después del final del período de devengo de que se trate y limitadas únicamente a los derechos adquiridos y no ejercidos durante dos períodos de devengo consecutivos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración.

52. En efecto, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en los apartados 47 y 48 de la presente sentencia, procede señalar, por una parte, que tal aplazamiento no desvirtúa la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, puesto que dichas

vacaciones conservan su condición de tiempo de descanso para el trabajador de que se trate, y, por otra parte, que no parece que ese aplazamiento pueda exponer al empleador al riesgo de una acumulación demasiado elevada de períodos de ausencia del trabajador.

53. Así pues, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional o a una práctica nacional que, a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración, permite estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos.

Costas

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1). El artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador puede invocar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, consagrado por la primera de estas disposiciones y concretado por la segunda, frente a su empleador, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que este sea una empresa privada, titular de una concesión de servicio público.

2). El artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional o a una práctica nacional que, a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración, permite estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos.

II. EL COMENTARIO

2023 fue un año estándar en el número de pronunciamientos en materia social del Tribunal de Justicia. El *Bundesarbeitsgericht* alemán continuó su poderosa tendencia como órgano supremo en constante diálogo con el Tribunal de Justicia. En cambio, hubo un notable descenso de cuestiones prejudiciales originadas en España, en contraste con años anteriores. Su contenido no fue particularmente relevante, lo que conduce a buscar una sentencia particularmente memorable de 2023 fuera de nuestras fronteras.

En el ámbito social, pocas cuestiones específicas han dado lugar a tanta jurisprudencia como la regulación de los permisos retribuidos, primero en el artículo 7 de la Directiva 93/104/CE y ahora en la Directiva 2003/88/CE. Han pasado más de dos décadas desde la primera sentencia, el asunto *BECTU* (C-173/99), y es raro el año en el que no se resuelve una cuestión prejudicial sobre esta cuestión. De hecho, muchas todavía están pendientes de resolución en 2024.

En la sentencia de 9 de noviembre de 2023, *Keolis Agen*, el origen geográfico es Francia, el Conseil de prud'hommes d'Agen (asuntos acumulados C-271/22 a C-275/22). Se trata, una vez más, del aplazamiento por no haber disfrutado de las vacaciones dentro del año natural por enfermedad o de la compensación a la que se tiene derecho cuando es imposible por extinción del contrato, lo que es, en principio, un tema poco novedoso que justifique la elección como sentencia “estrella”.

La pertinencia de esta cuestión prejudicial se deriva de la primera de las tres preguntas planteadas al Tribunal de Justicia. En ella, el tribunal francés señaló sin ambigüedades el efecto directo del artículo 7 de la Directiva frente a una empresa privada, un concesionario de un servicio público. Esta circunstancia podría recordar a los lectores más experimentados el asunto *Pfeifer* (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01) sobre la duración del tiempo de trabajo semanal. Otro precedente cercano, ya en excedencia retribuida, sería el caso *Fenoll* (C-316/13). Sin embargo, la respuesta del Tribunal de Justicia ha tomado un camino completamente diferente.

En esta sentencia se eleva la Carta de los Derechos Fundamentales a su máximo rango, en línea con otras sentencias anteriores, como la *Bauer* (asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16), pero otorgándole pleno protagonismo. Y ello se debe a la clara intención del Tribunal de Justicia de utilizarla como texto aplicable: en la cuestión prejudicial no se hablaba de ella, sino más bien de la cuestión del ámbito de aplicación de la Directiva, como en el último caso citado.

La sentencia construye un sistema dual, como lo ha hecho en otras ocasiones: “el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas que el artículo 31, apartado 2, de la Carta reconoce a todo trabajador se caracteriza porque su existencia ha sido

establecida de forma imperativa y a la vez incondicional por cuanto, efectivamente, no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, las cuales únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho". En otras palabras, es la Carta la que establece el derecho a vacaciones, con toda la fuerza del Derecho originario; la directiva aplica ese principio fijando la duración de ese período.

Esto debe aplicarse en la práctica independientemente de la naturaleza jurídica del empleador. La sentencia afirma claramente: "siendo irrelevante a este respecto el hecho de que este sea una empresa privada, titular de una concesión de servicio público". Éste es el punto clave. Con esta sentencia se disipan por completo posibles objeciones al efecto horizontal directo de la Carta. Ya no se trata del ámbito de aplicación de una Directiva, sino de la Carta, que el Tribunal de Justicia ancla en las relaciones de Derecho privado. Si en *Fenoll* la Carta no era aplicable por razones temporales, aquí lo es plenamente; si en *Bauer* se trataba de un empleado público, aquí la respuesta llega al sector privado.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ha plantado su bandera, finalmente, en el territorio que le corresponde. Queda ahora abierta la cuestión de cuánto expandirá sus fronteras, suscitando su aplicación en otras materias, en la práctica del Derecho del Trabajo.

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INSULTOS A LA BANDERA NACIONAL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIA -SECCIÓN
QUINTA- DE 8 DE JUNIO DE 2023. FRAGOSO DA COSTA V. ESPAÑA
(DEMANDA 27926/21)**

Por

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

yolanda.maneiro@usc.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: La STEDH Fragoso Dacosta c. España condenó a ésta por la vulneración del derecho a la libertad de expresión reconocido y garantizado por el artículo 10 del Convenio, como consecuencia de la condena impuesta a un representante sindical por injurias a la bandera nacional en una base militar durante una protesta por el impago de salarios. Esta condena había sido confirmada por la STC 192/2020, que no consideró que las expresiones proferidas quedasen amparadas por el derecho a la libertad de expresión e ideológica. El TEDH falló en sentido contrario, atendiendo a la inexistencia de un discurso de odio o de incitación a la violencia, a la ausencia de disturbios o desórdenes derivados de tales expresiones y a que formaban parte del debate sobre un asunto de interés general.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; injurias a la bandera; ausencia de discurso de odio; incitación a la violencia; ausencia de desórdenes.

SUMARIO: I. LA SENTENCIA.- II. EL COMENTARIO.

FREEDOM OF EXPRESSION AND INSULTING THE NATIONAL FLAG

ABSTRACT: The ECHR Fragoso Dacosta v. Spain found Spain in violation of the right to freedom of expression recognised and guaranteed by Article 10 of the Convention, as a result of the conviction of a trade union representative for insulting the national flag at a military base during a protest over non-payment of wages. This conviction had been upheld by STC 192/2020, which did not consider that the expressions made were covered by the right to freedom of expression and ideology. The ECtHR ruled otherwise, taking into account the absence of hate speech or incitement to violence, the absence of disturbances or disorder resulting from such expressions and the fact that they were part of a debate on a matter of general interest.

KEYWORDS: Freedom of expression; insulting the national Flag; absence of hate speech; incitement to violence; absence of disorder.

SUMMARY: I. THE JUDGMENT.- II. THE COMMENT.

I. LA SENTENCIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), reunido en Sala formada por: Georges Ravarani, *Presidente* Mārtiņš Mits, Stéphanie Mourou-Vikström, Lado Chanturia, María Elósegui, Mattias Guyomar, Kateřina Šimáčková, *Jueces*, y Martina Keller, *Secretaria de Sección adjunta*,

Teniendo en cuenta la demanda (nº 27926/21) interpuesta contra el Reino de España el 14 de mayo de 2021 ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio"), por un ciudadano español, Sr. Pablo Fragoso Dacosta ("el demandante"); la decisión de poner dicha demanda en conocimiento del Gobierno español ("el Gobierno"); las observaciones de las partes,

Tras deliberar a puerta cerrada el 4 de abril y el 9 de mayo de 2023, dicta la siguiente sentencia adoptada en esta última fecha:

INTRODUCCIÓN

1. La demanda se refiere a la presunta vulneración del derecho del demandante a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 del Convenio, como consecuencia de su condena por un delito de injurias a la bandera española.

HECHOS

2. El demandante nació en 1986 y reside en Vedra. Estuvo representado por M. J. Arias Eibe, letrado en ejercicio en Fene.

3. El Gobierno estuvo representado por su Agente, A. Brezmes Martínez de Villarreal.

4. Los hechos del caso pueden resumirse como sigue.

5. En el momento de los hechos, el Arsenal Militar de Ferrol, una base militar dependiente del Ministerio de Defensa, se vio envuelto en un conflicto sobre el impago de salarios a los trabajadores de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones de Defensa. En respuesta a dicho impago, el personal de la empresa de limpieza se declaró en huelga desde octubre de 2014 hasta marzo de 2015. En ese periodo, los trabajadores, junto a algunos representantes sindicales, celebraron concentraciones diarias frente al Arsenal (es decir, su lugar de trabajo), gritando consignas relacionadas con sus protestas (tales como "la bandera no paga las facturas"), con pitidos y, en general, haciendo ruido. Dichas protestas coincidían con el izado diario de la bandera en presencia de los militares.

6. El 28 de octubre de 2014, el Almirante Jefe del Arsenal remitió una carta al secretario de la *Confederación Intersindical Galega*, un sindicato gallego, protestando por la falta de respeto de los manifestantes hacia la bandera. El 29 de octubre el

demandante, representante del mencionado sindicato, participó en una reunión con el Almirante, quien le pidió “rebajar el tono” de las protestas durante el izado de la bandera.

7. A las 8 de la mañana del 30 de octubre de 2014 el demandante, junto a una treintena de manifestantes, se encontraba frente al Arsenal en el momento del izado solemne de la bandera cuando, a través de un megáfono, gritó: “*aquí tedes o silencio da puta bandeira*” [“aquí tenéis el silencio de la puta bandera”] y “*hai que prenderlle lume á puta bandeira*” [“hay que prenderle fuego a la puta bandera”]. No hubo ningún otro incidente.

8. El 6 de febrero de 2015 el demandante fue acusado, con arreglo al artículo 543 del Código Penal, de un delito de ultrajes a España.

9. El 22 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ferrol condenó al demandante por los cargos imputados. Declaró que las expresiones se hicieron públicamente en presencia del personal militar con la intención de mostrar desprecio u ofender, y señaló que, en sendas reuniones celebradas en días anteriores, las autoridades militares pidieron expresamente al demandante que “rebajara” el tono de su protesta durante la ceremonia solemne. Añadió que, aunque un sector de la doctrina se muestra partidaria de despenalizar este delito en cuestión, los jueces están sujetos a la ley penal siempre que concurren los elementos de tipo mencionado. Condenó al demandante a una multa de 1.260 euros, que podía sustituirse por la privación de libertad en caso de impago.

10. El demandante recurrió ante la Audiencia Provincial de A Coruña, alegando una injerencia desproporcionada con el derecho a la libertad ideológica y a la libertad de expresión.

11. El 8 de febrero de 2018, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la condena impuesta en primera instancia, declarando concretamente que el personal militar había experimentado “un intenso sentimiento de humillación” por las expresiones proferidas por el demandante.

12. El 1 de marzo de 2019, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ferrol declaró extinguida la responsabilidad personal subsidiaria del demandante tras haber satisfecho la obligación de pago de la multa.

13. El 27 de marzo de 2018, el demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración de sus derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión.

14. El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de amparo por providencia de 25 de febrero de 2019, tras apreciar que concurría en el mismo una “especial trascendencia constitucional”.

15. El 7 de mayo de 2019, el Ministerio Fiscal interesó del Tribunal Constitucional la estimación del recurso de amparo, alegando que la condena penal había sido desproporcionada y que los tribunales en primera y segunda instancia no habían ponderado adecuadamente ciertos aspectos esenciales del asunto, tales como el contexto y la finalidad del mensaje.

16. El 15 de diciembre de 2020, el Tribunal Constitucional, por seis votos a cinco, desestimó el recurso de amparo. Expuso que en principio su función consistía en verificar si las sentencias impugnadas ponderaron la libertad de expresión del demandante con la protección del interés general que suponen la defensa de los símbolos del Estado. Observó que las expresiones del demandante no se habían referido a los impagos de salarios objeto de las protestas, que dichas declaraciones se hicieron en el contexto de una ceremonia solemne, y que algunos de los manifestantes las habían rechazado, diciendo “no, eso no”. El Tribunal Constitucional concluyó que las expresiones transmitían un sentimiento de intolerancia y que por tanto no estaban protegidas por la libertad de expresión, así como que la sanción impuesta al demandante fue proporcionada. En lo que aquí resulta relevante, la sentencia decía lo siguiente:

“En suma, el control de constitucionalidad que a este Tribunal corresponde llevar a cabo en este tipo de supuestos debe quedar limitado, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal -que, en su caso, podrían ser objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)-, a verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales” (...).

Consideran las sentencias impugnadas que aquellas expresiones, proferidas por el recurrente en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional, constituyen ultrajes de palabra a la bandera española, realizados con publicidad, que no pueden entenderse amparados en la libertad de expresión. Ello, a diferencia de lo que sucedió con otras consignas que se gritaron en concentraciones celebradas en días anteriores, acaecidas en el mismo lugar, a la misma hora y con ocasión del mismo acto.

Se razona en las sentencias que el encausado actuó con ánimo de menospreciar o ultrajar, por cuanto las expresiones proferidas constituyeron su concreta respuesta a una

previa solicitud de la autoridad militar a los representantes sindicales de los trabajadores, para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando desde hacía meses ante el establecimiento militar durante el izado de la bandera nacional (...).

Sin embargo, los hechos declarados probados en la vía judicial previa aportan una serie de elementos que no pueden escapar a nuestra valoración:

(i) El momento en que las expresiones fueron proferidas: Se trataba del momento del izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y la guardia militar en posición de arma presentada, es decir, la ceremonia más solemne de todas las que tienen lugar en un acuartelamiento militar, en la que se hace un acto de especial respeto y consideración a símbolos del Estado, en este caso a la bandera y al himno nacional.

(ii) La utilización del término *"puta"* para calificar a la *"bandeira"* y, además, ambas palabras insertadas en la expresión *"hai que prenderlle lume á puta bandeira"*, que nunca fue utilizada hasta aquel momento por las personas concentradas, según se deduce de los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales impugnadas.

(iii) La innecesariedad de las dos expresiones proferidas para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados.

(iv) La falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con la reivindicación laboral que estaban llevando a efecto las personas concentradas.

(v) Además del "intenso sentimiento de humillación" que, según refiere la sentencia de apelación, sufrieron los militares presentes en el acto, también la manifestación de algunas de las trabajadoras participantes en la concentración, que dijeron "no, eso no".

(...)

Uno de los dos mensajes difundidos (...) sólo sirvió para transmitir a la opinión pública la idea de que había que prenderle fuego a la "puta bandera", sin añadir ninguna otra palabra más que asociara ese expresado deseo a las reivindicaciones laborales defendidas en la concentración. Este dato es relevante para nuestro enjuiciamiento toda vez que se trataba de expresiones proferidas por el demandante, singulares y aisladas del resto de los actos de concentración y de las consignas expresadas en los mismos, que no guardaban relación con lo que defendían los concentrados. El recurrente, a quien, conforme a los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales impugnadas, le son imputadas las frases proferidas y que sostiene haber participado en

la concentración como miembro de un sindicato nacionalista, tampoco ha justificado en la demanda cuál habría podido ser el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender. Esta carga, que correspondía al recurrente, no puede ser suplida por este Tribunal.

También son relevantes, para el enjuiciamiento de este caso, otros dos elementos:

En primer lugar, el contexto en que aquellas frases fueron proferidas. Si bien, hasta aquella y en jornadas posteriores, las personas concentradas eligieron el momento y el lugar que, a juicio, era el más relevante para hacer del público conocimiento sus reivindicaciones laborales, esto es el del acto de izado de la bandera, con la guardia formada e interpretación del himno nacional, tales actos no han sido objeto de enjuiciamiento por la jurisdicción penal, al hallarse amparados por la libertad de expresión. Sin embargo, este mismo contexto cobra, también, especial importancia para nuestro enjuiciamiento porque, precisamente, en aquella jornada y única ocasión, el demandante se sirvió del referido momento solemne para proferir aquellas expresiones, innecesarias y desvinculadas de la reivindicación laboral.

Y, en segundo término, aunque íntimamente conectado con el anterior elemento, es preciso valorar, también, que cuando se escucharon aquellas expresiones en alta voz, algunas de las personas concentradas declararon "no, eso no" (así lo recoge la sentencia del Juzgado de lo Penal). Tales palabras reflejan el sentimiento de aquellas personas, participantes en la concentración, que no compartieron lo que el demandante había dicho y expusieron el expreso rechazo a aquellas con su negación....

Pero, si a dichas palabras y en una de las dos frases pronunciadas, quien las profiere utiliza los términos "*hai que prenderlle lume*" (...) las expresiones realizadas configuran el conjunto de un mensaje que conlleva una carga, no sólo de rechazo hacia la simbología política que representa la enseña nacional y, por tanto, menospreciativa de los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella, sino también, lo que revela es el mensaje de beligerancia que mostró el recurrente hacia los principios y valores que aquella representa.

Además, la expresión de ese deseo supone, no ya el de la mera destrucción material de la bandera por el fuego, sino también la difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios.

(...)

No se trataba, por tanto, de una crítica hacia personas que, por su función, están sometidas a un especial escrutinio ciudadano, en el contexto de una concentración

antimonárquica y de protesta por la visita de los reyes a una ciudad, como ocurrió en el precitado asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España* [nº 51168/15 y 51186/15, de 13 de marzo de 2018] sino de unas expresiones objetivamente ofensivas hacia un símbolo, la enseña nacional, en un marco reivindicativo completamente ajeno a los valores que la bandera representa.

En el caso de autos, el contexto es muy diferente, puesto que no tiene lugar en el ámbito de un conflicto político entre Estados independientes, en el que ciudadanos de uno de los Estados partícipes del conflicto queman la bandera y una imagen del presidente del otro Estado, por su repulsa a este y no al Estado propio. En el caso presente no partimos, por fortuna, de aquel supuesto de violencia y de hostilidad hacia el símbolo de otro Estado en conflicto con el propio, en que hubo de situarse el Tribunal Europeo. Ahora, el presupuesto de hecho es muy distinto pues se trataba de una concentración pacífica por motivos laborales que tenía lugar frente a unas instalaciones militares, y en la que, en un momento determinado, una de las personas participantes, actuó individualmente y profirió dos frases contra la bandera de España que eran innecesarias para los fines reivindicativos laborales que defendían los concentrados y que ninguna relación guardaba con aquellas reclamaciones. Incluso alguna de las personas concentradas mostró su rechazo expresamente, en signo de disconformidad con aquellas expresiones.

Cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión.

(...)

Con fundamento en los presupuestos de hecho que ahora enjuiciamos, hemos de adelantar que la conducta del recurrente queda fuera del ámbito protector de los derechos a la libertad de expresión e ideológica invocados por aquél y que no es posible apreciar, siquiera, una mera extralimitación en los medios empleados en el contexto de un ejercicio, en principio legítimo, de aquel derecho. En el caso de autos, lo que hizo el recurrente fue invocar de forma retórica el ejercicio de aquellos derechos para pretender justificar su conducta materializada en las expresiones proferidas contra la bandera de España. Tales expresiones incorporaban términos, que unido contenían en sí mismos significaciones de menosprecio (*aquí tedes o silencio da puta bande. hai que prenderlle*

lume á puta bandeira); resultaban innecesarios y, además, habían proferidos, al margen del contexto y sin vinculación alguna al objetivo legítimo de formular reivindicaciones laborales, provocando, incluso, sentimientos de rechazo por parte de algunas de las personas que secundaban la protesta. Finalmente, tampoco el recurrente, en su demanda de amparo, ha explicado cuál era el objetivo que perseguía al utilizar los términos empleados y cuál la eventual relación de las frases pronunciadas con las reivindicaciones laborales que ha alegado defender.

En consecuencia, ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre.

(...)

Con fundamento, pues, en estos antecedentes hemos de llegar a la conclusión de que la respuesta punitiva aplicada al recurrente resultó proporcionada a la entidad de la conducta delictiva apreciada. La pena de multa (...) fue aplicada en su grado mínimo; la cuota diaria asignada (...), era adecuada a su capacidad económica, (...); y, finalmente, la responsabilidad personal subsidiaria no ha llegado a tener efecto”.

MARCO JURÍDICO RELEVANTE

17. Las disposiciones pertinentes de la Constitución Española establecen lo siguiente:

Artículo 16

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Artículo 20

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

(...)

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Artículo 28

“1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su

ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

18. La disposición pertinente del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) establece lo siguiente:

Artículo 543

“Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”.

LEGISLACIÓN

I. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO

19. El demandante se quejó de que la condena impuesta vulneró su derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del Convenio, cuyas partes pertinentes dicen lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...).

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

A. Admisibilidad

20. En el presente caso, si bien algunas de las conclusiones del Tribunal Constitucional pueden interpretarse en el sentido de cuestionar la aplicabilidad del artículo 10 del Convenio (véase los párrafos 16 supra y 27 infra), el Tribunal observa que dicha aplicación no ha sido impugnada por el Gobierno, por lo que, igual que las partes, considera que dicha disposición es sin duda aplicable. El Tribunal además indica que la

reclamación no está manifiestamente mal fundada ni es inadmisibile por ningún otro motivo de los relacionados al artículo 35 del Convenio. Por tanto, debe ser declarada admisible

B. Fondo

1. Alegaciones de las partes

21. El demandante alega que incluso si el lenguaje utilizado hubiese sido agresivo, los tribunales internos deberían haber tenido en cuenta el contexto en el que se realizaron dichas expresiones. Destacó que sus declaraciones se hicieron contra un símbolo y no incitaron a la violencia ni provocaron alteraciones del orden público. El demandante argumentó que la injerencia no había perseguido un “objetivo legítimo” en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. Finalmente, afirmó que las declaraciones debían ser interpretadas como expresión simbólica de una insatisfacción.

22. El Gobierno aceptó que la condena impuesta al demandante suponía una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. Argumentó que la injerencia estaba “prevista por la ley” y perseguía un fin legítimo, es decir, “proteger un símbolo común de todos los miembros de una nación, cuál es su bandera o enseña nacional, sin perjuicio de que puedan coexistir muchas otras banderas de naciones o regiones que conviven dentro de dicho Estado”. Alegó que los tribunales internos tuvieron debidamente en cuenta las circunstancias del asunto concluyendo que la injerencia había sido proporcionada y por tanto “necesaria en una sociedad democrática”. El Gobierno aportó un informe sobre la existencia de delitos similares en el sistema jurídico interno de los Estados miembros del Consejo de Europa. Además, observó que la posibilidad de que la multa fuese sustituida por la privación de libertad era muy improbable.

2. Valoración del Tribunal

23. El Tribunal indica que las partes no cuestionan que la sanción impuesta al demandante supuso una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. Dicha injerencia constituye una violación del artículo 10 a no ser que esté “prevista por la ley”, persiga uno o más objetivos legítimos establecidos en dicha disposición, y sea “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar dichos objetivos (véase *NIT S.R.L. c. la República de Moldavia* [GS], nº 28470/12, § 151, de 5 de abril de 2022).

24. El Tribunal entiende que la injerencia denunciada estaba “prevista por la ley”, es decir, por el artículo 543 del Código Penal español, que prevé, por elección del Parlamento español, la tipificación de ciertas conductas que pueden ultrajar los símbolos de España y que se consideran perjudiciales para los sentimientos de la sociedad española. Respecto al objetivo legítimo, el Gobierno se refirió a la protección de “un símbolo común a todos los miembros de una nación”. Dada la importancia de promover la cohesión social, el Tribunal acepta que esto corresponde al objetivo legítimo de proteger los “derechos de otros”, al que hace referencia el segundo párrafo del artículo 10 (compárese *Murat Vural c. Turquía*, nº 9540/07, § 60, de 21 de octubre de 2014; *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GS], nº. 48876/08, § 78, TEDH 2013; y *NIT S.R.L.*, anteriormente citada, § 175)

25. Para ello, la valoración del Tribunal se centrará en establecer si la pena impuesta al demandante era “necesaria en una sociedad democrática”. Los principios generales pertinentes están consolidados en la jurisprudencia del Tribunal (para un resumen reciente, véase *NIT S.R.L.*, citado anteriormente, § 177).

26. Respecto a las circunstancias del presente asunto, el Tribunal señala que el demandante, miembro de un sindicato que había proferido sendas expresiones malsonantes utilizando un megáfono en una protesta pacífica contra el impago de salarios, fue declarado culpable de haber ultrajado la bandera española y fue sancionado por ello. El Tribunal subraya que las expresiones denunciadas no se dirigían a una persona sino a un símbolo (compárese *Otegi Mondragón c. España*, nº 2034/07, TEDH 2011, y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, nº 51168/15 y 51186/15, de 13 de marzo de 2018, en el que los demandantes fueron condenados por haber insultado al rey de España, en el primer caso, y por haber prendido fuego a una fotografía de los reyes, en el segundo).

27. El Tribunal Constitucional consideró que las manifestaciones del demandante quedaban fuera del derecho a la protección de la libertad de expresión con arreglo al artículo 20 de la Constitución, ya que eran indudablemente injuriosas para un símbolo nacional, mostraban hostilidad y falta de respeto hacia dicho símbolo en un contexto absolutamente ajeno a los valores que representa, y eran innecesarias y ajenas a las reclamaciones sobre el impago de salarios (véase el apartado 16 supra). Al respecto, el Tribunal reitera que es consciente de su papel esencialmente subsidiario establecido por el Convenio, según el cual los Estados contratantes tienen la responsabilidad fundamental de garantizar los derechos y libertades proclamados en el Convenio y en sus Protocolos (véase *Dubská y Krejzová c. la República Checa* [GS], nº 28859/11 y 28473/12, § 175, de 15 de noviembre de 2016). En principio, las autoridades nacionales están mejor posicionadas que el juez internacional para evaluar el significado e impacto

de las injurias, en concreto cuando se dirigen a un símbolo nacional. No obstante, señala asimismo que el principio de subsidiariedad impone una responsabilidad compartida entre los Estados parte y el Tribunal, y que las autoridades y tribunales nacionales deben interpretar y aplicar el Derecho interno de manera que dote de pleno efecto al Convenio (véase *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia* [GS], nº 26374/18, § 250, de 1 de diciembre de 2020). De ello se desprende que, si bien corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, y en concreto a los órganos jurisdiccionales, interpretar y aplicar la legislación interna, corresponde en última instancia al Tribunal establecer si la forma en que se interpreta y aplica dicha legislación produce efectos compatibles con el Convenio (ibid.).

28. En las circunstancias del presente caso, el Tribunal se remite a su posición consolidada respecto a que la libertad de expresión se aplica no sólo a la “información” o a las “ideas” que se reciben de forma favorable o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, escandalizan o molestan al Estado o a cualquier otro sector de la población (véanse *Handyside c. el Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, § 49, Serie A nº 24, y *Handzhiyski c. Bulgaria*, nº 10783/14, § 58, de 6 de abril de 2021). No obstante, el Tribunal ha declarado que debe establecerse una distinción clara entre la crítica y los insultos y que, en algunas circunstancias, si la única intención de cualquier forma de expresión es injuriar una institución o a una persona, una sanción adecuada no supondría en principio una violación del artículo 10.2 del Convenio (véase *Skalka c. Polonia*, nº 43425/98, § 34, de 27 de mayo de 2003). En cualquier caso, incluso en este tipo de asuntos, el Tribunal, en el ejercicio de su competencia de control, debe examinar la injerencia impugnada a la vista del caso en su conjunto, incluyendo el contenido de las observaciones formuladas en contra del demandante y el contexto en el que se realizaron, y establecer si la injerencia en cuestión es “proporcionada a los objetivos legítimos” y si los motivos alegados por parte de las autoridades nacionales para justificarlos son “relevantes y suficientes” (ibid., § 35).

29. El Tribunal acepta que lenguaje utilizado por el demandante puede considerarse provocativo, y el uso de improperios gratuito. Sin embargo, afirma que no hay indicios de desorden o disturbios tras las declaraciones del demandante. Ni la Audiencia Provincial ni el Gobierno intentaron justificar la condena del demandante haciendo referencia a la incitación a la violencia o al discurso del odio. Aunque el Tribunal Constitucional se refirió a un “sentimiento de intolerancia” transmitido por el demandante, no analizó si existían motivos suficientes para considerar que sus declaraciones suponían una incitación al odio, tales como la existencia de un trasfondo político o social o la capacidad de dichas declaraciones de tener consecuencias perjudiciales (véanse *Perinçek c. Suiza* [GS], nº 27510/08, §§ 204-07, TEDH 2015, y *Erkizia Almandoz c. España*, nº 5869/17, § 40, de 22

de junio de 2021). El Tribunal además tiene en cuenta el hecho de que los comentarios se hicieron oralmente durante una protesta, por lo que el demandante no tuvo posibilidad de reformularlos, redefinirlos o de retractarse (véase *Otegi Mondragón*, citada anteriormente, § 54, y *Fuentes Bobo c. España*, nº 39293/98, § 48, de 29 de febrero de 2000), y observa que el Gobierno no ha alegado que las declaraciones tuvieran una amplia repercusión pública.

30. Por otro lado, el Tribunal considera que el presente caso se diferencia de aquellos en los que la libertad de expresión se ha contrapuesto al derecho al respeto a la vida privada de un individuo (véanse, entre otros precedentes, *Axel Springer AG c. Alemania* [GS], nº. 39954/08, de 7 de febrero de 2012; *Von Hannover c. Alemania* (nº 2) [GS], nº 40660/08 y 60641/08, TEDH 2012; y *Mesić c. Croacia*, nº 19362/18, de 5 de mayo de 2022). Si bien el Tribunal está dispuesto a aceptar que las declaraciones provocativas dirigidas contra un símbolo nacional pueden herir la sensibilidad de las personas, el daño causado en su caso es de un carácter diferente comparado con aquel provocado por el ataque a la reputación de un individuo concreto. En el presente caso, si bien la Audiencia Provincial declaró que el personal militar había experimentado “un intenso sentimiento de humillación” (véase el párrafo 10 supra), lo cierto es que las manifestaciones del demandante no iban dirigidas a una persona o a un colectivo. El Tribunal también observa que las declaraciones del demandante no produjeron daño personal o material alguno, el procedimiento penal se inició únicamente a iniciativa del Ministerio Fiscal (institución que, en el procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional, solicitó la admisión del recurso de amparo) y que no se interpuso ninguna demanda civil en relación con las declaraciones del demandante (véase *Fuentes Bobo*, anteriormente citada, § 48).

31. El Tribunal no puede aceptar la afirmación del Gobierno y del Tribunal Constitucional de que las declaraciones del demandante no guardaban relación alguna con las protestas. Indica que las autoridades militares pidieron expresamente al demandante “rebajar el tono” de su protesta durante la ceremonia solemne (véanse los párrafos 6 y 9 supra). Puede también considerarse que las referencias del demandante al silencio de la bandera (véase el párrafo 7 supra) estaban relacionadas con dicha petición, tal y como se indica en la sentencia del juzgado de lo penal, y suponer una expresión de frustración en contra de dicha petición. El Tribunal considera que no puede adivinar las intenciones del demandante, pero indica que sus declaraciones podrían ser consideradas razonablemente no como meras ofensas, sino como una crítica y una expresión de protesta y descontento contra el personal militar en su calidad de empleadores de los trabajadores de la compañía de limpieza (véanse, *mutatis mutandis*, *Fuentes Bobo*, anteriormente citada, § 48, sobre declaraciones ofensivas contra

empleadores; *Stern Taulats y Roura Capellera*, anteriormente citada, § 38; y *Genov y Sarbinska c. Bulgaria*, nº 52358/15, § 82, de 30 de noviembre de 2021).

32. El Tribunal observa asimismo que el demandante era un representante sindical que realizó las declaraciones durante una protesta en contra del impago de salarios. Puede por tanto admitirse que se trataba de un debate sobre una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa de limpieza (véase, *mutatis mutandis*, *Palomo Sánchez y otros c. España* [GS], nº 28955/06 y otras 3, § 72, TEDH 2011). En este sentido, el Tribunal reitera que los miembros de un sindicato deben poder expresar a su empleador las reivindicaciones con las que pretenden mejorar la situación de los trabajadores de su empresa (ibíd., § 56; véase también, *mutatis mutandis*, *Straume c. Letonia*, nº 59402/14, § 103, de 2 de junio de 2022). Asimismo, si bien cualquier individuo que participa en un debate público de interés general, como en el caso del demandante, no debe sobrepasar ciertos límites, concretamente en lo que se refiere al respeto de la reputación y los derechos de otros, se permite cierto grado de exageración o incluso de provocación; es decir, se permite cierto grado de exceso (véase *Otegi Mondragon*, anteriormente citada, § 54).

33. Finalmente, el Tribunal observa que el demandante fue condenado a pagar una multa de 1.260 euros, que podía ser sustituida por la privación de libertad en caso de impago. En opinión del Tribunal, el importe de la multa impuesta al demandante era considerable y el hecho de que se podía imponer la privación de libertad como pena alternativa es particularmente relevante (véase *Benítez Moriana e Iñigo Fernández c. España*, nº 36537/15 y 36539/15, §§ 49 y 59, de 9 de marzo de 2021, y *Rodríguez Ravelo c. España*, nº. 48074/10, § 44, de 12 de enero de 2016). Aunque, en principio, corresponde a los tribunales nacionales fijar la pena, a la vista de las circunstancias del caso concreto existen criterios comunes que el Tribunal debe garantizar de conformidad con el principio de proporcionalidad. Estos criterios son el grado de culpabilidad del interesado, la gravedad de la infracción y la reincidencia (véase *Skalka*, antes citada, § 41). Las consideraciones anteriores son suficientes para permitir al Tribunal concluir que la pena impuesta al demandante, en las circunstancias concretas de este caso, fue desproporcionada en relación con el objetivo perseguido.

34. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Tribunal no está convencido de que las autoridades nacionales hayan alcanzado un equilibrio justo entre los intereses relevantes en juego al condenar al demandante e imponerle una sanción excesiva. En consecuencia, se ha producido una violación del artículo 10 del Convenio.

II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

35. El artículo 41 del Convenio establece que:

“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

36. El demandante reclamó 19.260 euros en concepto de daños materiales y morales. No reclamó cantidad alguna en concepto de costas.

37. El Gobierno solicitó del Tribunal que desestimase la demanda de satisfacción equitativa. Afirmó que en caso de que se declarase una violación del Convenio, el demandante podría reclamar a las autoridades nacionales el reembolso del importe de la multa, y la cantidad reclamada en concepto de daños morales era desorbitada.

38. El Tribunal aprecia un vínculo de causalidad entre la violación constatada y el daño material reclamado, ya que se condenó al demandante a pagar una multa de 1.260 €. En consecuencia, concede dicho importe al demandante. Además, el Tribunal señala que la condena del demandante podría tener un efecto disuasorio en el ejercicio de su libertad de expresión. Teniendo en cuenta las circunstancias concretas del asunto, es decir, el contexto de conflicto laboral y la condición del demandante como representante sindical, el Tribunal le concede 6.000 euros en concepto de daños morales, más cualquier impuesto exigible.

POR CUANTO ANTECEDE, EL TRIBUNAL POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;
2. *Afirma* que se ha vulnerado el Artículo 10 del Convenio;
3. *Afirma*:

a) que el Estado demandado deberá abonar al demandante, en un plazo de tres meses desde la firmeza de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, los siguientes importes:

(i) 1.260 euros (mil doscientos sesenta euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños materiales;

(ii) 6.000 euros (seis mil euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales;

b) que, desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento.

4. *Desestima* el resto de la satisfacción equitativa reclamada por el demandante.

Redactado en inglés, y notificado por escrito el 8 de junio de 2023, de conformidad con las reglas 77.2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

Martina Keller
Secretaria de Sección Adjunta

Georges Ravarani
Presidente

II. EL COMENTARIO

Entre las sentencias dictadas en 2023 por el TEDH, la sentencia *Fragoso Dacosta c. España*, de 8 de junio de ese mismo año, presenta un particular interés por varios motivos. El primero y obvio por su origen español, que comparte con otras -casos *Valverde Digon c. España*, de 26 de enero; *Domenech Aradilla y Rodríguez González c. España*, de 19 de abril; *Alonso Saura c. España*, de 8 de junio; *Lorenzo Bragado y otros c. España*, de 22 de junio, y *G.T.B. c. España*, de 16 de noviembre- dictadas ese mismo año por el mismo Tribunal. El segundo motivo atiende a su contenido y a su *iter* procesal: en esta sentencia el TEDH declaró vulnerado el art. 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que reconoce y garantiza la libertad de expresión y su ejercicio. Con ello, el Tribunal Europeo rectificó la denegación de amparo previamente adoptada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 192/2020, de 15 de diciembre y condenó, por ello, a España al abono de una indemnización por daños patrimoniales (1.260€) y por daños morales (6.000€).

El origen del supuesto enjuiciado se remonta al caso resuelto en 2017 y 2018, respectivamente, por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ferrol y por la Audiencia Provincial de A Coruña y finalmente por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo. Las dos primeras estimaron la responsabilidad penal de un representante sindical de la CIG (Confederación Intersindical Galega) por injurias contra la bandera española, en el marco de un conflicto laboral por impago de salarios, proferidas a través de un megáfono en una instalación militar y durante la ceremonia solemne de izada de la bandera nacional. El TC denegó el amparo solicitado por considerar que las libertades de expresión e ideológica no amparaban las expresiones emitidas, por ser “objetivamente ofensivas hacia un símbolo, la enseña nacional, en un marco reivindicativo completamente ajeno a los valores que la bandera representa” y ser innecesarias y ajenas a las reclamaciones sobre el impago de salario. Impuso por ello al condenado el pago de una indemnización económica que podía sustituirse por la privación de libertad en caso de impago.

La posterior sentencia del TEDH *Fragoso Dacosta c. España*, que aquí se comenta, corrigió el criterio seguido por la STC 192/2020 y entendió que las declaraciones enjuiciadas quedaban comprendidas en el derecho de libertad de expresión. Consideró, por ello, excesivas y contrarias al art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tanto la condena como la

sanción impuesta por el Tribunal Constitucional español. Para fundamentar su posición, el TEDH recurrió a su abundante jurisprudencia en materia de libertad de expresión, que ha afirmado la necesidad de establecer una distinción clara entre la crítica, amparada por aquélla, y los insultos, que no lo están. Dentro de la crítica, el Tribunal Europeo ha venido incluyendo también la “información” o a las “ideas” que ofenden, escandalizan o molestan al Estado o a cualquier otro sector de la población (entre ellas, las sentencias *Handyside c. el Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976 y *Handzhiyski c. Bulgaria*, nº 10783/14, de 6 de abril de 2021). Los insultos, en cambio, no están amparados por la libertad de expresión cuando su única intención sea injuriar a una institución o a una persona, por lo que las sanciones impuestas contra ellos no constituyen, en principio, una vulneración del artículo 10.2 del Convenio. Con todo, resulta imprescindible el análisis previo de los tres elementos siguientes (STEDH *Skatka c. Polonia*, de 27 de mayo de 2003): 1) el contexto en el que se emitió la expresión; 2) si la injerencia estatal resulta ser “proporcionada a los objetivos legítimos”; y 3) si los motivos alegados para justificar la expresión resultan “relevantes y suficientes”. De su aplicación al caso español resultó lo siguiente:

1º) *El contexto*: El TEDH rechaza que, como afirma la STC 192/2020, las declaraciones del demandante no guardasen relación alguna con las protestas y careciesen de vínculo con la reivindicación laboral, en la medida en que resultaban “innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados”. Por el contrario, el Tribunal Europeo considera que las declaraciones juzgadas podrían ser consideradas razonablemente, no como meras ofensas, sino como una crítica y una expresión de protesta y descontento contra el personal militar en su calidad de empleadores de los trabajadores de la compañía de limpieza a los que representaba (véanse, entre otras, las sentencias TEDH *Stern Taulats y Roura Capellera*, de 13 de marzo de 2018; *Fuentes Bobo*, de 29 de febrero de 2000, sobre declaraciones ofensivas contra empleadores; y *Genov y Sarbinska c. Bulgaria*, de 30 de noviembre de 2021). El TEDH admite, por lo tanto, que se trató de un debate sobre una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa de limpieza (véase, mutatis mutandis, *Palomo Sánchez y otros c. España*, de 12 de diciembre de 2011).

2º) *El carácter proporcionado de la injerencia*. El TEDH reprocha al TC que considerase que las expresiones emitidas por el condenado transmitían un “sentimiento de intolerancia” pero no analizase si existían motivos suficientes para considerar que tras ellas existiese un trasfondo político o social, o la capacidad de dichas declaraciones de provocar consecuencias perjudiciales en forma de

disturbios o desórdenes, o que tuvieran una amplia repercusión pública (véanse sentencias TEDH *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015 y *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 de junio de 2021). El TEDH no considera que las declaraciones supusiesen una incitación al odio -no se dirigían contra ninguna persona concreta-, ni a la violencia -no se produjeron disturbios o altercados tras ellas-.

3º) *El carácter suficiente de la justificación alegada*. Tras afirmar la vinculación entre las expresiones emitidas y el conflicto laboral en cuyo marco se produjeron, el TEDH reitera que los miembros de un sindicato deben poder expresar a su empleador las reivindicaciones con las que pretenden mejorar la situación de los trabajadores de su empresa (véase sentencia *Straume c. Letonia*, de 2 de junio de 2022) “se permite cierto grado de exageración o incluso de provocación”. En opinión del Tribunal, el considerable importe económico de la multa impuesta al demandante y la posibilidad de imponer la privación de libertad como pena alternativa resulta particularmente relevante (véase sentencias *Rodríguez Ravelo c. España*, de 12 de enero de 2016 y *Benítez Moriana e Iñigo Fernández c. España*, de 9 de marzo de 2021) y, en las circunstancias concretas de este caso, desproporcionada en relación con el objetivo perseguido.

El TEDH consideró vulnerado el art. 10 CEDH y a la vista del contexto de conflicto laboral y de la condición del demandante como representante sindical, le concedió una indemnización por daños morales 6.000 euros y la devolución de los 1.260€ en concepto de daños materiales.

DOCUMENTOS E INFORMES

EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN 2023 ¹

Por

SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

admorales@us.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: En su décima edición, el Informe “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España 2023” ofrece una síntesis de los principales hitos por los que ha transitado el iuslaboralismo a lo largo del último año. En concreto, en las páginas que siguen, los expertos integrantes de la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) analizan para usted los principales pronunciamientos judiciales en torno temas que abarcan temática muy variada. En primer lugar, se abordan aquellos en los que se dilucida acerca de los derechos laborales inespecíficos, como la protección frente al acoso, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la tutela de la libertad religiosa, los derechos a la intimidad y a la protección de datos, con especial alusión a la modificación de criterio de la AEPD

¹ Han participado en la elaboración del presente Informe: Ana DOMÍNGUEZ MORALES (coordinadora del Informe); Francisca BERNAL SANTAMARÍA (coordinadora de la sección de Derechos fundamentales inespecíficos), Ana CASTRO FRANCO, Carlos DE FUENTES GAROMERO DE TEJADA, Antonio FOLGOSO OLMO, Miguel Ángel GARRIDO PALACIOS, Macarena ÁNGEL QUIROGA, Olga LENZI, Juan ROLDÁN CONESA, José M^a. RUZ LÓPEZ; María Carmen ARANDA MARTÍNEZ (coordinadora de la sección de Contratación y empleo), Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Lidia GIL OTERO, Delyana MILENOVA KOSEVA, Rubén PARRÉS MIRALLES, Jaime PIQUERAS GARCÍA, Tania SERRANO GARCÍA, Araceli VALLECILLO ORELLANA; Ana DOMÍNGUEZ MORALES (coordinadora de la sección de Vicisitudes del contrato de trabajo), Rosa María RODRÍGUEZ ROMERO, Juan Alberto TORMOS PÉREZ, Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ; Rafael MOLL NOGUERA (coordinador de la sección de Derecho colectivo), Ana AGUAS BLASCO, José Enrique RUIZ SAURA, Gratiela-Florentina MORARU, José Manuel SÁNCHEZ TORRADO, Covadonga FERNÁNDEZ VILLAR, Pierre-Henri CIALTI, Ana GARCÍA GARCÍA; Catalina SMINTINICA (coordinadora de la sección de Protección social), Matthieu CHABANNES, Óscar CONTRERAS HERNÁNDEZ, Francisco Xabiere GÓMEZ GARCÍA, José Manuel PAZÓ ARGIBAY, Andrés URBANO MEDINA; Óscar REQUENA MONTES (coordinador de la sección de Corresponsabilidad), Ana DOMÍNGUEZ MORALES, Mónica RICOU CASAL, Laura CASANOVA MARTÍN, Priscila MARTÍN VALES, Thereza Christina NAHAS; Cristina GONZÁLEZ VIDALES (coordinadora de la sección de Prevención de riesgos laborales), Marta NAVAS-PAREJO ALONSO, Daniel REDONDO TORRES; Julia DORMIDO ABRIL (coordinadora de la sección de Procesal, solución extrajudicial y administración laboral), Manuela ABELEIRA COLAO, Lucía DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Raúl LÓPEZ BAELO, Fulgencio PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS y José Alberto RIVAS MORENO.

sobre control de presencia mediante sistemas biométricos, libertad de expresión e información y derecho a la tutela judicial efectiva. Posteriormente, el análisis prosigue con un estudio de las cuestiones relativas a la contratación y el empleo, con especial referencia a la limitación de la contratación temporal tanto en el ámbito público como en el privado, consideraciones sobre el tiempo de trabajo o el empleo en plataformas. En materia de vicisitudes de las relaciones de trabajo, se abordan cuestiones consolidadas como el periodo de prueba o el despido. En lo que al derecho colectivo se refiere, se analizan las principales novedades en materia de derecho de huelga, uso de nuevas tecnologías para fines sindicales, así como otras facultades y garantías de los representantes de los trabajadores, determinación del convenio aplicable o ultraactividad de los convenios colectivos. Por su parte, en la sección relativa a la protección social, se estudian las novedades normativas y reglamentarias sobre distintas prestaciones como la reconocida en supuestos de incapacidad temporal, permanente o en materia de jubilación, con especial interés en las últimas sentencias relativas al complemento para la reducción de la brecha de género. En materia de corresponsabilidad, se analizan asuntos de diversa índole como la negativa a otorgar el permiso de lactancia en caso de que uno de los progenitores no trabajara, la reducción de la jornada por guarda legal, la excedencia por cuidado de hijo o la conexión entre la conciliación y la garantía de indemnidad. También se menciona la reciente presentación de una cuestión de constitucionalidad sobre el acceso a la suspensión por nacimiento de hijos en familias monoparentales. Con relación a la prevención de riesgos laborales, los expertos analizan las principales novedades jurisprudenciales sobre temas tan dispares como las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo, la prevención en nuevas formas de trabajo como el trabajo a distancia y el teletrabajo, episodios de temperaturas elevadas o el recargo de las prestaciones. A ello se añade la mención a las notas técnicas de prevención aprobadas en el presente año. Finalmente, los investigadores en materia de derecho procesal abordan las novedades jurisprudenciales en relación el acceso a la jurisdicción social, eventuales indagaciones sobre la laboralidad de la relación laboral, la prescripción de las deudas salariales o el derecho a un proceso de dilaciones indebidas. El informe se cierra con una mención especial a la validez y eficacia de los procesos extrajudiciales de solución de conflictos.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia; Derecho del trabajo; Derecho de la Seguridad Social; derechos fundamentales; prevención de riesgos laborales; modalidades contractuales; extinción del contrato de trabajo; protección social; corresponsabilidad; prevención de riesgos; Derecho procesal.

SUMARIO: I. Derechos fundamentales inespecíficos.- II. Contratación y empleo.- III. Vicisitudes del contrato de trabajo.- IV. Derecho colectivo.- V. Protección social.- VI. Corresponsabilidad.- VII. Prevención de riesgos laborales.- VIII. Procesal, solución extrajudicial y administración laboral.

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW IN SPAIN IN 2023

ABSTRACT: The tenth edition of the report, "Labour and Social Security Law in Spain in 2023" analyses the key issues in the changing scenario of Labour Law and Social Security during last year. Elaborated by the Young Scholars' Section of the Spanish Association of Labour and Social Security Law focuses on the following thematic blocks: non-specific fundamental rights; employment contracts and employment; issues related to employment relationship; collective rights; equality and co-responsibility; occupational risks prevention; and procedural law. In conclusion, you may find here a concrete but detailed analysis of the main legal and case law novelties of Spanish Social Law.

KEYWORDS: Labour Law; Social Law; Fundamental Rights, Case Law; Occupational Risk Prevention; types of contracts; termination of employment relationship; social protection; equality; occupational risk prevention; procedural law.

SUMMARY: I. Unspecific fundamental rights.- II. Contracts and employment.- III. Variation of the employment relationship.- IV. Collective Labour law.- V. Social Security Law.- VI. Corresponsability.- VII. Occupational risk prevention.- VIII. Procedural Law.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS ²

1.1. Introducción

La operatividad de los derechos fundamentales se evidencia en las relaciones de trabajo por cuenta ajena y dependientes, y éstos deben ser ejercitados en este ámbito, toda vez dada la importancia de contrarrestar o limitar el poder de dirección, que no puede ser absoluto, en la relación laboral. Así pues, y como se ha subrayado en ediciones anteriores, los derechos fundamentales inespecíficos precisan de esa modulación en el ejercicio cotidiano de la relación laboral, pues de alguna manera, las personas cuando entran en el círculo rector del poder empresarial, pues deben despojarse o si se quiere adaptar o ponderar con el ejercicio de estos derechos al poder empresarial. Se trata de un equilibrio entre los intereses de la clase empleadora con el ejercicio de los derechos fundamentales de la clase trabajadora. Un equilibrio que en ocasiones se torna muy complejo y que entraña numerosos conflictos en el orden laboral. Un año más, a lo largo de este espacio nos centramos en algunos pronunciamientos y normativa de intenso calado para analizar la incidencia y la conflictividad de los derechos fundamentales no específicos en la relación de trabajo.

Tras esta breve introducción se realiza un repaso a la jurisprudencia en distintas órdenes acaecidas sobre estas interesantes controversias laborales. Así las cosas, se hace unas anotaciones comentadas sobre los pronunciamientos judiciales y la normativa en torno a la tutela de algunos de los derechos fundamentales. Igualmente, nos parece lógico que sigamos el orden que consagra la Constitución Española por lo que comenzaremos con la dignidad, en su faceta de protección contra el acoso y discriminación por razón de sexo, la igualdad y a la no discriminación por discapacidad, por edad, por orientación sexual y por identidad de género, la tutela de la libertad religiosa, seguiremos con la protección de los derechos a la intimidad y a la protección de datos, derechos a la libertad de expresión e información, y el derecho a la tutela judicial efectiva, centrados en especial en la garantía de indemnidad de los trabajadores.

1.2. Protección frente al acoso y discriminación por razón de sexo

En el año 2023 la protección de la dignidad contra los actos de acoso y la prohibición de la discriminación por razón de sexo ha continuado progresando gracias a las

² Han colaborado en la redacción de este apartado: Francisca BERNAL SANTAMARÍA (coordinadora), Ana CASTRO FRANCO, Carlos DE FUENTES G^a-ROMERO DE TEJADA, Antonio FOLGOSO OLMO, Miguel Ángel GARRIDO PALACIOS, Macarena ÁNGEL QUIROGA, Olga LENZI, Juan ROLDÁN CONESA y José M.^a RUZ LÓPEZ.

sentencias de importante relevancia jurídica dictadas por los tribunales, y a algunos avances en materia normativa.

En el ámbito legislativo, cabe destacar que el pasado 25 de mayo de este año 2023, se produjo la entrada en vigor del Convenio núm. 190 OIT, contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, que había sido ratificado por España en la misma fecha del año anterior. Cabe recordar que el Convenio, sin perjuicio de su aplicación directa, prevé que los Estados que lo ratifiquen prohíban a través de una ley (elaborada mediante la consulta a las organizaciones de empresarios y trabajadores y orientada hacia un enfoque inclusivo y de género) la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (art. 4.2 del Convenio). Además, el convenio destaca por su intensa amplitud subjetiva, puesto que, bajo su paraguas de protección, no sólo contempla el concepto de trabajador asalariado clásico, sino todas las personas relacionadas con el mundo del trabajo, incluso aquellas que ya hayan finalizado su relación laboral (como jubilados o personas que han sido despedidas), pasantes, aprendices, voluntarios o personas que se encuentren realizando un proceso de selección en una empresa. También, destaca la amplitud de lugares en los que puede producirse la violencia o el acoso y, especialmente, de momentos, puesto estos comportamientos pueden producirse durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo.

En el ámbito jurisprudencial se han dictado importantes sentencias en relación con la protección de estos bienes jurídicos. En primer lugar, cabe destacar una sentencia que influye también en el ámbito legislativo, esto es, la STC 18/2023, de 21 de marzo, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados frente al Real Decreto-ley (en adelante, RDL) 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. El recurso se interpuso sobre la base de carencia de presupuesto habilitante e infracción del artículo 86.1 CE. El Gobierno alega que la extraordinaria y urgente necesidad queda recogida en la exposición de motivos de la norma, según la cual, los efectos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no han sido insignificantes, pero sí discretos, por lo que no se ha conseguido “garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y en tanto persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres”. Continúa afirmando que tal situación de desigualdad, “visible en la brecha salarial que no ha sido reducida en los últimos años, exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales. Un mayor retraso, teniendo en cuenta el tiempo

transcurrido, conllevaría un daño de difícil reparación que no puede ser asumido por una sociedad moderna como la española”. El Tribunal Constitucional enjuicia la concurrencia del presupuesto habilitante de este Real Decreto en sus Fundamentos Jurídicos 5º y 6º, y desde un primer momento considera que el Gobierno había satisfecho la exigencia de explicar la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” que le llevó a “dictar el Real Decreto-ley 6/2019, de modo que la carga de justificar la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE puede considerarse cumplida”. Justifica, a continuación, su razonamiento el Tribunal Constitucional, y entiende que concurren los motivos expuestos por el Gobierno y que en España la regulación vigente sobre igualdad de género es insuficiente, debido “al carácter fundamentalmente promocional o de fomento que tiene el modelo de intervención establecido por la Ley Orgánica 3/2007”.

Respecto de la prohibición de la discriminación por razón de sexo, podemos destacar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) del 14 de septiembre de 2023, asunto C-113/22. En esta sentencia, se resuelve la posible discriminación por razón de género en materia de prestaciones de Seguridad Social. El caso litigioso se centra en un padre de dos hijos con una prestación de incapacidad permanente absoluta reconocida por el INSS, que no solicitó ni se le reconoció de oficio durante la tramitación del procedimiento administrativo de esta prestación, el derecho al complemento por maternidad previsto en el artículo 60.1 de la LGSS (versión anterior a la reforma operada en este precepto por el RDL 3/2021 de medidas para la reducción de la brecha de género en las pensiones) para las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad. Más adelante, el interesado presentó una solicitud ante el INSS de reconocimiento de este complemento, tras establecer la sentencia de 12 de diciembre de 2019 que la reserva de la concesión de dicho complemento a las mujeres es discriminatoria por razón de sexo y, por tanto, contrario a la Directiva 79/7. El INSS dictó resolución denegando el derecho al complemento. El interesado interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, que resolvió reconociendo el derecho al complemento, pero no a una cuantía indemnizatoria solicitada también por el demandante. Éste y el INSS interpusieron recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia: el primero de ellos, solicitó el reconocimiento del complemento de la prestación desde el momento de inicio del cobro de la pensión, puesto que, de haber sido una mujer y no un hombre, se le habría informado de del derecho a ese complemento, así como una indemnización por vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo; el INSS, por su parte, consideró que el demandante no tenía derecho a ese complemento sobre la base del principio de legalidad.

En esta situación, el TSJ de Galicia planteó tres cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera de ellas cuestiona si existe una discriminación diferente (administrativa) a la discriminación por razón de sexo derivada del art. 60 LGSS (discriminación normativa), debido a la práctica del INSS, recogida en el Criterio de Gestión 1/2020, que establece que sistemáticamente a los hombres se les deniegue el complemento de pensión por maternidad y deban acudir a la vía judicial. Al respecto, el TJUE contestó que en su anterior sentencia sobre el asunto C-450/2018, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 17 de febrero de 2020, estableció que 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, debía interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal (el art. 60.1 LGSS), que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión. Por tanto, el artículo 60.1 LGSS recogía una disposición discriminatoria por razón de sexo. Partiendo de esta premisa, y declarada la discriminación en el Derecho interno, existe un mandato de adoptar medidas para reestablecer la igualdad de trato, que solo puede llevarse a cabo reconociendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. Este mandato se dirige a los órganos judiciales, que no deben aplicar la norma interna discriminatoria, sin necesidad de esperar a su derogación por el legislador interno, pero también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas encargadas de aplicar este régimen. De esta manera, la postura adoptada por el INSS es manifiestamente contraria al Derecho de la Unión, por lo que queda reconocida la existencia de una doble discriminación, en primer lugar discriminación (normativa) directa por razón de sexo derivada de la norma (art. 60.1 LGSS) y también una discriminación (administrativa) relativa a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión, que suponen la necesidad de acudir a la vía judicial para solicitar el disfrute de este derecho.

Respecto de las otras dos cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ al TJUE, en la primera pregunta sobre la fecha de efectos del reconocimiento judicial, y en la segunda si procede una indemnización reparadora de daños y perjuicios y con eficacia disuasoria. El TJUE establece que no basta para entender como reparación adecuada y suficiente conceder el complemento con efectos retroactivos, sino que resulta necesario conceder una indemnización derivada de la lesión de derechos fundamentales.

En materia de acoso en el trabajo, resulta especialmente interesante la sentencia dictada por el TSJ de Cantabria, núm. 118/2023, de 27 de febrero, relativa a un supuesto de suicidio derivado de una denuncia anónima de acoso laboral. El objeto del caso se centra en el reconocimiento judicial de dicho suicidio como un accidente de trabajo; no obstante, revisten especial interés las circunstancias que rodean el caso. Se trata de un trabajador, gerente, de una de las tiendas de la cadena ALDI radicada en Santander, frente al cual sus subordinados interponen una denuncia anónima acusándolo de acosar a una de las trabajadoras y de perturbar el ambiente laboral. La empresa encargó al servicio externo “Igualia” la investigación de la denuncia. Tras la investigación oportunamente, se concluyó que existían indicios de un acoso laboral por parte del gerente y de un conocimiento de estas acciones por parte de su superior. Los superiores llaman al gerente y le informan de la situación, insistiendo de manera muy intensa en que la denuncia podía ir a más, por lo que lo mejor era trasladarle de centro de trabajo, pero sin indicarle qué hechos habían determinado que se considerase su conducta como constitutiva de acoso. El gerente, finalmente, terminó quitándose la vida. De los hechos probados se desprende que, tras la práctica de las pruebas, quedaba demostrado que el gerente no sólo no había acosado, sino que su comportamiento era ejemplar, sus superiores estaban muy satisfechos con su trabajo y todas las decisiones que había tomado habían sido dictadas por ellos, mientras que, realmente, el problema existente de enturbiamiento laboral no era con él, sino con la trabajadora que le había acusado de acoso, debido al malestar producido en un anterior proceso sindical. La trabajadora les manifiesta que estaba “blindada” como consecuencia de la denuncia que había interpuesto, por lo que, la solución fue utilizar al gerente como “chivo expiatorio” (F.J. 3º punto 8) y trasladarle a él de puesto de trabajo. Quedó demostrado, además, que sus problemas familiares y personales no eran los causantes de su suicidio, sino que la situación laboral, basada en la denuncia interna y en la posibilidad de una denuncia ante los tribunales, así como el cambio drástico en la actitud de sus superiores, que pasaron de apoyarlo a sancionarlo, fueron los desencadenantes del fatal desenlace. De esta sentencia destacan principalmente tres cuestiones: en primer lugar, el problema existente en los protocolos de empresas de prevención de riesgos laborales dada la enorme dificultad de abordar en la práctica de manera apropiada un supuesto de acoso; en segundo lugar, el inmenso perjuicio que pueden ocasionar las denuncias falsas de acoso (en este sentido, puede considerarse a la luz de los hechos probados en la sentencia que la denuncia que se presentó frente a la víctima de suicidio era falsa, puesto que, además, la empresa encargada de la investigación no aportó ninguna documentación de la misma cuando fue requerida por el tribunal), no sólo para el honor, la propia imagen y la dignidad de la víctima, sino incluso, como se observa en este caso,

para su propia vida. Al respecto, cabe recordar lo recogido en la Resolución del Parlamento Europeo, sobre el acoso moral en el lugar de trabajo [2339/2001(INI)], que considera las falsas acusaciones de acoso moral como un “temible instrumento del propio acoso”. Por último, a la hora de calificar el suicidio como accidente de trabajo, el tribunal establece que se debe probar la “teoría de la ocasionalidad relevante”, que se caracteriza por dos circunstancias, una negativa y una positiva: respecto de la primera de ellas, los elementos que generan el accidente no son inherentes al trabajo; la segunda, supone que “o bien el trabajo, o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento”.

1.3. Protección frente la discriminación por discapacidad

A lo largo de las siguientes líneas se analiza la STC 21/2023, de 27 de marzo de 2023 (Recurso de amparo 5986-2021). El recorrido del conflicto llega al Tribunal Constitucional por la recurrente en amparo contra las resoluciones del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS). La recurrente, inició su actividad laboral como profesora en la Organización Nacional de Ciegos de Españoles (ONCE) en el año 1986, estando afiliada desde 1967. La trabajadora tiene reconocida una ceguera total en ambos ojos por la ONCE y una discapacidad del 85% con causa en su ceguera por el Instituto Andaluz de Servicios Sociales. Su actividad laboral la continuó desarrollando hasta cumplir la edad de 56 años en la que solicitó y le fue reconocida una jubilación por discapacidad en agosto de 2010. En junio de 2016, y ya estando jubilada, solicita del INSS que se le reconozca una incapacidad en grado de gran invalidez, lo que le fue denegado con fecha de 11 de agosto de 2017 por considerar que las lesiones que aducía no alcanzaban el grado suficiente de disminución de su capacidad de trabajo y por no hallarse dada de alta laboral, o de situación asimilada al alta, al momento de ocurrir el hecho causante.

La actora interpuso la correspondiente demanda contra la resolución del INSS que fue desestimada por parte del Juzgado núm. 33 de lo Social de Madrid en su sentencia núm. 109/2018 de 8 de marzo. Esta sentencia la recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ de Madrid) que en su parte dispositiva acordó la revocación de la sentencia en primera instancia y declaró a la actora en situación de gran invalidez, con derecho a percibir una pensión equivalente al 100% de la base reguladora que se fijaron en la sentencia los criterios de cálculo. De forma concreta al objeto de este análisis la Sentencia del TSJ Madrid apreció que a la actora se le debían reconocer la incapacidad en grado gran invalidez con base en la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente la Sala de lo Social, sentencia 641/2015, de 21 de enero, al ser una ceguera total sobrevenida con posterioridad al acceso al mercado laboral. En relación con el momento

en el que sobreviene la contingencia se acude al postulado de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2016, dictada en el recurso de casación 3907-2014 en la que se subraya que existe un proceso agravatorio de las lesiones que le es lesión esencial y que motiva que postule el reconocimiento de la situación de gran invalidez (Fundamento Jurídico Segundo).

En cualquier caso, y a los efectos de este análisis, conviene detenerse en el Fundamento Jurídico Tercero de la STS 641/2015 en la que se reitera la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada pudieran ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente, y así se reiteraba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007 que mantiene idéntico supuesto al planteado en el caso. En suma, la Sala prima que la persona actora no alcance la edad ordinaria de jubilación, y rechaza que la pretensión del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente haya de denegarse por razón de la condición de la persona beneficiaria de jubilación anticipada.

Pues bien, frente a la decisión judicial acordada en segunda instancia, la parte demandada interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina que fue estimada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 709/2021, de 1 de julio. En este se apreció que si el haber accedido a la pensión de jubilación por razón de discapacidad con una edad reducida de la ordinaria impide el reconocimiento posterior de una incapacidad permanente con el grado de gran invalidez. Para apoyar esta argumentación se basa en las SSTS de 24 de junio de 2020, rec. 1411-2018; de 29 de junio de 2020, rec. 1062-2018; de 1 de julio de 2020, rec. 1935-2018, entre otras. En suma, sigue la línea de la STS de 2 de octubre de 2020 y considera que el recurso del letrado de la administración de la Seguridad Social debía de ser estimado por cuanto, pese a que la Ley General de la Seguridad Social al referirse a la edad ordinaria de jubilación lo hace considerando la que se fija en su art. 205.1 a) como edad ordinaria de jubilación, también recoge como edad de jubilación distinta a aquella bajo expresiones de rebaja o reducciones de la edad común. Se añade que lo que la Ley General de Seguridad Social establece es una retroacción de la contingencia permitiendo que aparezca antes de la edad ordinaria, señalando que se podrá generar a una edad inferior en tantos años a la legal. Con esta teoría se delinea un paralelismo entre la edad ordinaria de jubilación y la edad rebajada o reducida de jubilación, que viene a sustituir a aquella, constituyéndose pues como una edad ordinaria distinta en los supuestos que expresamente contemple la norma. Por tanto, con este argumento la edad anticipada de jubilación es una edad ordinaria más. El mismo planteamiento se esgrime en la interpretación del RD 1539/2003 de 5 diciembre que establece coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de "minusvalía" pues contempla que la edad ordinaria de jubilación establecida en aquel

tiempo en los 65 años podría ser reducida para estos trabajadores, sin que ello suponga una reducción de la cuantía de su pensión. Con lo expuesto, se interpretaría que el art. 206.2 LGSS exigía para el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente el no ostentar la edad de jubilación ordinaria, o podría reconocerse cuando se haya alcanzado la edad ordinaria reducida del art. 205.1 a) ni la que recojan los convenios colectivos. En suma, la remisión del art. 205.1 a) no es solo una cifra, sino que es un número referido a la edad de una persona que se vincula a una contingencia. Así la edad lo es en tanto exista la posibilidad de genera la pensión de jubilación de tal forma que la edad no impediría el reconocimiento de la incapacidad permanente.

Mas allá de todos estos detalles procesales y del propio iter procesal, en la sentencia que se analiza se discute la denegación del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez por parte del INSS. La recurrente interpone recurso de amparo contra las resoluciones que se citan en el encabezado de la STC por vulneración de su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y la interdicción de toda discriminación por razón de discapacidad en aplicación del art. 14 CE y de su derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE al no haber entrado a analizar a fondo la cuestión de la demandante.

En efecto, en la demanda de amparo se identifican las resoluciones judiciales impugnadas como una vulneración de su derecho fundamental a la igualdad de trato y solicita que se declare la nulidad de las sentencias recurridas para que se declare a la actora afecta de una gran invalidez con los criterios para el cálculo de determinación de la base reguladora y los complementos que deban realizarse sobre las cotizaciones reales desde que cesó la obligación de cotizar.

En relación con el trato desigual y discriminatorio, la demandante señala que se jubiló anticipadamente prestando justificado por el esfuerzo y la penosidad de realizar su trabajo con una capacidad visual reducida. Alega pronunciamientos anteriores del propio Tribunal Supremo en los que se reconoce este derecho y que en muchos casos el INSS no ha recurrido tales decisiones cuando se han dictada resoluciones favorables al acceso a la gran invalidez de personas ciegas que estaban jubiladas anticipadamente a razón de su discapacidad.

Con este alegato, considera que la discriminación acaece por un cambio de criterio del Tribunal Supremo que pasa a considerar la edad ordinaria de jubilación para las personas con discapacidad aplicando el criterio del RD 1539/2003, en lugar de la edad determinada que se establece para el resto de las personas que se jubilan anticipadamente.

Nos parece sumamente interesante el apoyo en el Voto Particular formulado en la STS de 29 de junio de 2020 según la cual la doctrina que impide el acceso a la

prestación por incapacidad da los jubilados anticipadamente por discapacidad estaría incurriendo en una discriminación proscrita en la Carta Magna y con apoyo en la discriminación anotada en los arts. 4.2 C y 17. 1 de la LET.

Por su parte, el letrado de la Administración de la Seguridad Social alega que invoca que la diferencia de trato a la hora de determinar la edad de jubilación ordinaria que sirve como límite para solicitar la gran invalidez no produce la discriminación ilegítima porque ambas situaciones no son comparables, no son iguales, y que la consecuencia jurídica es adecuada y proporcionada. De hecho, considera que la situación de las personas con discapacidad y de las personas sin discapacidad no son comparables a efectos de acceso a la pensión de incapacidad permanente antes de cumplir la edad de jubilación con la situación del resto de trabajadores, puesto que las diversas modalidades de jubilación tienen elementos comunes, pero diferenciados en cuanto a su configuración, identificados con la edad de acceso a la protección, a los periodos de cotización y a la cuantía de la pensión.

Por su lado, el Ministerio Fiscal estima el recurso de amparo y aprecia la denuncia por vulneración del principio de no discriminación por razón de discapacidad, y descarta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y solicita que se declare únicamente la nulidad de la sentencia en casación. Para llegar a esta conclusión, el Ministerio Fiscal expone que las sentencias impugnadas afirman que el art. 206.2 de la Ley General de Seguridad Social recoge una edad específica para las personas con discapacidad es lógica y razonable, pero que ello no se puede traducir para impedir que se extienda hasta la edad ordinaria "común" prevista en el art. 205.1 a) LGSS la posibilidad de concederles la pensión de incapacidad permanente del art. 195. De esa interpretación resultaría un trato desigual perjudicial respecto del colectivo de trabajadores ordinario que pueden acceder a la prestación de incapacidad permanente (incluida la gran invalidez) aunque estén jubilados anticipadamente, siempre que no haya alcanzado la edad de los 67 años, o los 65 años en los términos del art. 205. 1 y la DT 7ª.

Con buen criterio, el Ministerio Fiscal recuerda que el hecho que las personas con discapacidad tengan el derecho a una pensión completa con una edad inferior a los demás trabajadores no resulta suficiente, pues sería necesario que la ley que regula la concesión de la incapacidad permanente no permitiera una interpretación diferente. De tal manera que los preceptos deben ser interpretados para que no den lugar a una diferencia de trato legal a las personas con discapacidad, y que ni el art. 195 ni el art. 205 hacen mención alguna a las personas con discapacidad. Por tanto, como es posible y razonable una interpretación que no perjudique a este colectivo, se considera que no adaptarla sería una vulneración del art. 14 CE. Esta interpretación sería conforme al contenido esencial de la no discriminación y evitaría que estas personas tengan un trato

diferente y perjudicial. Finalmente, con referencia a la doctrina que emana del Tribunal Constitucional fijada en la Sentencia 172/2021, de 7 de octubre, interesa la estimación del recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional asume el recorrido expuesto por el Ministerio Fiscal y considera que no existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad. Tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la demandante de la situación de incapacidad permanente. En efecto, la actora tiene los requisitos y los presupuestos para que se le reconozca esta prestación. Y mucho más apreciando que ella necesita del apoyo de una tercera persona para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y los valores que inspiran la normativa sobre discapacidad, entiéndase el modelo social de discapacidad que impregna la Convención de las Personas con Discapacidad, un cuerpo legal que ha sido ratificado por España y que se debe cumplir. Si se mantuviera otra interpretación, todas las personas que se encuentre en una situación de jubilación anticipada puede acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el requisito previsto en la norma. Se produciría con ello una diferencia de trato no prevista en la propia norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada solo del hecho de que una persona con discapacidad haya accedido a una jubilación anticipada por discapacidad. Se trataría de una situación desigual, negativa y que sitúa a este colectivo en una total desventaja frente al colectivo de personas sin discapacidad.

1.4. Protección frente a la discriminación por edad

Si realizásemos una breve encuesta entre la población general sobre las principales causas de discriminación laboral, con casi total seguridad la respuesta sería la motivada por razón de sexo, lo cual, estaría muy próximo a la realidad, sin embargo, recientes estudios evidencian que la principal causa de discriminación laboral es la edad.

Pero al margen de esta percepción social y ahondando en el tratamiento de la edad como un derecho fundamental en el ámbito de las relaciones laborales, debemos señalar esta cuestión ha sido y sigue siendo una materia ampliamente tratada y debatida tanto por la doctrina como la jurisprudencia por distintas cuestiones, puesto que de forma habitual la edad es tenida en cuenta por la disciplina del Derecho como una frontera que actúa en dos direcciones antagónicas. Por una parte, permite el acceso a disfrutar de determinadas prerrogativas, como es la capacidad de obrar jurídicamente, la cual es

diferente en función de la edad que se detente y por otra, las limita, como es el supuesto de poder ejercer determinadas profesiones.

Si hacemos referencia a nuestro ordenamiento jurídico, la propia Constitución Española no hace referencia a la edad como un derecho de especial protección entre los Derechos Fundamentales incardinados en la sección 2ª del Capítulo II del Título I de esta. De igual modo, la edad tampoco aparece como una de las causas de discriminación prohibida entre los motivos recogidos en el art. 14 CE, lo cual ha producido una continua litigiosidad en la materia, siendo el Tribunal Constitucional a través de varios de sus pronunciamientos el que ha realizado una interpretación más extensiva del referido artículo, al incluir la edad en atención a la cláusula abierta que hace referencia a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, sirva como ejemplo de esto sus Sentencias 31/1984, de 7 de marzo y 74/1998, de 31 de marzo.

Haciendo referencia al Derecho de la Unión, éste no contemplaba en sus orígenes el tratamiento de los Derechos Fundamentales tal como están reconocidos en la actualidad, puesto que limitaba a proteger determinados derechos básicos de contenido económico, al tiempo que señalaba una exigua lista de libertades fundamentales ligadas al ejercicio de estos derechos económicos. Este acotado reconocimiento de libertades fundamentales colisionaba de forma permanente con determinados derechos fundamentales, lo que dio lugar a una continua litigiosidad por el cuasi nulo reconocimiento de estos últimos, por lo que fueron los Tribunales de Justicia los que con sus pronunciamientos establecieron un catálogo de derechos fundamentales reconociéndolos como Principios Generales del Derecho.

Estos distintos pronunciamientos jurisprudenciales junto a otras cuestiones de índole interpretativa de los mismos, fue la principal causa de la promulgación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde en su art. 21.1 prohíbe de forma taxativa cualquier tipo de discriminación por razón de edad. De igual modo, la Directiva 2000/78/CE en su artículo primero establece un marco general para luchar contra la discriminación por diversas causas entre las que se encuentra la edad. Sin embargo, esta Directiva en su artículo seis permite a los Estados miembros realizar diferencias de trato cuando el fundamento sea la edad en base a determinados criterios objetivos, lo cual, ha conllevado que bajo la justificación de éstos en demasiadas ocasiones se esté produciendo un menoscabo de intereses legítimos de determinados colectivos.

Esta aquiescencia que la Directiva ofrece a los Estados miembros está dando lugar a nuestro juicio, a una ingente cantidad de criterios arbitrarios carentes de fundamentación jurídica que están siendo utilizados de forma generalizada tanto por las empresas, así como por el propio legislador y por los Tribunales de Justicia que hacen que se cuestione el tratamiento de la edad como un derecho fundamental. En efecto, en estos últimos

años, destaca el número de casos relacionados con la edad como causa de discriminación, siendo este el motivo que ha suscitado un mayor número de cuestiones prejudiciales elevadas por los órganos nacionales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que resuelvan sobre esta causa de discriminación.

Con relación a esto último, analizaremos la controvertida STS de 24 de enero de 2023 (Rec. 2785/2021), donde la edad es el único criterio que se utiliza como una medida objetiva para ofrecer a determinado grupo de trabajadores una indemnización menor que al resto de trabajadores por el mero hecho de haber cumplido determinada edad.

La demandante, trabajadora de sesenta y dos años es despedida a raíz de un despido colectivo que afectó a toda la plantilla de una empresa, por concurrir causas objetivas de índole económica amparadas en el art. 51 ET. Pero una de las peculiaridades que presentaba este despido eran las cantidades indemnizatorias que se les ofrecían a los trabajadores en función de la edad que tuviesen en el momento del despido. Así, a los trabajadores mayores de sesenta años les correspondía una indemnización de 26 días por año trabajado, mientras que a los trabajadores menores de esa edad de referencia se le ofrecía la misma indemnización que la correspondiente a un despido improcedente, es decir, 33 días por año trabajado, así como una indemnización adicional variable en función del salario anual.

Ante este ofrecimiento empresarial, el despido fue impugnado de forma colectiva, finalizando dicha impugnación por un acuerdo alcanzado en sede judicial entre los representantes de los trabajadores y la empresa ante el Letrado de la Administración de Justicia. En lo que nos interesa y como se ha referenciado con anterioridad, en este acuerdo la edad ha sido tomada en consideración por la propia representación de los trabajadores como un factor diferenciador, aspecto éste bastante discutible, por cuanto uno de los principios de toda negociación colectiva es la igualdad entre trabajadores.

Ante dicha cuestión, la actora impugna dicha decisión ante el TSJ de Castilla-La Mancha en consideración a la diferencia de cuantías indemnizatorias, la cual entiende la trabajadora discriminatoria en base a lo estipulado en la Directiva 2000/78/CE, así como, el art. 14 CE, sin embargo, esta pretensión no alcanza su objetivo al estimar el Tribunal que dicha diferencia de trato está debidamente justificada al estar la trabajadora próxima a la edad de jubilación. Como se ha evidenciado anteriormente, la edad vuelve a considerarse un criterio objetivo para esta diferencia de trato razonable y proporcionada a juicio de la Sala, sin entrar en otras cuestiones personales de la demandante.

En este punto, es importante realizar un apunte sobre este alegato, pues la sentencia que se presentó de contraste para la unificación de doctrina fue dictada por este mismo Tribunal sobre la misma cuestión planteada por otro trabajador de la misma empresa,

teniendo en ese caso un fallo favorable, lo cual, vuelve a atestiguar la disparidad de criterios interpretativos que produce la edad.

Pues bien, ante esta controversia, la trabajadora interpuso un recurso de casación para la unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo, el cual, analizó en primer lugar la posible vulneración de la Directiva 2000/78/CE, siendo su dictamen que la indemnización ofrecida a ambos grupos de trabajadores era conforme a Derecho en virtud de lo estipulado en el artículo sexto de la misma, en cuanto que la diferencia de trato por edad en este supuesto no supone discriminación alguna. Sin embargo, a diferencia de lo argumentado por el TSJ, no considera que la proximidad de la edad de jubilación sea la justificación razonable, sino el menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad, por cuanto éstos pronto abandonarán el mercado laboral y no tendrán que hacer frente a la incertidumbre de este, en consonancia a lo indicado por el TC en su Sentencia 66/2015, de 13 de abril de 2015. Rec. 3875/2013.

En este mismo sentido, otra de las cuestiones interesantes que plantea esta Sentencia es la cuantía de la indemnización, entiende el Tribunal que al ser superior a la pactada legalmente es justificación suficiente para la no aplicación del principio de igualdad. Esta fundamentación, a nuestro juicio desproporcionada, está siendo últimamente motivo de discusión por una parte de la doctrina al entender que no es suficiente para el cálculo de la misma atenerse únicamente a unos criterios objetivos como son la antigüedad y el salario del trabajador, sino que además, se deberían tener en cuenta otros aspectos personales o profesionales de este que supondrían un efecto reparador más eficaz del perjuicio sufrido, lo que se podría denominar como una "indemnización a la carta o despido reparativo", lo que a nuestro entender implicaría una fuente inagotable de conflictos.

En relación con la posibilidad de vulneración del art. 14 CE, indica el Tribunal que no se puede entender que exista vulneración de este, y por ende, transgresión de ningún derecho fundamental inespecífico, al cumplirse de forma escrupulosa las exigencias de justificación y proporcionalidad de esta diferencia de trato. Para llegar a esta conclusión toma como referencia lo interpretado por el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias al indicar que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual sin la oportuna observancia de determinados elementos diferenciadores de relevancia jurídica, por lo que, no toda desigualdad de trato supone una acción discriminatoria vetada por el art. 14 CE, sino solo aquellas que contengan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que concurra una justificación objetiva y razonable para ello. (STC 40/2022, de 21 de marzo de 2022. Rec. 2524/2020).

En síntesis, de esta sentencia podemos extraer una serie de conclusiones que a tenor de lo argumentado por los distintos Tribunales suscitan una serie de interrogantes

merecedoras de un somero análisis, como podría ser, si el mero pacto entre las partes al ofrecer una indemnización de mayor cuantía es suficiente justificación para favorecer la posibilidad de dispensar un trato diferenciador entre trabajadores.

1.5. Protección frente a la discriminación por orientación sexual

Es objeto de análisis la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 de enero de 2023³ que resuelve una cuestión prejudicial sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 que, como se sabe, establece un marco general para la igualdad de trato y la no discriminación en el empleo y la ocupación. En el caso de autos se analiza la prohibición de discriminación por orientación sexual y la novedad de esta sentencia es que se aborda desde el ámbito del trabajo autónomo.

El supuesto de hecho del litigio principal es el siguiente: el demandante desde 2010 a 2017 había venido prestando servicios en el contexto de una actividad profesional por cuenta propia para una cadena pública de televisión en Polonia. Su actividad profesional consistía en preparar los montajes audiovisuales, anuncios o avances para las emisiones de la televisión cuyo accionista principal era el Tesoro Público polaco. Parece ser que la empresa estaba en un contexto de reorganización productiva interna con la creación de una nueva Agencia de creación de contenidos. Las actividades del demandante estaban incluidas entre las posibles que se incluirían en la entidad de nueva creación. No obstante, el demandante figuraba entre los colaboradores evaluados favorablemente (apartado 15 de la sentencia) y, por ello, en noviembre de 2017 se celebró un nuevo contrato de prestación de servicios por período de un mes estableciendo para el mes de diciembre la planificación de dos turnos de trabajo.

En ese contexto, es cuando el demandante y su pareja publican un vídeo de contenido navideño para promover la tolerancia hacia las parejas homosexuales.

Dos días después de la publicación del vídeo, el trabajador demandante recibe un mensaje para informar que su primer turno del mes de diciembre se anulaba. A los pocos días se anula el segundo turno del mes y, con posterioridad, no se vuelve a celebrar ningún contrato de prestación de servicios entre la empresa y el trabajador demandante.

El trabajador denuncia la situación y pide, además, una indemnización de daños morales por discriminación directa por motivos de orientación sexual.

El tribunal de distrito de la ciudad de Varsovia solicita del Tribunal europeo la solución de una cuestión prejudicial porque hay una norma en la ley polaca de igualdad que al amparo de la libertad empresarial de elección del sujeto contratante podía eludir la

³ Asunto C-356/21, siendo las partes del litigio J.K. y TP S.A., con intervención de PTPA.

aplicación de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual prevista en la Directiva 2000/78.

El contenido de dicha cuestión prejudicial es que el TJUE interprete el ámbito de aplicación de la Directiva antes citada, 2000/78, en concreto las letras a y c del apartado primero del artículo 3 de esta norma para saber si se opone a una normativa nacional que al amparo de la libertad de empresa y, en concreto, de la libertad de elección del sujeto contante proteja la no renovación un contrato de prestación de servicios autónoma o independiente cuando hay motivos de posible discriminación por motivos de orientación sexual.

La operación interpretativa que debe realizar el tribunal de Luxemburgo es triple: de un lado, si la Directiva 2000/78 engloba al trabajo por cuenta propia; de otro, si la no renovación de un contrato de prestación de servicios autónomo está incluida en el tenor de dicha norma y, en fin, si la libertad de empresa permite exceptuar la aplicación de la citada Directiva que pretende eliminar toda discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

Para realizar las dos primeras operaciones, el TJUE debe interpretar las condiciones de acceso a la actividad por cuenta propia y también las condiciones de empleo y ocupación y, en concreto, de despido. Comienza indicando que son aspectos que la Directiva no reenvía a la legislación interna por lo que su concepto debe ser autónomo y uniforme para toda la Unión (apartado 34). Realiza una interpretación amplia de la norma 2000/78 teniendo en cuenta tanto el sentido habitual de los términos según el lenguaje corriente como los objetivos de la Directiva (apartados 35 y 57) entre los cuales está el establecimiento de un marco de lucha contra las discriminaciones, incluida la que pudiera darse por motivos de orientación sexual.

Asimismo, confirma que la Directiva 2000/78 no es un instrumento de derecho derivado de la Unión que trata de proteger exclusivamente a la parte débil de una relación laboral sino de eliminar todos aquellos obstáculos que por motivos discriminatorios impidan el acceso a medios de subsistencia y a contribuir a la sociedad a través del trabajo, con independencia de cuál sea la forma jurídica por la que se regule el mismo (apartados 38, 39 y 43). La única excepción a esta regla sería que la actividad por cuenta propia se limitase a un mero suministro de bienes o servicios a uno o varios destinatarios (apartado 44), cuestión que no es el supuesto del caso del litigio principal.

Por otro lado, la sentencia asimila la no renovación de un contrato de prestación de servicios como si de un despido se tratara y de ahí que concluya que la decisión de no renovar un contrato de prestación de servicios independiente o autónomo está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (apartados 50, 51, 65 y 66).

Por su parte, por lo que respecta a la tercera de las operaciones interpretativas antes indicada, esto es, si la libertad de empresa puede exceptuar la aplicación de la Directiva 2000/78, el TJUE es contundente al afirmar que “la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad” (apartado 75, que cita a su vez la sentencia de 22 de enero de 2013, Sky Österreich, C 283/11). Si se admitiera que la libertad para contratar permitiera avalar la negativa a contratar con una persona por razón de su orientación sexual se reconoce taxativamente que privaría del efecto útil de la Directiva 2000/78 que prohíbe toda discriminación basada en tal motivo en lo tocante al acceso a la actividad por cuenta propia y, por ello, interpreta que esta norma europea se opone a una legislación nacional como en la que pretende sustentar su decisión la empresa que tiene el efecto de excluir la aplicación de la no discriminación por orientación sexual (apartado 77).

En efecto, la Directiva 2000/78 en el apartado cinco de su artículo dos permite que pueda excepcionarse su aplicación por motivos necesarios “para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”. La exclusión de la protección de la discriminación amparándose en la libertad de contratación empresarial no es una excepción permitida dentro de este artículo de la Directiva porque no es una manera de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos en una sociedad democrática (apartado 78).

En definitiva, la importancia de la sentencia que se comenta es que en la misma el TJUE establece 1) que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no puede interpretarse de manera restrictiva (apartado 57), por lo que “no puede depender de la calificación formal de una relación laboral en Derecho nacional o de la elección entre uno u otro tipo de contrato en el momento de contratar al interesado”(apartado 55), de ahí que englobe también a los trabajadores por cuenta propia; 2) que los objetivos de la Directiva de proscribir la discriminación no se podrían alcanzar sino se incluyen también las condiciones de acceso, ejercicio y cese de la actividad por cuenta propia (apartado 56 de la sentencia, salvo que se trate de un mero suministro de bien o servicio) y, 3) que la libertad de contratación con un proveedor externo por cuenta propia, que es una faceta de la libertad de empresa, no permite excepcionar la no discriminación por motivos de orientación sexual (apartados 76 a 78 de la resolución comentada).

1.6. Protección frente a la discriminación por identidad de género

Una realidad indeseada para las personas LGBT viene dada por enfrentar situaciones de discriminación en el entorno laboral a causa de su orientación sexual y/o identidad de género. Tanto la discriminación como el acoso tienden a comenzar en la etapa de

escolarización, mermando significativamente las perspectivas de empleo. La discriminación continúa en el acceso al empleo y en el ciclo de empleo, e incluso en casos extremos, las personas trabajadoras LGBT pueden sufrir hostigamiento, acoso, abuso sexual o maltrato físico. Con asiduidad, la causa de discriminación, acoso y exclusión del mercado laboral viene dada por la percepción de no conformidad con la heteronormatividad entendida como la creencia social de que lo “normal” es la heterosexualidad, pero también del conjunto de ideas preconcebidas sobre la apariencia y el comportamiento que supuestamente han de tener una mujer y un hombre. Es decir, una mujer percibida como “masculina” o un hombre percibido como “afeminado” en su comportamiento o apariencia son víctimas de discriminación o acoso. En muchos casos, trabajadores y trabajadoras lesbianas, gays y bisexuales son objeto de preguntas invasivas sobre su vida privada, teniendo que justificar su orientación sexual. Otras veces tienen que “demostrar” su feminidad o masculinidad para poder ser aceptados en el lugar de trabajo.

El temor a ser víctimas de discriminación y violencia suele conllevar que muchas personas trabajadoras LGBT mantengan en secreto su orientación sexual, cambiando el nombre de su pareja o evitando hablar de su vida personal. Dicha situación puede acarrear una angustia considerable y mermar la productividad. Las personas transexuales son quienes enfrentan las formas más severas de discriminación laboral al ser directamente rechazadas en la entrevista de trabajo debido a su apariencia. Entre los problemas que enfrentan en el lugar de trabajo, cabe mencionar la imposibilidad de obtener un documento de identidad que refleje su género y su nombre; la reticencia de los/as empleadores/as a aceptar su forma de vestir; la disuasión de utilizar baños acordes con su género; y una mayor vulnerabilidad al hostigamiento y el acoso por parte de sus compañeros y compañeras de trabajo. En muchos casos, los trabajadores y las trabajadoras transexuales quedan completamente excluidos/as del empleo formal.

El Pleno del Tribunal Constitucional dictó sentencia el 2 de junio de 2022 por la que resuelve el recurso de amparo núm. 6375-2019 sobre supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen⁴. El Tribunal ha considerado de especial trascendencia constitucional la cuestión planteada ya que permite sentar doctrina sobre un problema, relativo a un derecho fundamental, que no ha sido suficientemente tratado. Ante esta primera denuncia de discriminación laboral por razón de identidad de género, entra a definir si dicha identidad de género puede dar lugar a la discriminación prohibida por la Constitución y el impacto que conlleva en la carga de la prueba.

⁴ STC 67/2022, de 2 de junio de 2022.

La persona recurrente en amparo y la empresa belga Rhea System, S.A., suscribieron un contrato de trabajo en España, para prestación de servicios por cuenta de la empresa a partir del 7 de enero de 2013. El contrato de trabajo estaba sujeto a un periodo de prueba de seis meses. A lo largo de los algo más de cuatro meses de relación laboral, la persona trabajadora acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda. En una determinada ocasión acudió a trabajar con una ropa que la directora de recursos humanos consideró inapropiada, razón por la que le pidió que regresara a su casa y se vistiera correctamente. Como consecuencia de ello, el recurrente en amparo se ausentó y no regresó al lugar de trabajo ese día. En febrero de 2013, el trabajador mantuvo una entrevista con el director general de la empresa y con la directora de recursos humanos, donde trataron cuestiones de corrección en las relaciones con los clientes y, en el curso de la misma, el director general le pidió que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón. El 16 de mayo de 2013, y con efectos a partir de ese mismo día, la empresa contratante da por finalizada la relación laboral, en base a la no superación del periodo de prueba pactado en el contrato de trabajo. El 1 de julio de 2013, tras intento de conciliación previa sin efecto ante el SMAC, el trabajador presentó demanda sobre tutela de derechos fundamentales y petición de daños y perjuicios contra la empresa.

En dicha demanda se interesó que se dictase sentencia declarando la nulidad del despido y procediendo a la readmisión de la persona trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de los salarios de tramitación, y la cantidad de 10.000 euros por daños materiales (gastos de viaje, pérdida de la fianza del alquiler de la vivienda y mudanzas) y otros 50.000 euros en concepto de reparación de los daños morales. El demandante entiende que tal despido es nulo al obedecer exclusivamente a su condición de transgénero. El 3 de febrero de 2014, se dicta por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, sentencia desestimatoria de las pretensiones contenidas en la demanda, al entender que las quejas del demandante no habían sido acreditadas ni siquiera de modo indiciario. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolvió, en sentencia de 20 de enero de 2015, anular la resolución de instancia, para practicar como diligencia final la prueba testifical de la directora de recursos humanos en la fase de contratación. Esta prueba había sido solicitada por la parte demandante y no se había realizado en el acto del juicio oral. El Tribunal Superior de Justicia consideraba esta prueba testifical imprescindible, en tanto habría sido el testigo quien dio la orden de cambio de indumentaria al demandante en el momento del incidente vinculado al cese y había participado en la reunión con el director general de la empresa en relación con el tema. Mediante sentencia de 10 de octubre de 2017, el Juzgado desestimó las peticiones del trabajador, por entender que no consta que tuviera

prohibido acudir a reuniones, actos u otros eventos empresariales, aun cuando la empresa conocía que ocasionalmente vestía con falda; si la empresa hubiera deseado evitar que usara falda, habría impartido órdenes o instrucciones sobre la forma de vestir dentro de la empresa, habría especificado criterios de vestir para hombres y mujeres, o implantado criterios de uniformidad. Medidas que nunca fueron adoptadas por la parte empresarial.

Se interpuso recurso en suplicación, resolviendo la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 24 de julio de 2018, mediante sentencia denegatoria de la demanda y confirmatoria de la de instancia. A su entender, la empresa había justificado su decisión extintiva sobre la base de motivos ajenos a cualquier discriminación, como son la reorganización y la falta de satisfacción con su trabajo y su impuntualidad, subrayando que la empresa consintió que usara falda, por lo que debía descartarse que esta práctica y su condición de transgénero hubiesen sido la causa de su cese en periodo de prueba. Frente a la anterior sentencia se formalizó recurso de casación en unificación de doctrina, que fue inadmitido por el Tribunal Supremo, mediante auto de 11 de julio de 2019, al entender inexistente la contradicción entre la recurrida y la sentencia de contraste aportada. La demanda de amparo impugna todas las resoluciones judiciales de instancia, por no reconocerse el carácter discriminatorio de la decisión empresarial de finalizar el contrato de trabajo, pues considera vulnerados los arts. 9.3, 14 y 18.1 CE, el art. 14 del Convenio de Roma y los arts. 1, 3, 7, 5 19 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Entrando a valorar los fundamentos de derecho, cabe señalar que hasta el momento no existía una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género pues, la referencia se realizaba indistintamente, sin dotar a estos conceptos de un contenido específico. El Tribunal Constitucional procede a efectuar una aclaración conceptual capaz de establecer una distinción entre discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género, para posteriormente verificar si la realidad queda cubierta por la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE. Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco pueden entenderse como sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos. El sexo viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, asociadas a determinadas características y potencialidades físicas. Características como, por ejemplo, los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura. Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las presentes en las personas

intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana.

El género está conectado con las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores asociados o atribuidos, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género. Los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico.

La orientación sexual es la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo. La identidad de género es la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento. Esta denominación genérica incluye aquellas situaciones en las cuales se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad; e incluso las situaciones en que, sin transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como una adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamiento propios del género con el que la persona se identifica, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona. La expresión de género se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen, como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas, definidos como atributos característicos, propios e inmediatos de una persona. El derecho a la propia imagen integra no solo el control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definición de esa imagen. Es el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética.

La identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana, y este rasgo de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros heteronormativos clásicos puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada, prohibida por el art. 14 CE. Cabe recordar que el art. 14 CE no establece una lista cerrada de supuestos de discriminación. Este criterio de ampliación de protección a la identidad de género es compartido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, al igual que con el resto de los motivos expresamente prohibidos por el art. 14 CE, también debe declararse la

ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género.

Sobre la vulneración del art. 14 CE en el marco de las relaciones laborales y el reparto de la carga de la prueba en estos supuestos, entiende el Tribunal que, en el marco normativo del Derecho de la Unión se considera que la 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, se aplica también la discriminación por motivos de identidad de género. Ahora bien, ni en la transposición de esta norma, ni en la 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, se recoge el derecho a no sufrir discriminación por razón de identidad de género en el ámbito laboral. Ello no impide la ampliación del ámbito de protección de las Directivas, al estar en presencia de un derecho fundamental, contenido en los arts. 21 CDFUE, 14 CEDH y 14 CE.

En cuanto al ámbito de las relaciones laborales, la aplicación del principio de igualdad no resulta excluida, pero se encuentra sometida a una importante matización debido al principio de autonomía de la voluntad. Partiendo de la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales no sean desconocidos bajo la cobertura formal del ejercicio de derechos y facultades, la doctrina constitucional consolidada reconoce la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto litigioso. De esa dificultad deriva la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba y la prueba indiciaria. Cuando el recurrente alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE aportando indicios racionales de discriminación, la carga probatoria se invierte, y es a la empleadora a quien corresponde la obligación de rebatir los indicios justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Incluso si dicha intencionalidad discriminatoria no existe, corresponde también al empleador probar que la vulneración que se le atribuye no represente objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación.

De atender al caso concreto, se ha de examinar como punto de partida la autodefinición por la persona recurrente en amparo en sus escritos, principalmente en la demanda de instancia, como persona transgénero, de modo que la discriminación que denuncia es una discriminación por razón de su identidad de género. De esta manera, el Tribunal Constitucional analiza la interdicción de discriminación en el ámbito laboral por razón de identidad género, que supone la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria, en tanto exista una prueba indiciaria que sostenga la denuncia. Esta

justificación de indicios es necesaria también cuando se está ante un cese en periodo de prueba, aun cuando en esta situación el margen de actuación del empleador sea más amplio. Sin duda, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto denunciado. En el presente caso, ese indicio existía desde el momento en que se había producido un conflicto en el seno de las relaciones laborales entre la persona recurrente en amparo y una de sus responsables directas, que ninguna de las dos partes negó, y que habría estado relacionado con la apariencia en el modo de vestir de la persona empleada.

No obstante, de las pruebas que fueron practicadas se concluye que la causa del despido no fue la identidad de género de la persona recurrente en amparo, ni la expresión externa de esa identidad de género, al existir otras causas que podrían haber justificado el cese del contrato en periodo de prueba. El trabajador era impuntual, no se adaptó bien a la forma de trabajar en equipo de la empresa y la empresa no estaba satisfecha con el resultado de su trabajo. Habiendo aportado indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de género, la empresa demandada los ha rebatido adecuadamente. No queda probado que existiera un conflicto o prohibición expresa de portar falda, o de portar pantalón, indistintamente, con lo que no parece que la empresa hubiera establecido límites a la expresión de género ni del recurrente ni de ninguna persona empleada, por lo que no cabe entender que exista un trato discriminatorio de la empresa respecto de la expresión externa del derecho a la propia imagen del trabajador. El Tribunal, aunque admite la existencia de un conflicto puntual en relación con una determinada prenda, en un momento concreto, y sin referencias expresas a la consideración exacta del género que refiere la prenda, no es posible derivar de ese conflicto, con las pruebas practicadas en las diferentes instancias, que existiera una limitación constitucionalmente inadmisibles del derecho a la propia imagen de quien recurre en amparo, que supusiera un trato discriminatorio respecto de otras personas trabajadoras de la empresa. En definitiva, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por el trabajador y rechaza que haya concurrido la lesión tanto del art. 14 CE como del art. 18.1 CE.

La aprobación de leyes que prohíben la discriminación contra las personas LGBT en el lugar de trabajo y en otros lugares, así como la cobertura mediática generada, puede influir en un giro social real hacia una mayor tolerancia. Las actitudes de respaldo social, especialmente de las organizaciones de trabajadores/as y de empleadores/as, suelen ser requisito previo para la aplicación efectiva de la ley. El derecho a la igualdad no

consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela capaz de garantizar la efectividad de la igualdad y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Resulta imprescindible implementar todas las garantías jurídicas necesarias, a través de la norma y de la jurisprudencia, construyendo conceptos jurídicos que puedan ser directamente invocados en defensa de quienes han visto vulnerados sus derechos.

Así ha actuado el Tribunal Constitucional al admitir a trámite el recurso de amparo que plantea una persona trabajadora autodefinida como transgénero, porque considera que el objeto de la controversia era un problema de especial trascendencia constitucional. Hasta este momento, no se había planteado ninguna denuncia sobre discriminación laboral por razón de la identidad de género. Precisamente esta es la gran relevancia de la resolución judicial, pues, aunque desestima las pretensiones del trabajador y sostiene que el cese no puede calificarse de nulo, por primera vez afirma que debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género al amparo del art. 14 CE. De igual modo, por primera vez se realiza una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género, y de expresión de género e identidad de género.

1.7. Tutela de la libertad religiosa

Durante el año 2023, en una sentencia bien argumentada y fundamentada, el TC se ha pronunciado nuevamente acerca del alcance del derecho a la libertad ideológica en el marco de un contrato de trabajo. Este derecho, esencial para nuestro Estado social y de Derecho, se encuentra recogido en el art. 16 CE y comprende, en su dimensión interna, la posibilidad de “adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne, y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones” y, en su dimensión externa, “un *agere licere*, con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”⁵.

Cabe destacar que este Tribunal ha tenido ocasión de analizar el ejercicio de este derecho dentro del específico contexto de la relación de trabajo en distintos pronunciamientos previos⁶, no obstante, la sentencia dictada por la Sala segunda del TC núm. 73/2023, de 3 de julio, plantea una cuestión ciertamente novedosa en la medida en que la empresa involucrada en la demanda no es una empresa de tendencia que cuente

⁵ STC 120/1990, de 17 de junio.

⁶ STC 47/1985, de 27 de marzo; 106/1996, de 12 de junio; 128/2004, de 4 de junio; 51/2001, de 14 de abril; o 140/2014, de 11 de septiembre; entre otras.

con un ideario que le permita la modulación de las libertades constitucionales de sus empleados.

En efecto, en este supuesto, que será objeto de estudio en el presente apartado, el litigio encuentra su origen en el despido del director de la sucursal en Madrid del Banque Chaabi du Maroc basado, según escrito remitido el 10 de agosto de 2017, en la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por “hacer un uso indebido de la imagen de la empresa al publicar en su cuenta de la red social ‘Facebook’ una foto de sí mismo en su puesto de trabajo y en la que aparece el eslogan publicitario del banco, junto a mensajes tales como ‘orgulloso de ser rifeño’, ‘los rifeños no son escoria. El Rif no es separatista’ y ‘¿sois un gobierno o una banda de delincuentes?’ (hecho probado sexto, SJS 217/2018)”.

El problema y núcleo principal de la sentencia es, sin embargo, que dicha decisión empresarial fue el resultado de la apertura de un “proceso de investigación” iniciado el 5 de junio de 2017, es decir, tan solo tres días después de que el trabajador acudiera, junto con otra compañera⁷, a una manifestación en Madrid por la defensa de los derechos de los ciudadanos del Valle del Rif, lo que tuvo - según hecho probado tercero, SJS 2017/2018 - gran difusión en los medios de comunicación del Reino de Marruecos, por la proximidad del banco para el que trabajaba a la monarquía marroquí.

Ahora bien, dicho “proceso de investigación” se prorrogó en el tiempo hasta dar lugar el 28 de julio de 2017 a un expediente contradictorio que, para la empresa, encontraba su razón de ser no solo en la existencia de la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza (tipificada en sede legal y convencional como causa de despido disciplinario), sino también por haber incurrido en una evidente transgresión del código deontológico de la entidad bancaria. De hecho, en él se señalaba que tras haber tenido indicios a comienzos del mes de junio de que el trabajador hacía un “uso indebido de la imagen del banco en redes sociales”, se inició una investigación que les condujo - el 13 de julio - a su perfil público abierto de Facebook, donde pudieron constatar que se presentaba como director en Chaabi Bank, figurando una fotografía suya sentado en su despacho y en la que podía verse de fondo un documento publicitario que afirmaba: “A tu lado para financiar tus proyectos”. Esta fotografía fue además empleada para publicar algunos de los mensajes ya señalados, lo que, según la empresa, podía generar un daño potencialmente real a la entidad, ya que emitía una imagen que no se correspondía con el de la identidad corporativa ni tampoco con el de la mayoría de su clientela, por lo que se procedió a su despido.

⁷ El mismo 5 de junio de 2017 se procedió a despedir a la trabajadora que acompañó al director de la sucursal a la manifestación, siendo posteriormente declarado improcedente por no haber quedado probado que la razón del despido fuera la asistencia a la manifestación (STSJ de Madrid, de 15 de febrero de 2019, Rec. 840/2018).

Frente a esta decisión, el trabajador formuló demanda instando la declaración de nulidad por vulneración del derecho a la libertad ideológica, en conexión con su derecho a la imagen y al honor y a las libertades de expresión y de reunión. Así pues, acreditados los indicios de actuación vulneradores de derechos fundamentales del trabajador por parte de la empresa, sin haber sido desvirtuados por ésta, el JS núm. 27 de Madrid, en sentencia núm. 217/2018, de 15 de junio, estimó la demanda y concluyó que la fase investigadora iniciada por la empresa había tratado de “enmascarar” la verdadera causa del despido, que no era otra que la asistencia a una manifestación desconectada de la actividad empresarial.

En respuesta a la sentencia de instancia, la parte empresarial interpuso recurso de suplicación, el cual fue estimado por sentencia núm. 525/2019, de 29 de mayo, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, al apreciar, de conformidad con las argumentaciones expuestas en el escrito de despido, “que el recurrente “se extralimitó en su cometido, que era de naturaleza laboral y profesional únicamente, actuando en otros ámbitos y sobre otras cuestiones que no eran las propias del banco ni las de un cargo de director”, y que al hacerlo “sin autorización, porque no la pidió”, aunque era consciente de su transcendencia y relevancia no profesional, quebrantó la buena fe contractual y defraudó la confianza que se le había otorgado. Su “fraudulenta” conducta resultaba incompatible y materialmente contraria al principio de buena fe, al haber utilizado las instalaciones del banco para un uso no bancario, profiriendo expresiones vejatorias para los gobernantes marroquíes en un asunto de interés y transcendencia públicas. Y, por ello, la sanción impuesta fue proporcionada a la comisión de una infracción grave y culpable de los deberes laborales, lo que había de conducir a la desestimación del recurso de suplicación formulado por el actor y a la estimación del interpuesto por la empresa demandada, mediante la revocación de la sentencia recurrida y la calificación de la procedencia del despido”⁸.

Disconforme con esta resolución judicial, la parte trabajadora interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sala de lo Social del TS, el cual fue inadmitido a trámite por auto de 11 de junio de 2020 por falta de contradicción. Así las cosas, el 23 de julio de ese mismo año, interpuso recurso de amparo con alegación de vulneración, tanto por el auto del TS como por la sentencia emitida por el TSJ, del derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 CE.

Admitido a trámite el recurso por providencia de 10 de enero de 2021, el Ministerio Fiscal y la parte empresarial recurrida presentaron sus correspondientes alegaciones. En la medida en que esta última alegó diversos defectos procesales que, a su parecer,

⁸ STC 79/2023, de 3 de julio, A 2º.

debieran conducir a la inadmisión o desestimación del recurso, la Sala se detiene sobre los mismos antes de abordar los argumentos de fondo.

En este sentido, en las denominadas “precisiones previas” del pronunciamiento, el Tribunal rechaza con firmeza la tesis avanzada por la parte recurrida entorno a la idea de que la parte recurrente habría incumplido con su carga de concretar debidamente los preceptos constitucionales infringidos, aclarando que con ello, la entidad financiera busca “rehacer la demanda de amparo” con el fin de alcanzar el resultado que persigue, ya que toda la argumentación del recurrente gira alrededor de la eventual vulneración del derecho fundamental lesionado. Al respecto, destaca que si el recurso se basa en la posible violación del art. 16.1 CE la Sala no puede limitarse a “verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución impugnada”, sino que necesariamente debe comprobar también si se ha producido o no la vulneración del derecho fundamental denunciado, de forma que, en caso de apreciarse tal lesión, procederá al reconocimiento del derecho y a la consiguiente anulación de la sentencia que lo niega.

De igual modo, rechaza con rotundidad la alegación procesal formal de no contener el recurso de amparo la “más mínima argumentación” que sostenga la idea de contar el litigio planteado con especial trascendencia constitucional, pues, si bien es cierto que el TC ha analizado el alcance del derecho a la libertad ideológica en el seno de las relaciones de trabajo en anteriores pronunciamientos, este caso plantea una “problemática novedosa” ya que, como se ha dicho, se trata de la eventual infracción de la libertad ideológica del trabajador por la mera discrepancia con las ideas políticas de su empleadora, cuando la misma no es una empresa de tendencia que tenga un ideario que le permita la modulación de las libertades constitucionales de sus empleados en los términos que han sido examinados por este tribunal. Y a esto, además, cabe añadir la peculiaridad de no estar comprometido únicamente el ejercicio de la libertad ideológica del trabajador (art. 16.1 CE), sino también el de otros derechos conexos como son el de reunión (art. 21.1 CE) y la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] que tan estrecha relación mantienen con el pluralismo político (art. 1.1 CE).

Tras abordar dichos aspectos procesales, y antes de proceder con el enjuiciamiento del caso, el TC delimita el objeto del recurso, que no es otro que el de determinar si la participación de la persona trabajadora en la manifestación fue la causa real de su despido. Para ello, realiza un breve repaso entorno la doctrina constitucional aplicable en la materia y hace hincapié en la regla procesal de inversión de la carga de la prueba para la efectividad de los derechos fundamentales, de conformidad con la cual, es el recurrente quien tiene que aportar indicios razonables y suficientes que permitan

trasladar al recurrido la carga de la prueba de inexistencia de vulneración de tales derechos.

Para terminar, a fin de resolver el conflicto, señala el TC que, a diferencia de otros supuestos analizados, nos encontramos aquí con una empresa que desarrolla una actividad de carácter “neutro”, de modo que, con arreglo a lo dispuesto en la STC 106/1996, de 12 de junio, “la prestación laboral que el actor cumple en la oficina bancaria, meramente técnica y, por lo tanto, totalmente neutra respecto de la ideología de la empresa sitúa a esta respecto de aquel en un plano de legalidad laboral, “no permitiendo al empresario exigir al trabajador más que el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato laboral que las une”.

Tomando esta premisa como punto de partida, y teniendo en cuenta los hechos probados inalterados de instancia, la Sala entra a determinar si la parte recurrente ha acreditado suficientemente la existencia de indicios de vulneración de alguno o algunos de los derechos fundamentales alegados y, en caso afirmativo, si la parte recurrida ha sido capaz de desvirtuarlos y demostrar que su actuación fue ajena a todo móvil discriminatorio.

En línea con la sentencia de instancia, la Sala no presenta dudas acerca de la existencia de indicios ya que, de los hechos probados “se deduce que el recurrente desplegó una actividad alegatoria y probatoria suficientemente precisa en torno a la eventual violación de su derecho fundamental, habiendo aportado indicios razonables y suficientes sobre la posible conexión entre el ejercicio de su derecho a la libertad ideológica y el despido acordado”, sobre todo, si se tiene en cuenta que los mensajes y publicaciones que, aparentemente, motivaron el despido, estaban disponibles en el perfil público de la persona trabajadora cinco meses antes de la fecha de la manifestación y del posterior “proceso de investigación”. Ahora bien, frente a esos suficientes indicios razonables, señala el TC que la recurrida no fue capaz de demostrar que su decisión fue ajena a toda voluntad discriminatoria, pues “se limitó a probar la concurrencia de un incumplimiento laboral sancionable con el despido (...), sin realizar esfuerzo alguno para desvirtuar los claros indicios de discriminación aportados de contrario”.

Por todos los anteriores motivos, el TC estima el recurso de amparo interpuesto por el trabajador despedido, y declara vulnerado su derecho a la libertad ideológica, en conexión con los derechos a la libertad de expresión y reunión. Además, le restablece en su derecho y, para ello, declara la nulidad de la sentencia núm. 525/2019, de 29 de mayo de 2019, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, y en la medida que declaró su firmeza, del auto de 11 de junio de 2020, de la Sala de lo Social del TS, y la firmeza de la sentencia núm. 217/2018, de 15 de junio de 2018, del JS núm. 27 de Madrid.

1.8. Protección a la intimidad

Desde hace más de dos décadas, el Tribunal Constitucional, ha confirmado que la intimidad no queda reducida a la esfera personal y familiar, siendo extensible al trabajo (STC 98/2000). En efecto, el art. 18 CE, en sus diferentes vertientes, representa uno de los Derechos fundamentales inespecíficos que mayor litigiosidad ha generado en materia laboral. No resulta controvertido admitir que el continuo proceso de digitalización y la consiguiente transformación del tejido productivo ha producido un incremento de los poderes empresariales de control y vigilancia. Ello puede influir, sin que tampoco resulte controvertido, en el estatuto de la persona trabajadora, y más concretamente, en los derechos fundamentales de la misma. La clásica tensión entre los poderes empresariales derivados del contrato de trabajo y el respeto de los derechos fundamentales durante la prestación de trabajo se intensifica con el uso de nuevas tecnologías.

El art. 18 CE en sus diversos prismas constituye una manifestación evidente de la tensión anteriormente descrita. En otras palabras, derechos tales como honor, intimidad, protección de datos podrían quedar especialmente comprometidos ante el desarrollo de la tecnología y su implementación en la organización del trabajo. Ello explicaría, entre otras razones, el aumento de conflictividad social en la materia, lo que a su vez se traduce en el aumento de conflictividad jurídica. En esta dirección, en los últimos años se han sucedido importantes avances tanto a nivel normativo, con la aprobación del Reglamento general de protección de datos (RGPD)⁹ y de la Ley Orgánica de Protección de datos personales (LOPD)¹⁰, como judicial, v.gr. STEDH 5-9-2017, asunto *Barbulescu*, STEDH 17-10-2019, asunto *López Ribalda*, STJUE 22-6-2022 C-534/20 y STC 119/2022, de 29-9-2022. Aunque dichos avances son de plena actualidad, el objetivo del presente trabajo no reside en reiterar este nuevo marco jurídico, debidamente reseñado en informes anteriores, sino en examinar el impacto de dicha regulación a lo largo del presente año. No obstante, y aunque pudiera parecer paradójico, durante el periodo temporal objeto de análisis, esto es, durante 2023, no se han localizado notables avances en la materia, especialmente teniendo en cuenta la efervescencia de los años anteriores. Como toda norma general cuenta con alguna excepción, recientemente se ha producido una relevante innovación en el ámbito de los controles biométricos. En definitiva, a través de este trabajo se pretende identificar los principales hitos en la materia, mayoritariamente de carácter judicial, lo que *a priori* permitiría evaluar el desarrollo del marco jurídico de reciente creación.

⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.

¹⁰ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Con carácter previo, resulta conveniente plantear un acercamiento al art. 18 CE en aras de identificar el contenido y alcance de los Derechos fundamentales albergados en el mismo. Sin pretensión de exhaustividad, el art. 18 CE podría ser calificado como un precepto amplio, tanto a nivel cuantitativo -dado que positiviza numerosos Derechos y libertades- como cualitativo -dichos Derechos y libertades abarcan diversidad de ámbitos de la esfera personal¹¹. Tal heterogeneidad justifica que los Derechos recogidos en el art. 18 CE, concretamente el Derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y la protección de datos personales (art. 18.4 CE), cuenten con regímenes constitucionales de protección autónomos¹². Al mismo tiempo, no obstante, existe un evidente nexo en común entre el conjunto de Derechos consagrados en el art. 18 CE. En esta dirección, la doctrina ha subrayado que los Derechos anteriormente reseñados forman parte de una macro-categoría que pivota en torno al concepto de *privacy* o derecho a la privacidad¹³.

Sobre la base de lo anterior, en las siguientes páginas se analizarán las principales novedades en torno al art. 18 CE. Como se ha mencionado anteriormente, durante el año 2023 se han introducido escasas innovaciones, tanto legales como judiciales en materia de *privacy*. Aun así, se han dictado ciertas resoluciones en sede casacional que deben ser analizadas, lo que constituye la primera parte de este comentario (I). Por otro lado, fuera del ámbito judicial, las autoridades de protección de datos, primero a nivel europeo y posteriormente nacional, han introducido un cambio relevante en la materia que, a pesar de su proximidad en el tiempo, será examinado en la segunda parte de este trabajo (II).

1.8.1. *Jurisprudencia reciente sobre el artículo 18*

Salvo error por nuestra parte, no se han localizado pronunciamientos del TC en relación con el art. 18 CE. Por su parte, si es posible encontrar varias sentencias del TS al respecto. Se tratan de las SSTs 26-4-2023 (Rec. 801/2020), 25-5-2023 (Rec. 2338/2022) y 12-9-2023 (Rec. 2261/62022). Antes de proceder a un análisis individualizado de cada sentencia, conviene subrayar la proximidad temática entre las mismas. En breve, las tres resoluciones versan sobre la eventual ilicitud de una prueba

¹¹ No resulta llamativo, de ese modo, que el contenido del art. 18 CE esté estrechamente vinculado a la dignidad humana, art. 10 CE (vid. STS 19-7-1989 y más recientemente, art. 88.2 RGPD).

¹² Como botón de muestra, la Carta de los Derechos fundamentales de la UE (CDFUE) positiviza, por un lado, el respeto a la vida privada, art. 7 y, por otro lado, la protección de datos de carácter personal, art. 8.

¹³ Un exhaustivo examen de la privacidad del trabajador en los nuevos escenarios productivos en NAVARRO NIETO, F. *Instrumentos digitales de control empresarial y tutela de la privacidad del trabajador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

por transgresión de la privacidad de la persona trabajadora en el marco de un proceso de despido.

Como se puede advertir a simple vista, esta problemática se encuentra estrechamente vinculada a una de las principales incógnitas del Derecho del Trabajo español: la correlación entre la violación de derechos fundamentales al obtener la prueba y la nulidad del despido. Sin embargo, ninguno de los pronunciamientos objeto de análisis aborda dicho interrogante. Si bien la STS 12-9-2023 llega a mencionar dicho debate, concluye que la prueba no implica una violación del Derecho a la intimidad por lo que, en consecuencia, no cabe valorar una posible nulidad del despido. Además de lo anterior, el interés constitucional de dicha incógnita se vincula al art. 24 CE, más que al art. 18 CE. Por tales razones, las siguientes líneas se circunscriben a la valoración de la actuación empresarial en relación con la privacidad de la persona trabajadora.

Del mismo modo, conviene establecer las principales diferencias entre las sentencias a examen. Si bien todas las resoluciones giran en torno a la privacidad de la persona trabajadora, una de ellas versa sobre la protección de datos personales, STS 26-4-2023, mientras que las dos restantes, sobre derecho a la intimidad, SSTs 26-4-2023 y 25-5-2023. Siguiendo esta distinción, la sentencia sobre protección de datos aborda la problemática de la videovigilancia en el lugar del trabajo mientras que las relativas a intimidad ponen el foco de atención en los informes de los detectives privados.

La primera de estas resoluciones, la STS 26-4-2023, se encuentra condicionada por el hecho de que la norma aplicable al litigio está derogada. La actual LOPD se aprueba a finales de 2018, por lo que, aunque su entrada en vigor se produce al día siguiente de su publicación en el boletín, la mayoría de las resoluciones en casación dictadas hasta la fecha se resuelven en atención a la normativa anterior. En efecto, en la STS 26-4-2023 no se aplica la última normativa sobre protección de datos sino la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En consecuencia, la presente resolución no permite analizar el impacto de los arts. 89 y 90 LOPD actual, sobre derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el trabajo.

Al margen de lo anterior, tanto en primera como segunda instancia, se ha concluido que las grabaciones tomadas por las cámaras visibles instaladas en el establecimiento, sobre las que se basa el despido disciplinario, deben ser calificadas como pruebas ilícitas, lo que deriva en la improcedencia del despido. La Sala cuarta estima el recurso de casación al confirmar que, atendiendo al marco legal de 1999, la grabación en liza constituye una prueba lícita, siendo así el despido calificado como procedente. Como se prueba a lo largo del litigio, la persona trabajadora conocía la existencia de cámaras destinadas al control de la actividad laboral, llegando a dejar constancia por escrito.

En la segunda de las resoluciones, STS 25-5-2023, también se cuestiona la licitud de la prueba que justifica el despido. Sin embargo, como se ha adelantado previamente, la eventual ilicitud no proviene de la violación de la protección de datos (art. 18.4 CE), sino de la intimidad (art. 18.1 CE). A nivel fáctico, una persona trabajadora es despedida disciplinariamente por infracción de la buena fe contractual. Dicha decisión se basa en el informe de un detective privado a través del cual se constata que la persona trabajadora ha realizado esfuerzos en su jardín incompatibles con las dolencias físicas que justifican su incapacidad temporal. Si bien en primera instancia se afirma que el despido es procedente, en suplicación el despido merece la calificación de improcedente, siendo esta última la opción confirmada en casación. El objeto del recurso reside en dilucidar si el informe de un detective privado puede incluir imágenes y/o vídeos obtenidos en el jardín de la persona trabajadora. Para ello se ha de acudir a la Ley 5/2014 de 4 de abril, de Seguridad Privada, concretamente a su art. 48, según el cual el domicilio y otros lugares reservados quedan excluidos de los servicios de investigación privada. El TS concluye que el jardín debe ser calificado como domicilio o, en todo caso, como lugar reservado. En palabras del tribunal, “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”. En consecuencia, el TS confirma que la prueba sobre la que se sustenta el despido, de un lado, vulnera la intimidad de la persona trabajadora (art. 18.1 CE) y, de otro lado, no puede ser utilizada en el proceso laboral (art. 90.2 LRJS). Sobre la base de todo lo anterior, el Tribunal confirma la improcedencia del despido.

La tercera y última sentencia objeto de análisis, STS 12-9-2023, también aborda la relación entre la intimidad de la persona trabajadora y el contenido del informe del detective privado como vía para acreditar un despido. Sin embargo, en esta ocasión, el debate no versa sobre el lugar en el que se realiza la investigación, sino sobre la necesidad de indicios previos. Atendiendo a los hechos probados, una persona trabajadora es despedida disciplinariamente por diversidad de incumplimientos, entre los que se encuentra un supuesto delito de seguridad vial. Dichos hechos fueron constatados en el informe de un detective privado. Tanto en primera como en segunda instancia se sostiene que el informe del detective privado supone una transgresión injustificada de la intimidad de la persona trabajadora ante la ausencia de indicios previos que justificasen la realización de dicho informe. Como consecuencia, se impuso, de un lado, una indemnización por violación de derechos fundamentales y, de otro lado, la nulidad del despido.

Por su parte, la Sala cuarta casa la sentencia de suplicación concluyendo que la intervención del detective no supone una vulneración del derecho a la intimidad. No

obstante, al mismo tiempo, la sentencia califica el despido como improcedente. Ambos extremos deben ser analizados con mayor detenimiento. Respecto a la legalidad de la prueba, el tribunal concluye que la licitud del informe del detective privado no está condicionado a la acreditación previa de indicios de incumplimiento. Si bien la Ley 5/2014 establece notables cautelas en beneficio de la persona trabajadora investigada, la acreditación previa de sospechas fundadas no se encuentra entre las mismas. Respecto al impacto de la prueba en la calificación del despido, como se ha mencionado *supra*, la licitud del informe del detective privado no viene acompañada de la procedencia del despido, como en la primera de las resoluciones analizadas. Por su parte, el presente pronunciamiento concluye que, a pesar de la licitud de la prueba, el despido debe calificarse como improcedente ante la falta de acreditación del incumplimiento que justifica la extinción. Para comprender esta llamativa decisión es pertinente tener en cuenta dos aspectos procesales subrayados por el tribunal. De un lado, el informe de un detective privado no es una prueba documental, sino la plasmación por escrito de una prueba pericial (STC 114/884). De otro lado, la valoración de la prueba queda vedada en casación por el carácter extraordinario del recurso. En consecuencia, la Sala cuarta considera que, a pesar de que el informe no vulnera la intimidad de la persona trabajadora, no puede entrar a valorar su contenido en este momento procesal. En consecuencia, no quedan acreditados los incumplimientos que sustentan el despido disciplinario, razón por la cual recibe la calificación de improcedente.

En resumen, las resoluciones analizadas permiten clarificar ciertos aspectos vinculados a la privacidad en la esfera laboral. Sin embargo, por resolverse conforme a una normativa derogada o por versar sobre aspectos específicos de carácter tangencial, la jurisprudencia del TS dictada en 2023 no supone una notable innovación en materia jurídico-laboral.

1.8.2. *Novedades en materia de control biométrico*

Al margen, o en paralelo, al ámbito judicial, durante 2023 se ha producido una relevante novedad en el ámbito de la privacidad en el trabajo, concretamente en referencia a los controles biométricos. Como breve contextualización, desde 2007, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha admitido el registro de jornada a través de controles biométricos¹⁴. Con la entrada en vigor del RGPD, los datos biométricos pasan a calificarse categoría especial, estatus que impone límites estrictos y la superación del análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En este punto, aunque no se

¹⁴ Vid. STS 2-7-2007 (Rec. 5017/2003).

pretende ahondar al respecto, es preciso distinguir entre operaciones de autenticación e identificación. Las primeras comprueban la identidad solicitada por un individuo mientras que las segundas identifican a un sujeto entre un grupo. Según la Agencia española de Protección de datos (AEPD), el control biométrico de las operaciones de identificación son las únicas que han de ser consideradas categoría especial. Por ende, no existían inconvenientes en realizar el registro de jornada, siguiendo la opción de la autenticación, a través de controles biométricos.

Ante este paradigma, en abril de 2023 el Comité europeo de protección de datos (*European Board of Data Protection*) ha establecido que, si bien identificación y autenticación son procesos diferenciados, ambos merecen la consideración de categoría especial, lo que implica la imposición de mayores restricciones a cualquier control biométrico¹⁵. A finales de este mismo año, en aras de adaptarse a las nuevas exigencias europeas, la AEPD ha publicado una nueva guía sobre control de presencia mediante sistemas biométricos¹⁶. Rectificando su posición inicial, la AEPD reconoce que la distinción entre autenticación e identificación no permite reducir las tutelas en los controles biométricos, de modo que cualquier actuación debe ser considerada categoría especial, con las restricciones y garantías que ello implica.

1.9. Protección a la libertad de expresión

1.9.1. Antecedentes de hecho

La relevancia del comentario queda justificada por la interpretación y el alcance del derecho de libertad de expresión desde el control que ejerce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se puede comprobar la diferencia de criterios entre los órganos nacionales y el órgano europeo apostando este último por una interpretación más protectora para el trabajador recurrente. Como se va a comprobar a continuación, pese a que el asunto se afronta desde el orden jurisdiccional penal, tiene un impacto laboral objetivo y directo.

1.9.2. Procedimiento por despido en la instancia

Partes: El Ministerio Fiscal denunció a un trabajador en el marco de unas protestas por impagos de salarios en el Arsenal Militar de Ferrol. El personal afectado era el

¹⁵ EBDP, *Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement*, Abril 2023. Disponible en https://edpb.europa.eu/system/files/2023-05/edpb_guidelines_202304_frtlawenforcement_v2_en.pdf (última consulta 1/12/23).

¹⁶ AEPD, *Control de presencia mediante sistemas biométricos*, noviembre 2023. Disponible en <https://www.aepd.es/documento/guia-control-presencia-biometrico-nov-2023.pdf> (u. c. 1/12/23).

encargado de la limpieza de las instalaciones de Defensa llegando a ejercer su legítimo derecho a la huelga. En ese contexto el trabajador gritó consignas contra la bandera española con expresiones como “la bandera no paga las facturas” lo que motivó reuniones con el Almirante que le pidió “rebajar el tono” de las protestas durante el izado de la bandera. Más adelante en la continuidad de la protesta se le acusa de coger el megáfono y gritar: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» [«aquí tenéis el silencio de la puta bandera»] y «hai que prenderlle lume á puta bandeira» [«hay que prenderle fuego a la puta bandera»]. Al margen de lo narrado no hubo ningún otro incidente.

Sentencia de 22 de marzo de 2017 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol. Condena al trabajador por delito de ultrajes a España y en consecuencia a una pena de multa de 1.260 € con sustitución por la privación de libertad en caso de impago.

1.9.3. *Recurso de Apelación*

El trabajador recurrió en recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Coruña al entender que la sentencia vulneraba su derecho a la libertad ideológica y libertad de expresión. La Audiencia Provincial en sentencia de 8 de febrero de 2018 desestima el recurso y confirma la condena en instancia argumentando que el personal militar afectado había sentido humillación por las expresiones del recurrente.

1.9.4. *Recurso de Amparo*

El 27 de marzo de 2018 el demandante acude en amparo alegando la vulneración de sus derechos a la libertad ideológica y la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso pese el informe a favor del Ministerio Fiscal. Entendió que esas expresiones contenían una carga de intolerancia que no estaban protegidas por la libertad de expresión y la sanción penal impuesta era proporcionada. Nuestro Tribunal de Garantías considera que estos comentarios no tienen vínculo con la reclamación laboral que sostenían con la empleadora. La resolución añade para su decisión dos elementos fácticos que considera relevantes: los comentarios se profirieron con la izada de bandera, con la guardia formando y algunos de los manifestantes le mostraron su disconformidad con los gritos. Se entiende por el Tribunal Constitucional que los insultos fueron inoportunos y fuera de lugar por lo que no se trata de la extralimitación en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión e ideológica, sino que la actuación queda fuera del ejercicio de esos derechos. En conclusión, se desestima el recurso afirmando que la respuesta punitiva fue la adecuada. Si es de reseñar que la sentencia tiene cuatro votos particulares de la magistrada Encarnación Roca Trías, de

Andrés Ollero Tassara, otro conjunto de Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón y por último de Cándido Conde-Pumpido Tourón.

1.9.5. Valoración jurídica del asunto

Centrado el debate, procede analizar los fundamentos jurídicos de la sentencia del TEDH. El Tribunal europeo analiza el litigio desde la perspectiva del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin ánimo de ser excesivamente exhaustivo, este precepto consagra el derecho a la libertad de expresión sin injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras, aunque sometido a deberes y responsabilidades y que puede ser sometido a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas en la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El TEDH discrepa de las resoluciones judiciales internas expuestas anteriormente. Parte de la premisa que la sanción impuesta supuso una injerencia en el derecho para libertad de expresión y que la misma puede implicar una vulneración del artículo 10 del CEDH salvo que esté prevista en la ley, que persiga uno o más objetivos legítimos planteados en la norma y sea necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dichos objetivos. Cabe reseñar el papel de la doctrina del TEDH en el sentido de extender la libertad de expresión más allá de la visión clásica de los derechos civiles al campo del derecho del trabajo y en consecuencia añadir obligaciones a los Estados para garantizar el cumplimiento de este derecho¹⁷.

En cierta medida esta sentencia viene a aplicar o reforzar la doctrina asentada del TEDH por lo que su aportación fundamental se refiere a los efectos que produce para nuestra jurisdicción ordinaria y para la doctrina del Tribunal Constitucional. La resolución recuerda que el convenio protege no solo las expresiones inofensivas o indiferentes sino también las que ofenden, escandalizan o molestan tanto al Estado como a sectores de su población. El juicio en este tipo de situaciones debe estar en si la injerencia es proporcionada a los objetivos legítimos y si la posición del Estado aporta argumentos relevantes y suficientes. Como se puede ver se trata de unos parámetros que obligan a adentrarse en la casuística del caso concreto para ponderarlos.

¹⁷ SÁEZ LARA, C, "Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y protección en España de los *whistleblowers*", *Temas Laborales*, núm. 145, 2018, pp. 243-280.

Conectando con lo anterior el TEDH reconoce que los insultos son provocativos y también gratuitos, pero entiende que las resoluciones no han valorado lo suficiente si los mismos han podido incitar al odio. En esa ponderación añade un elemento de valoración fáctica y es que al ser manifestaciones orales el demandante no tuvo oportunidad de retractarse. Discrepando de lo manifestado por la Audiencia Provincial, los insultos no iban dirigidos a una persona o colectivo en relación con esa humillación, que se entendía probado que habían sentido los militares. Es significativo también que el procedimiento no contó con acusación particular, ninguna demanda civil se presentó y no hubo un daño personal o material en los hechos.

Sin duda la discrepancia que más relevancia tiene con el intérprete nacional es que para el TEDH las manifestaciones del trabajador si tenían una conexión con las protestas. Pese que no se puede hacer un juicio de intenciones sobre el demandante no es descabellado entender que su frustración expresada en la protesta tiene que ver con que el personal militar representaba a su empleador como trabajador de limpieza. Pese a que la presencia de este tipo de debates debe evitar sobrepasar ciertos límites como impone el debido respeto y la reputación de las personas se debe admitir ciertas salidas de tono incluso de carácter provocativo. Por último, el TEDH entiende que la multa impuesta es considerable y que podía sustituirse por la pena de prisión alcanzando la convicción que la pena impuesta por los órganos proporcionales fue desproporcionada. Por todo ello el TEDH concluye que se le ha vulnerado al representante sindical su derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y aparte de esta declaración procede a repararle por el importe de la multa más 6.000 € en concepto de daños morales, así como el abono por ello de cualquier impuesto exigible.

Se trata de una sentencia que se sitúa en el marco de la protección del derecho de libertad de expresión a favor de las personas trabajadoras. Pese a ser un supuesto donde se lanza una serie de improperios difícilmente justificables se sitúa en el conflicto y la aplicación de la norma en el debido conflicto social. Prueba de que las expresiones no estaban desconectadas de la reivindicación laboral es el representante manifestó que la bandera no paga las facturas en conexión con el impago de salarios que estaban sufriendo los trabajadores. Es por ello por lo que se debe entender que en conflictos laborales tensos y enconados se pueden cometer excesos verbales pero que desde luego no deben ser reprochados desde la esfera penal debiendo prevalecer la libertad de expresión sobre la ofensa que se le ha podido causar a un símbolo de la nación como es la bandera española.

1.10. Derecho a la tutela judicial efectiva

En el ámbito de la garantía de indemnidad se han dictado distintas resoluciones, aunque la mayoría de ellas se limitan a ratificar criterios previos en distintas materias: cuantificación de la indemnización por daños morales, acceso al recurso de suplicación cuando se denuncia la vulneración de este derecho fundamental, etc. Sin embargo, se han dictado dos resoluciones que merecen una especial atención, que se van a abordar a continuación.

La primera es la STS de 8 de noviembre de 2023 (Rcud. 2524/2021). Esta resolución aborda el supuesto de una trabajadora que suscribió sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. En determinada fecha, interpuso demanda en la que solicitaba la declaración del carácter indefinido de su relación laboral, tras lo que se le comunicó su finalización, con fundamento en el vencimiento ya previsto del contrato temporal vigente. La sentencia, entre otras cuestiones, aborda si en esta situación debe considerarse lesionada la garantía de indemnidad, dado que, cuando presentó la reclamación, la trabajadora ya conocía la fecha en que iba a finalizar el contrato de trabajo temporal suscrito en ese momento.

Al respecto, debe recordarse que la jurisprudencia previa (por todas, la STS de 21 de septiembre de 2022, Rcud. 2324/2021) ya había señalado que en términos generales debía descartarse la vulneración de la garantía de indemnidad cuando el cese se produce en la fecha prevista en el contrato, dado que la conducta empresarial no era otra que la previsible con independencia de la reclamación. No obstante, en el presente supuesto concurren circunstancias adicionales que permiten quebrar esa regla general, tales como la extensión temporal de la prestación de servicios (diez años), así como el encadenamiento de contratos (hasta siete en el momento de la reclamación), lo que es considerado por el TS como un indicio de entidad. Así, frente a la apariencia formal de finalización regular, se contraponen la sucesión de contrataciones sin apenas solución de continuidad y sin que la empleadora acreditase razón alguna por la que la cadena de contrataciones se había roto abruptamente. Por lo expuesto, se declara la vulneración de la garantía de indemnidad y la nulidad del despido.

La segunda resolución de interés y que incorpora especiales novedades en el ámbito de la garantía de indemnidad es la STS de 21 de noviembre de 2023 (Rcud. 5044/2022). Esta resolución aborda el supuesto de un trabajador cuya relación laboral se formalizó mediante la suscripción de sucesivos contratos de duración determinada. Tras interponer demanda, se dictó sentencia que declaraba que su relación laboral era de carácter indefinido. Dicha resolución fue recurrida por la empleadora en suplicación, si bien dicho recurso fue desestimado y se confirmó la sentencia. Más tarde, el actor solicitó la

ejecución de la sentencia, la cual fue denegada por el juzgado. El trabajador interpuso recurso de reposición contra dicha resolución, si bien el órgano judicial lo desestimó. Pese a lo expuesto, la empleadora continuó formalizando con el actor contratos de duración determinada y, pasado un año, le comunicó la extinción de su relación laboral por haber llegado la fecha del vencimiento del último de ellos, tras lo que el actor formuló demanda por despido y denunció la vulneración de su garantía de indemnidad. Debe añadirse que durante la tramitación del proceso judicial se le volvió a contratar en reiteradas ocasiones. Incluso, una vez finalizada la relación laboral (e interpuesta demanda por despido), se le permitió suscribir un nuevo contrato temporal durante algo más de tres meses.

El juzgado que conoció el asunto declaró la nulidad del despido, pero el TSJ revocó parcialmente dicha sentencia y declaró tan solo la improcedencia del cese, ya que consideró que no concurrían indicios suficientes. El trabajador planteó recurso de casación para la unificación de doctrina, que permitió al TS abordar distintas cuestiones de especial trascendencia.

En primer lugar, recuerda que la conexión temporal que requiere la garantía de indemnidad no debe valorarse en términos absolutos. Tiene en cuenta que el actor formuló la demanda en 2016 y después suscribió un nuevo contrato temporal en 2017. Posteriormente, se dictó la sentencia por el juzgado (abril de 2018), tras lo que el proceso continuó activo, lo que se concretó en sendas actuaciones por parte de la empleadora (recurso de suplicación resuelto en abril de 2019) y por parte del trabajador (solicitud de ejecución y posterior recurso, lo que extendió el litigio hasta el 8 de junio de 2020), de forma que pervivía el ejercicio de la acción judicial, ya fuese en fase declarativa o ejecutiva. En estos términos, el TS tiene en cuenta que en un proceso de cuatro años -comenzó en 2016 y su ejecución se mantuvo hasta junio de 2020-, la existencia de un lapso de doce meses -el cese se produjo en junio de 2021- no constituye en términos relativos un espacio temporal de entidad que permita desvirtuar la conexión entre la acción y la reacción adversa.

En segundo lugar, dictada la sentencia que declaraba el carácter indefinido de la relación laboral, la empresa continuaba suscribiendo nuevos contratos de trabajo, lo que el TS interpreta como una forma de acatar la sentencia (resultado, esta última, del ejercicio del derecho de la tutela judicial del trabajador). Es decir, con la suscripción de tales contratos la empleadora reconocía implícitamente la existencia de la reclamación, por lo que mantenía viva la relación laboral. El TS expresa al respecto que el reconocimiento de la existencia de reclamación puede efectuarse tanto de forma activa (por el trabajador) como pasiva (por la empresa), como ocurre en el presente supuesto.

En tercer lugar, con cita de la anterior STS de 9 de diciembre de 2021 (Rcud. 92/2019), recuerda que la propia dinámica lesiva de la garantía de indemnidad implica la posibilidad de que la represalia no se manifieste de forma velada e inmediata, sino que es compatible con la existencia de sucesivos contratos posteriores, suscritos con el propósito de disimular o encubrir la conexión entre acción y reacción.

En cuarto lugar, recuerda que la proximidad temporal es solo uno de los indicios que pueden ser tenidos en cuenta para establecer la conexión entre reclamación judicial y represalia. Existen, sin embargo, otros tantos, tales como el establecimiento de un término comparativo (entre la situación del trabajador y de otros en similar posición) o la manifiesta ilegalidad de la decisión, cuando esta llega a resultar notoria, como es el caso. Debe tenerse en cuenta que la empleadora invoca el vencimiento de un contrato temporal, cuando la relación laboral ya había sido declarada indefinida por sentencia judicial firme.

Por último, el TS apunta que el esquema tradicional (reclamación-represalia) debe revisarse de forma no cronológica, en tanto que hay supuestos en que los es precisamente la entidad de la reacción adversa lo que permite cualificar la acción (como ocurrió en el supuesto abordado por la STS de 15 de noviembre de 2022, Rcud. 2645/2021, que abordó el supuesto de una empresa que despidió a un trabajador tan reclamar sus derechos a la empresa través de una aplicación de mensajería instantánea). En estos casos, aun cuando el indicio por sí mismo no bastaría para activar la garantía de indemnidad, las circunstancias en que se produce la reacción determinan que el aludido indicio se intensifique y resulte suficiente para ello.

A la vista de lo expuesto, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y se declara la nulidad del despido por haber vulnerado esta la garantía de indemnidad del trabajador.

II. CONTRATACIÓN Y EMPLEO ¹⁸

2.1. Introducción

Los diferentes temas que se abordan en el análisis que viene a continuación sobre contratación y empleo, no son más que una sucinta apreciación de la última jurisprudencia llena de matices y precisiones, e, incluso, a veces de imprecisiones, que pretenden dar luz al mandato legal. No sólo hay una diversidad de cuestiones a tratar,

¹⁸ Han colaborado en la redacción de este apartado: María Carmen ARANDA MARTÍNEZ (coordinadora), Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Lidia GIL OTERO, Delyana MILENOVA KOSEVA, Rubén PARRÉS MIRALLES, Jaime PIQUERAS GARCÍA, Tania SERRANO GARCÍA y Araceli VALLECILLO ORELLANA.

sino que también se aporta en este estudio el criterio interpretativo de diferentes estancias judiciales.

En el texto que sucede se encuentran recogidas, en primer lugar, cuestiones que afectan directamente al empleo (apartado 2.2) en relación con el excesivo uso de la temporalidad en el empleo público y la evolución de las medidas que se han ido adoptando, por lo que, se hace alguna referencia normativa y jurisprudencial sobre tales medidas que pretenden acabar con el exceso de temporalidad en el empleo público. Esta cuestión se aborda desde el orden Contencioso-Administrativo en cuanto a la contratación de personal indefinido no fijo y su derecho a entablar una relación contractual administrativa una vez superado el proceso selectivo que corresponda. Nada parece indicar que el camino a la estabilización del empleado público vaya a dejar de sufrir cierto estancamiento temporal, a pesar de las medidas exigidas desde los diferentes operadores europeos y nacionales (a través de Directivas y Acuerdos Marco) así como la propia jurisprudencia, quedando a la espera de los resultados tras el plazo estabilizador que estableció la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Se enlaza a la problemática anterior sobre empleabilidad y contratación temporal, la opinión del TS en la sentencia 892/2023, de 30 de octubre, acerca de considerar fraudulenta o no la contratación temporal de una trabajadora en estado de gestación de seis meses (apartado 2.3). Se pronuncia el Tribunal con la no consideración de tal situación laboral como fraudulenta, aunque la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levante un acta contra la trabajadora, por entender que en connivencia con la empresa simulaban una situación ficticia para obtener la prestación por desempleo. Es de importancia para el Tribunal, y entiende positivamente, que la concatenación de contratos por circunstancias de la producción que venía siendo habitual entre la empresa y la trabajadora no dan a entender que se tratase de una contratación temporal aislada susceptible de poder calificarse como una conducta fraudulenta y, además, el TS deja constancia de la especial protección de la maternidad y el embarazo que debe tener lugar en la fase de acceso al empleo. Por su parte, se expone el estudio del pronunciamiento del TS en su sentencia 4521/2023, de 27 de octubre, (apartado 2.4) referido a la celebración fraudulenta de contratos temporales de sustitución de cobertura de un puesto vacante durante el proceso de selección, que acoge todavía importantes lagunas o zonas grises sobre las que el Tribunal contribuye a esclarecer.

Un escenario inquieto presenta el cuerpo interpretativo de la doctrina del TJUE (apartado 2.5) sobre el concepto de tiempo de trabajo. Este tiene su reflejo en la jurisprudencia y doctrina judicial interna que, como no podía ser de otra manera, viene provocado por un escenario productivo multiforme dentro del Derecho del Trabajo a causa de un escenario tecnológico y digitalizado que hace que el tiempo de trabajo se

enfrente a una gran variedad de situaciones imprevistas, difusas e imprecisas. De tal manera que la STS de 18 de abril de 2023 (Rec. 185/2021) integra y sintetiza la interpretación del TJUE y, en relación con las guardias de localización (telefónica) y las guardias de disponibilidad, no las considera tiempo de trabajo tras la exposición de contundentes afirmaciones sobre los elementos esenciales del concepto de tiempo de trabajo que introdujo la Directiva 2003/88/CE. Sobre la misma cuestión, tiempo de trabajo, (apartado 2.6) se aborda el análisis de la SAN de 23 de enero (Rec. 333/2022). Un pronunciamiento sobre un proceso de conflicto colectivo en el que la AN se sirve de la jurisprudencia europea y el sentir del TS, que pivota sobre el lugar donde se presta el trabajo y, por ende, donde se desarrolla la actividad empresarial, para determinar que sí se considera tiempo de trabajo y, por tanto, es retribuable, el tiempo que emplea el trabajador en desplazarse desde su domicilio hasta el primer cliente y el retorno desde el último cliente que finaliza la jornada de trabajo.

Por su parte, sobre los derechos de conciliación (apartado 2.7), el legislador ha decidido otorgarles un mayor espacio en la relación de trabajo y, tras la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, sobre los nuevos permisos para la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, impuesto su cumplimiento y ejecución por la UE tras trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, nos encontramos frente a unos derechos de conciliación con un escenario mucho más abierto y complejo y, quizá, de complicado encaje con algunas estructuras productivas de pequeño tamaño, situación que, sin duda, tendrá que ser abordada de forma minuciosa. Para la protección de los derechos de conciliación se establece, como sabemos, un procedimiento específico (art. 139 LRJS). De este se vale una trabajadora a la que la empresa le deniega la concreción horaria solicitada con base a los derechos de conciliación. Esta es la litis tratada en la STS de 26 de abril de 2023 (Rec. 1040/2020) en unificación de doctrina que confirma la procedencia de una indemnización por los daños y perjuicios causados. Además, el Tribunal hace una amplia exposición en cuanto a cómo esta negativa pueda llegar a constituir una discriminación sobre un colectivo que ejercita en mayor medida el derecho a la reducción de jornada.

En otro orden de cosas, sigue la polémica en cuestiones referentes a la calificación jurídica de las personas cuidadoras que prestan servicios a través de plataformas digitales (apartado 2.8), circunscrita sobre la presunción de laboralidad en aquellas actividades que se llevan a cabo a través de plataformas digitales pero que no se tratan de actividades de reparto, ya que sólo estas últimas quedan amparadas por la protección de la Ley 12/2021. Así, el TSJ de Cataluña en la sentencia de 4 de mayo de 2023 (Rec. 6717/2022) reconoce que la prestación de servicios llevada a cabo por las personas

dedicadas a la atención y cuidado de personas en situación de dependencia, tras el análisis de los detalles fácticos de los contratos, de la relación entre trabajadores y la empresa, y la presencia de las notas de dependencia y ajenidad, queda dentro del ámbito del Derecho del Trabajo. Se abre, de tal modo, el camino a la incorporación de diferentes sectores y actividades que se sujeten a una gestión algorítmica al calificarse en esta sentencia a las personas cuidadoras que trabajan en plataformas digitales como trabajadores por cuenta ajena, a pesar de no realizar una actividad de reparto.

Por último, una cuestión de encaje procesal, la valoración de la prueba cuando el recurso elegido por el empresario para ejercer sus facultades de vigilancia y control (art. 20.3 ET) es la contratación de los servicios de detectives privados (apartado 2.9). El TS en la sentencia de 12 de septiembre de 2023 (Rcud. 2261/2022) hace una clarificadora reflexión sobre la calificación de nulidad del despido que realizan las instancias anteriores al declarar ilícita la prueba -en este caso informe del detective privado de valor testifical-. El TS discrepa de tales pronunciamientos por entender que la licitud o ilicitud de dicha prueba no debe anudarse al hecho de que el empresario no acredite en la carta de despido la existencia de sospechas objetivas y solventes que le permitan fiscalizar el cumplimiento de la prestación de trabajo dentro de la jornada de trabajo. Entiende que la licitud de la prueba debe basarse en la superación del principio de proporcionalidad, por lo que no considera que exista una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, art. 18 de la CE, que permita la calificación del despido disciplinario como nulo. En consecuencia, excluye que la ilicitud de la prueba se haga depender de indicios relevantes de los incumplimientos por parte del trabajador.

2.2. Alguna referencia normativa y jurisprudencial sobre la evolución de las medidas para acabar con el exceso de temporalidad en el empleo público

Conocido el exceso de temporalidad existente en él, no menos excedido, volumen de contrataciones laborales realizadas por la Administración Pública española, la valoración detectada en materia de contratación laboral en dicho seno público administrativo (que no en la globalidad del sector público) se circunscribe, con mayor notoriedad respecto a años anteriores, al pronunciamiento jurisprudencial emanado desde el ámbito Contencioso-Administrativo respecto del ámbito Social.

Pronunciada en años anteriores la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en mayor medida, sobre la materia relativa a la calificación de empleados públicos excedidos en la temporalidad de su relación contractual inicial, como personal indefinido no fijo y el derecho que con ello consigue todo empleado público de este modo calificado de quedar a la espera de que se convoque la plaza que viene ocupando para poder optar a ella y, en caso de superar el proceso selectivo de estabilización de dicha plaza en la que se

encuentra inserto, extinguirse su contrato laboral que viene ostentando para pasar a disfrutar de una relación profesional administrativa¹⁹, en la actualidad la tendencia jurisprudencial ha virado hacia el orden Contencioso- Administrativo, en cuanto continuador de la trayectoria profesional que debe seguir un empleado público “*Indefinido no Fijo*” en consonancia con lo dispuesto por el obligado Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada²⁰.

Partiendo de la base de que todo empleado público indefinido no fijo se encuentra ocupando una plaza estructural, por cuanto su continuidad laboral denota actuación de objeto permanente en la Administración²¹, la obligatoriedad de estabilizarla pasa por realizarse una tramitación en la Administración Pública consistente en la asunción del objeto de la plaza existente, así como en la dotación de efectivos profesionales que lo ejecuten previa reserva presupuestaria necesaria para cubrir los costes que la relación profesional precisa.

Desde el punto de vista normativo, la cuestión de la temporalidad de los contratos laborales parte del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el Trabajo de Duración Determinada. Dicha norma, abarca tres tipos de aspectos a alcanzar: a) un principio de no discriminación entre trabajadores fijos y trabajadores no fijos (cláusula 4); b) la obligación de adoptar medidas tendentes a evitar la utilización abusiva del trabajo de duración determinada (cláusula 5); así como, la facilitación de información, oportunidades y consulta con los representantes de los trabajadores al objeto de minimizar riesgos de abuso y fraude de Ley en la relación contractual de los empleados afectados (cláusulas 6 y 7)²². Aspectos que, si bien se incardinan en el ámbito laboral, durante el año 2023 han resultado destacables los pronunciamientos vertidos por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal

¹⁹ Por el contrario, en caso de no superación el proceso selectivo, el contrato laboral quedará igualmente extinguido, pero por motivo de fin del objeto del contrato dado que el mismo pasa a ser desempeñado por un empleado no sujeto a los preceptos laborales si no a los preceptos administrativos, lo que supone que, si bien el objeto del contrato sigue existiendo, éste pasa a depender de un modo de desempeño y de progreso estructural diferente al que ha venido teniendo en el contrato laboral.

²⁰ DOCE núm.175, de 10 de julio de 1999.

²¹ BENAVENTE TORRES, I., “El Despido Colectivo en las Administraciones Públicas tras el RDL 32/2021, DE 28-12”. AA.VV., *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero* Monografías de Temas Laborales, núm. 65, 2023, pp.235-243.

²² STS, Sala Contencioso- Administrativa, de 30 de noviembre de 2021 (Rec. Núm. 6302/2018).

Supremo, competente en la valoración y enjuiciamiento de actuaciones relativas a los empleados públicos estructurales.

Con ello, traemos a colación algunos pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso administrativo a fin de corroborar que la evolución de las medidas para acabar con el exceso de temporalidad en el empleo público pasa por asumir, dentro de la estructura administrativa, al objeto funcional que viene existiendo en la Administración Pública como una actuación de servicio público de naturaleza funcionarial y laboral estable por estructurar. Con ello, nos encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que tratan de la situación de estabilidad del personal que viene ocupando plazas de dicha naturaleza.

Iniciando la relación con la STS 78/2023, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de enero de 2023 (Rec. 3960/2021), por la cual el Alto Tribunal se pronuncia sobre la oferta de empleo público, destaca la consideración de que la misma no es una disposición general, sino un instrumento de gestión, que según el artículo 70 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, debe limitarse a definir con carácter genérico las plazas que vayan a ser objeto de ulteriores convocatorias, pero sin innovar o modificar las relaciones de puestos de trabajo existentes, siendo con ello, un “acto perfectamente diferenciado del posterior proceso de selección”, como ya venía indicando en la STS 3 de marzo de 2022 (Rec. 7731/2019). Ello comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. Para lograr dicha finalidad se debe adoptar por el Estado una o varias medidas que justifiquen la renovación de la relación laboral de duración determinada, por cuanto la cláusula 4, no tiene como finalidad primaria otorgar derechos subjetivos a los individuos en el seno de sus concretas relaciones jurídicas.

De este modo, tanto el personal empleado público de las Universidades²³, como el personal estatutario de los servicios de Salud²⁴, por muy específico régimen jurídico que presenten, deben tener el derecho a estabilizar las plazas que vienen ocupando, aunque de modo “procedimentalizado” y no automático, por cuanto la plaza cubierta en situación de fraude laboral debe encontrarse con una solución disuasoria y proporcionada a dicha situación fraudulenta que no dependa de voluntades unívocas. Ello conduce hacia la observancia por fin de contrato de una serie de derechos inherentes a la finalización

²³ STJUE (Sala Sexta), de 15 de diciembre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato- Italia) - AQ, BO, CP (C-40/20), AZ, BY, CX, DW, EV, FU, GJ (C-173/20) / Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca - MIUR, Università degli studi di Perugia (Asuntos acumulados C-40/20 y C-173/20).

²⁴ STS 411/2023, Sala de lo Contencioso. Sede Madrid, de 8 de febrero de 2023 (Rec. 194/2021. ECLI:ES:TS: 2023:411).

contractual que, en el caso de estabilización profesional, queda exento de la obligación indemnizatoria si se ha conseguido estabilizar el contrato laboral de duración determinada como relación laboral de naturaleza estructural administrativa²⁵.

Finaliza esta breve reseña con la consideración de la experiencia profesional en otros puestos de trabajo distintos al que se opta de modo consolidable, como valoración de mérito para un concurso de traslado, cuando dicha experiencia previa ha sido en plazas estructurales²⁶, lo que confirma el camino aún pendiente de recorrer que deben pasar los empleados contratados laborales indefinidos no fijos de plazas inicialmente laborales por temporales que, sin embargo, se han perpetuado en el tiempo.

Si bien el Acuerdo Marco y la Directiva 99/70/CE, han avanzado desde un estadio discriminatorio (Clausula 4) hacia un estadio limitativo de la temporalidad, para un determinado tipo de empleado público- el laboral de plaza temporal-, el camino a recorrer le está resultando más largo al deber, en primer lugar, superar el obstáculo de la igualdad de trato respecto a sus homólogos temporales de plazas estructurales. Esperemos verlo antes de la finalización del plazo estabilizador indicado por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021).

2.3. Contratación temporal y gestión: breve comentario a la STS 892/2023, de 30 de octubre

A modo de resumen, en el presente proceso, el Tribunal Supremo no considera fraudulenta la contratación temporal de una trabajadora en proceso de gestación de seis meses. Con anterioridad al fin del contrato temporal, la trabajadora solicita la prestación por maternidad. Posteriormente, solicita la prestación por desempleo hasta su agotamiento, pasando a percibir el subsidio por desempleo. El TS concluye que el embarazo no puede suponer un indicio de fraude por sí mismo. El SEPE no acreditó que la prestación de servicio no fuera real.

Entre los hechos probados, encontramos que una trabajadora con dos hijos prestó servicios por cuenta ajena para la empresa desde 2007, a través de diversos contratos por circunstancias de la producción, justificados en atender exigencias del mercado. Durante estos años, la trabajadora también alternó periodos de inactividad en los que recibió la prestación por desempleo. El último de los contratos, para prestar servicios como auxiliar administrativa por una duración de 3 meses, se suscribió el 03/06/2011,

²⁵ Respecto al carácter indemnizatorio, Vid también, STS 499/2023, Sala de lo Contencioso, de 22 de febrero de 2023 (Rec. 3841/2021. ECLI:ES:TS: 2023:499).

²⁶ STS 4950/2023, Sala de lo Contencioso, de 22 de noviembre de 2023 (Rec. 3006/2022). ECLI:ES:TS: 2023:4950.

cuando la trabajadora se encontraba embarazada de seis meses, con una duración estimada de finalización para el día 2/09/2011.

Con anterioridad a la finalización, el día 10/08/2011 la trabajadora solicitó la prestación por maternidad, que fue reconocida por el INSS con efectos desde la fecha de solicitud y hasta el 21/11/2011. Tras la finalización de la prestación por maternidad, el SEPE reanudó la prestación por desempleo que la trabajadora había generado anteriormente, por una duración de año y medio aproximadamente. Al agotarse la prestación la actora solicitó el subsidio por desempleo, el cual estuvo percibiendo por un año, hasta el 10/07/14.

Dos meses más tarde, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levanta acta de infracción contra la actora, donde se sostiene que la trabajadora actuó en connivencia con la empresa para obtener de forma fraudulenta la prestación por desempleo, sin que concurriera tal causa en realidad. El acta de infracción describe los hechos como una infracción muy grave de los arts. 3 y 26.1 LISOS y propone la extinción de la prestación y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. De forma paralela, se procede a levantar una segunda acta de infracción contra la empresa por los mismos hechos, imponiendo una sanción de 6.251 euros y la responsabilidad solidaria en la devolución de las cantidades percibidas indebidamente por la trabajadora. El SEPE acordó la sanción del cese en la prestación por desempleo de la trabajadora y declaró que la cuantía de las prestaciones indebidas por desempleo pendientes de reintegro correspondía a un total de 11.301,73€.

Con anterioridad a la sentencia del TS, tanto el Juzgado de lo Social núm. 3 de Alicante, como el TSJ de la Comunidad Valenciana rechazaron los intentos de la trabajadora contra la infracción de la ITSS y la resolución del SEPE.

En su fundamentación jurídica, el Alto Tribunal señala que los hechos probados descritos por el SEPE “no permiten inferir una situación de fraude dirigida a obtener indebidamente la prestación por desempleo”. El TS continúa argumentando que “si bien en el periodo concernido la trabajadora estaba en el sexto mes de su embarazo, este dato en modo alguno permite anudar la imposibilidad de llevar a cabo la prestación de los servicios de auxiliar administrativa para la que había sido contratada”.

En esta ocasión, la encadenación de contratos temporales se valora positivamente como muestra de que la prestación de trabajo no era aislada, de forma que no existió acuerdo entre la trabajadora y la empresa para acceder a la prestación por desempleo. El TS hace referencia a esto, señalando que “la existencia de diversos vínculos contractuales a lo largo de la vida laboral de la trabajadora, siendo el último de ellos el que coincide en su inicio con el sexto mes del embarazo, sin que conste obstáculo

alguno para tal suscripción y desempeño correlativo por razón de esa situación o estado”.

Para reconocer las pretensiones de la trabajadora en amparo, el TS se apoya en diversa normativa y jurisprudencia, lanzando una serie de argumentos principales. En primer lugar, interpreta que, al tratarse de un proceso gestacional de evolución normal, sin que se evidencien riesgos para la trabajadora y siendo compatible con las funciones de auxiliar administrativa, la actora se encuentra ejerciendo de forma legítima el derecho al trabajo (art. 35.1 CE). Rechazar su solicitud de ingreso en la empresa ante la necesidad de mano de obra podría suponer una discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo, prohibida por el art. 14 CE.

En segundo lugar, y en esta línea de tutela antidiscriminatoria, el Alto Tribunal recuerda que el Convenio núm. 111 OIT prohíbe las discriminaciones en el empleo y la ocupación en aquellas fases previas a la contratación. Adicionalmente, el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

En tercer lugar, se apoya en la STC 75/2011, de 19 de mayo, donde se afirma que la protección de la mujer no se limita a su situación biológica durante el embarazo y el parto, sino que también persigue evitar las consecuencias físicas y psíquicas de las medidas discriminatorias en el trabajo, medidas que podrían tener alguna repercusión en la salud de la trabajadora. Además, esta protección afianza todos sus derechos laborales, al prohibirse cualquier perjuicio derivado del estado de gestación.

En cuarto lugar, y haciendo referencia a sus propios pronunciamientos, en la STS de 18 de abril de 2021, Rjud. 2893/2010, se diferencia entre las medidas de protección hacia las mujeres, según se trate de evitar que sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de sexo o para evitar que sean excluidas del acceso al empleo. En el primer caso, la protección consiste en garantizar la estabilidad a toda costa, mientras que la vulneración de la igualdad en el acceso al empleo, que es difícilmente detectable, la configuración legal de la protección debería de no dificultar la contratación, considerando que nuestra realidad social muestra un rechazo por parte de las empresas a incorporar mujeres susceptibles de quedar embarazadas, pese al elevado nivel de igualdad formal.

Como argumentación final, la Sentencia señala que la especial protección de la maternidad y el embarazo se proyecta a la fase de acceso al empleo, eliminando los casos más habituales por los que se impide esta posibilidad a instancia del empleador, pero también, impidiendo las conductas que vienen a considerar que la contratación de una mujer en proceso de gestación constituye en sí misma un indicio de fraude para la obtención de prestaciones de Seguridad Social. Para sostener esta tesis sobre una

trabajadora, sería necesario un escenario indiciario más relevante y sólido. De lo contrario, se produciría una expulsión del mercado de trabajo y del correspondiente aseguramiento de la mujer en proceso de gestación, constituyendo una discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo.

En consecuencia, se niega que la trabajadora haya incurrido en la infracción impuesta por la ITSS y se revoca la resolución del SEPE por la cual se declara indebidas las prestaciones de desempleo, junto a la solicitud de reintegro de las cantidades.

2.4. La celebración fraudulenta de contratos temporales de sustitución de cobertura de un puesto vacante durante el proceso de selección en una entidad mercantil: comentario sobre la STS 4521/ 2023 de 27 de octubre

En las siguientes líneas, se va a proceder al análisis de la jurisprudencia que ha sido consolidada por nuestro Tribunal Supremo a la luz de la reciente STS 4521/2023, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4521), la cual gira en torno a la delimitación del ámbito de aplicación de la denominada “doctrina del indefinido no fijo”, en el marco de la contratación temporal para la cobertura de vacante en el seno del sector público.

En cuanto a los antecedentes de hecho, la persona trabajadora, como parte demandante, venía prestando trabajo para la parte demandada, una sociedad mercantil estatal integrada en el sector público, en virtud de la celebración de un contrato temporal para la cobertura de vacante. En este sentido, la trabajadora presentó demanda ante los Juzgados de lo Social, reclamando la conversión de su contrato temporal en indefinido y a jornada completa, debido a las irregularidades existentes en la contratación temporal llevadas a cabo por la mercantil estatal. Entre ellas, podemos destacar el exceso en la duración del límite temporal máximo permitido legalmente, así como la sucesión de numerosos contratos temporales con el mismo objeto, contraviniendo, de esta manera, lo establecido en los arts. 15 ET y 70 TREBEP.

En primera instancia, la demanda fue desestimada. Sin embargo, esta fue recurrida en suplicación ante el TSJ, donde se revocó parcialmente la sentencia de instancia, declarando la constatación de la contratación temporal fraudulenta y, consecuentemente, la relación laboral fue calificada como indefinida, fija y a tiempo completo, aplicando la presunción *iuris et de iure*, conforme al art. 15 ET. Asimismo, el TSJ defendió que la “doctrina del indefinido no fijo” no era aplicable al caso concreto, dado que la relación laboral existente entre la trabajadora y la entidad jurídico-privada integrada en el sector público, quedaba fuera del ámbito de aplicación de la citada doctrina, puesto que, a su juicio, la misma estaba pensada para la Administración Pública, en sentido estricto. La entidad mercantil estatal, no conforme con la anterior resolución, presentó recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS, alegando que, al tratarse de una

entidad jurídico-privada integrada en el sector público, se encontraba sometida a los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procedimientos de acceso o promoción y que, por tanto, no cabía aplicar la conversión del contrato temporal en indefinido fijo, sino que, por el contrario, debía ser aplicada la “doctrina del indefinido no fijo”.

Por tanto, la cuestión jurídica debatida se centra en dilucidar si una mercantil estatal, en calidad de persona jurídico-privada que integra el sector público, puede ser considerada Administración Pública a efectos de aplicarle la normativa común u ordinaria, contenida en el ET, o, por el contrario, las especialidades previstas para estas en el marco de la contratación temporal para la cobertura de vacante. Para ello, vamos a proceder, en primer lugar, al análisis del contrato temporal para la cobertura de vacante; en segundo lugar, a la observación de las especialidades que el mismo presenta en el seno de la Administración Pública; en tercer lugar, a la delimitación de la noción de Administración Pública. Y, por último, al estudio del ámbito de aplicación de la denominada “doctrina del indefinido no fijo”, con el objeto de determinar si la entidad mercantil estatal queda comprendida en el marco de la misma.

Como es sabido, con la entrada en vigor del RDL 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, se modificó el contenido del art. 15 ET, relativo a la duración del contrato de trabajo. De esta manera, la contratación temporal quedó limitada a dos supuestos en atención a las necesidades estructurales de la empresa. Por un lado, encontramos el contrato temporal por circunstancias de la producción. Por otro, el contrato de duración determinada por sustitución de la persona trabajadora. En base a este último, podemos observar, a su vez, tres subtipos o modalidades: en primer lugar, el contrato por sustitución de la persona trabajadora con derecho a la reserva del puesto de trabajo; en segundo lugar, para completar la jornada reducida de otra persona trabajadora; y, por último, para la cobertura temporal de un puesto de trabajo vacante durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo indefinido²⁷. Respecto a estas tres modalidades, el análisis se proyecta sobre el contrato temporal para la cobertura de vacante durante el proceso de selección o promoción, el cual ha quedado supeditado a la observación de determinados requisitos de configuración legal, como lo son la causalidad temporal, la duración del contrato de trabajo, así como la forma del mismo. Por tanto, ello nos conduce al análisis de la presente cuestión desde una triple perspectiva:

²⁷ Por su lado, se ha de destacar que el régimen jurídico de este contrato presenta prácticamente el mismo régimen jurídico que el del antiguo contrato de interinidad por sustitución, de modo que las construcciones jurisprudenciales que se aplicaban a este son extrapolables al nuevo contrato de sustitución.

Como escenario previo, el presente contrato tiene por objeto cubrir de forma temporal el puesto de trabajo vacante existente en una empresa durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato indefinido.

En primer lugar, en cuanto a la duración, el art. 15 ET, determina que la duración del contrato temporal para la cobertura de vacante no podrá ser superior a tres meses, salvo que, mediante convenio colectivo, se configure una duración inferior, en cuyo caso se habrá de observar este límite temporal. Asimismo, una vez transcurrida la duración máxima establecida, ya sea legal o convencionalmente, se prohíbe expresamente la posibilidad de concertar un nuevo contrato de trabajo con el mismo objeto que el anterior.

En segundo lugar, respecto a la causa de temporalidad, podemos afirmar que el contrato de trabajo para la cobertura de vacante está sometido a la existencia de una necesidad estructural en la empresa, la cual justifique recurrir a la temporalidad en la contratación. De forma correlativa, podemos concluir que el contrato de duración determinada para la cobertura de vacante se encuentra vinculado en esencia a una condición resolutoria. En otras palabras, esta modalidad de contrato temporal tendrá vigencia con el objeto de atender dicha necesidad consistente en dar cobertura con carácter temporal a la vacante existente durante el proceso de selección o promoción. De esta manera, una vez ha sido superado el debido proceso, el puesto de trabajo será cubierto por medio de un contrato de trabajo indefinido, quedando, por tanto, sin causa u objeto el contrato temporal que había sido suscrito para cubrir dicha necesidad temporal. Es por ello por lo que, una vez llegada la condición resolutoria, se procederá consecuentemente a la extinción del contrato de trabajo temporal para la cobertura de vacante.

En tercer lugar, ante el incumplimiento de estos requisitos de configuración legal, relativos a la causa de temporalidad, así como a la duración del contrato de trabajo, se reconoce como consecuencia necesaria la conversión del contrato temporal en indefinido y a jornada completa, la cual opera como una presunción *iuris et de iure*, por lo que no admite prueba en contrario, ex art. 15 ET. Por el contrario, en el supuesto de incumplimiento de la forma escrita, la cual se requiere en el contrato de trabajo temporal, de acuerdo con el art. 8 ET, a diferencia de la anterior, opera como una presunción *iuris tantum*, esto es, se presume la existencia de contrato indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario.

Partiendo de estas premisas, en el marco de la Administración Pública, lo expuesto con anterioridad se mantiene, aunque con importantes matizaciones, a las que debemos hacer referencia: por un lado, la duración máxima de los contratos de trabajo para la cobertura temporal de vacante en el sector público no se rige por lo establecido en el art. 15 ET, sino que se aplica la previsión contenida en la Disposición adicional cuarta del

RDL 32/2021, de 28 de diciembre, por lo que su duración máxima no está limitada a tres meses, sino hasta que finalicen los procesos de selección para su cobertura definitiva, debido a la mayor complejidad que presentan sus procedimientos para el nuevo ingreso o promoción. De esta manera, se configura una cláusula abierta que el TJUE y el TS acotan aplicando analógicamente la duración prevista en el art. 70 TREBEP, el cual establece una duración máxima de tres años, con carácter improrrogable. La segunda especialidad deriva del incumplimiento de los requisitos causales y temporales. Como se ha dicho, de acuerdo con el ET, la consecuencia es la conversión del contrato temporal en indefinido, como presunción *iuris et de iure*. El problema es que no es posible extrapolar esta regla al ámbito de la contratación en las Administraciones Públicas, ya que choca frontalmente con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, los cuales deben regir en el acceso o promoción, de acuerdo con lo consagrado en los arts. 14 y 103 CE, así como en el art. 106 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En efecto, el resultado de aplicar esta presunción en el marco del sector público sin observar las debidas precisiones conllevaría, en consecuencia, la adquisición de la condición de trabajador fijo-indefinido mediante la vía de la contratación temporal fraudulenta. De esta manera, se abriría una puerta a la vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en los procesos de acceso o promoción al sector público. Por tanto, surge así la denominada “doctrina del indefinido no fijo”, la cual ha sido defendida y consolidada por nuestro Tribunal Supremo, como mecanismo de solución de la presente problemática.

Por ello, podemos afirmar que la regulación ordinaria no casa con la prestación de servicios en el seno de las Administraciones Públicas, tanto en lo atinente a su duración, como en los efectos derivados de su terminación anómala. De ello deriva la suma importancia de delimitar qué se ha de entender por Administración Pública a efectos de determinar si se rigen por el régimen jurídico común, o, por el contrario, por las especialidades previstas para estas. Y precisamente la sentencia comentada incide sobre este aspecto. En concreto, si la figura de la entidad mercantil estatal se encuentra sometida a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso o promoción.

De acuerdo con el art. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, el sector público comprende: «la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional». Por su lado, el sector público institucional se encuentra constituido por las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas; por las Universidades Públicas, así como por las entidades jurídico-privadas vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, de manera que, en esta

última categoría, quedan integradas las entidades mercantiles estatales. Además, el citado artículo determina que tienen la consideración de Administraciones Públicas en sentido estricto: «la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público». A la luz de este precepto, el TS concluye que las sociedades mercantiles estatales no son una Administración pública, ni tampoco una entidad de derecho público (FD 3). No obstante, las entidades mercantiles sí que se pueden considerar empleo público, dado que se encuentran incluidas en el concepto de sector público institucional, por lo que el acceso del personal laboral al empleo público se encuentra sometido a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Ahora bien, una vez ha sido definido el contrato temporal para la cobertura de vacante, las especialidades que presenta la prestación de servicios en el seno de la Administración Pública, así como qué se ha de entender como Administración Pública, debemos proceder al análisis de la denominada “doctrina del indefinido no fijo”, con el objeto de determinar si esta es de aplicación a las entidades mercantiles estatales, pese a no tener las mismas la consideración de Administración Pública, ni de Entidad de Derecho Público. En este sentido, cabe plantear las siguientes cuestiones: en atención a un criterio material, ¿la citada doctrina se aplica exclusivamente a las Administraciones Públicas, entendidas en sentido estricto, de manera que las entidades mercantiles estatales quedan al margen de su ámbito de aplicación? O, por el contrario, en atención a un criterio funcional, ¿debemos entender que esta doctrina es de aplicación, no solo a la función pública, sino también al empleo público?

Siguiendo con la “doctrina del indefinido no fijo” del Supremo, en lo que respecta a la finalidad, podemos afirmar que tiene por objeto garantizar el respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en el acceso, selección o promoción, tanto en la función pública como en el empleo público. Por tanto, nace como resultado de aplicar el art. 15 ET en el marco del sector público. En palabras del Supremo, «aquella persigue salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad» (FD 3).

Es por ello por lo que, en palabras del Supremo, «el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas, ni a las entidades de derecho público, sino que opera también en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad» (FD 3). Por tanto, podemos concluir que las entidades mercantiles estatales, pese a no tener la consideración de Administración Pública, ni tampoco de Entidad de Derecho Público, lo cierto es que forman parte del sector público institucional, de manera que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la “doctrina del indefinido no fijo”, siempre y cuando su régimen jurídico regule los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en los procesos selectivos, a la luz de la STS 4521/2023, de 27 de octubre.

En definitiva, podemos afirmar que las relaciones laborales concertadas en el marco de las entidades jurídico-privadas integradas en el sector público, siempre y cuando su régimen jurídico se halle sometido a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en los procesos selectivos de acceso o promoción, no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de la “doctrina del indefinido no fijo”. Ello se debe a la inexistencia de razones objetivas que puedan motivar la exclusión de las mercantiles estatales que integran el sector público, cuya normativa regule los procesos selectivos bajo la observación de los citados principios constitucionales, del ámbito de aplicación de la citada doctrina, cuyo objeto, como hemos analizado con anterioridad, es precisamente evitar la contratación temporal fraudulenta como vía para adquirir la condición de trabajador fijo indefinido. Por ello es relevante delimitar cuál es el ámbito de aplicación de la citada “doctrina del indefinido no fijo” y afirmar que las entidades mercantiles estatales se encuentran incluidas en su ámbito de aplicación. De lo contrario, se dejaría una puerta abierta a la contratación temporal fraudulenta con adquisición de la condición de trabajador fijo indefinido en el ámbito de los contratos para la cobertura de vacante en el seno de las personas jurídico-privadas que integran el sector público.

Con todo, podemos concluir que, a través del pronunciamiento del Supremo contenido en la sentencia analizada, se aporta luz a las posibles lagunas o zonas grises habidas en el marco de la contratación temporal para la cobertura de vacante en el marco del sector público.

2.5. Repercusiones de la ¿nueva? doctrina del TJUE sobre la noción conceptual de “tiempo de trabajo” en la jurisprudencia interna: STS de 18/04/2023 (Rec. 185/2021)

Como se sabe, la revolución digital ha dado lugar a una profunda transformación del escenario productivo-laboral, que se concreta, sobre todo, en la implantación de las TIC y el uso de los algoritmos informáticos en la estructura organizativa e, incluso, en el

surgimiento de nuevas formas de prestación de servicios, como el teletrabajo o el trabajo en plataformas digitales. Y este nuevo paradigma tecnológico se ha hecho notar, además de en otras esferas, en la concepción del “tiempo de trabajo”. Porque, en efecto, la norma de referencia en esta materia, el art. 2 de la Directiva 2003/88/CE, define el concepto de “tiempo de trabajo” sobre la concurrencia de tres elementos: presencia física en el lugar de trabajo, subordinación frente al poder de dirección empresarial y desempeño efectivo de las funciones contractuales; mientras que sería “período de descanso”, por exclusión, todo aquel tiempo que no reuniendo tales elementos no pudiese conceptuarse como “de trabajo”. Así, puede apreciarse cómo la norma se enfoca hacia una realidad productiva muy clásica, propia de la industria más típica y tradicional. Sin embargo, el nuevo paradigma tecnológico y productivo quiebra esas rígidas coordenadas de “lugar y tiempo de trabajo”, con lo que se agrava y multiplica toda la problemática que ha surgido y (ahora todavía más) surge en esas zonas grises que aparecen entre las fronteras del tiempo de trabajo y los períodos de descanso, como son los desplazamientos relacionados con la propia prestación de servicios, las guardias o los tiempos de disponibilidad, localización o presencia.

Pero, además, resulta que en este terreno se han venido a tomar en consideración a lo largo de los últimos años toda una serie de valores sociopolíticos que también han incidido sobre el enfoque con que se abordan estas cuestiones. Y, así, los nuevos estándares en materia de salud y seguridad en el trabajo (con una atención muy especial a los riesgos psicosociales), la relevancia que hoy se reconoce a las necesidades de conciliación y corresponsabilidad en la vida profesional y familiar o, en suma, la percepción que se tiene en torno a lo que ha venido a denominarse “soberanía del tiempo” han transmutado la percepción que se tiene respecto a determinadas situaciones que, desde unos postulados tradicionales, se concebirían como *descanso* pero que hoy en día bien podrían considerarse directamente como tiempo de trabajo.

Todas estas cuestiones se han visto intensamente reflejadas en la última jurisprudencia del TJUE, si bien ya se comenzaban a manifestar en su día en celeberrimas sentencias como *SIMAP* (STJCE de 03/10/2000, C-303/98) o *Tyco* (STJUE de 10/09/2015, C-226/14). Sea como fuere, no obstante, hoy cabe destacar, por su relevancia y actualidad, la STJUE de 21/02/2018 (C-518/15, *Matzak*) y sus posteriores desarrollos jurisprudenciales²⁸ sobre las guardias de localización y disponibilidad. Y es que, si se interpretan con la debida profundidad, estas SSTJUE revelan un giro radical

²⁸ SSTJUE de 09 de marzo de 2021 (C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*), de 9 de marzo de 2021 (C-580/19, *Stadt Offenbach*), de 9 de septiembre de 2021 (C-107/19, *Dopravní podnik*) y de 11/11/2021 (C-214/20, *Dublin City Council*).

en el enfoque interpretativo sobre la cuestión de si esas guardias de localización y disponibilidad constituyen, o no, tiempo de trabajo.

Porque, en efecto, el esquema analítico que proyecta el art. 2 de la Directiva se centra en la noción de tiempo de trabajo: tales son los elementos que definen el *tiempo de trabajo*, si se dan, estamos ante tiempo de trabajo y, si no se dan, entonces, por exclusión, habremos de entender que se trata de un período de descanso. Sin embargo, con esas Sentencias *Matzak* y posteriores la Corte de Luxemburgo invierte esa lógica interpretativa en un giro con el que, ahora, el foco recae sobre la noción conceptual del período de descanso y solo desde allí llegamos hasta el tiempo de trabajo: si la zona gris en cuestión (en estos casos las guardias de localización) no puede considerarse período de descanso debido a que el trabajador no puede dedicar ese tiempo a sus intereses personales y sociales sin restricciones “objetivas y muy significativas”, entonces, por exclusión, habrá de entenderse que se trata de tiempo de trabajo... Pero es que, además, resulta que esa noción conceptual de período de descanso que implícitamente maneja aquí Luxemburgo, relacionada en suma con la soberanía del tiempo, bebe de textos que, más que alcance normativo, tienen una naturaleza solo política. Todo lo cual, siembra alguna sombra técnico-jurídica sobre esta línea interpretativa, más allá de la loable (y hasta necesaria) óptica protectora y garantista que revela.

Pues bien, como no podía ser de otra forma, todo este cuerpo interpretativo del TJUE ha sido recibido e integrado en nuestra jurisprudencia interna por parte del Tribunal Supremo. Y, entre otras²⁹, podemos encontrar la reciente STS de 18/04/2023 (Rec. 185/2021), que -ya se adelanta- descarta calificar como tiempo de trabajo las guardias de localización (telefónica) y disponibilidad de los supervisores de supermercado (Día), en las que no se les imponía permanecer en un lugar determinado ni tampoco se les sujetaba a un determinado plazo de reincorporación para realizar el servicio requerido.

El supuesto de hecho de la precitada STS podría sintetizarse como sigue: 1) CCOO interpuso demanda de conflicto colectivo ante el TSJ de Madrid en la que suplicaba que se declarase que las guardias localizadas realizadas los domingos y festivos de apertura comercial por parte de los supervisores de los supermercados Día fuesen declaradas como “tiempo de trabajo efectivo” y de tal forma se remunerasen o compensasen; 2) dichas guardias localizadas se realizaban telefónicamente, de 8:00 horas -cuando abre la primera tienda- a 23:00 horas - cuando cierra la última tienda-, no pudiendo los trabajadores apagar el teléfono y estando obligados a coger la llamada, si bien la empresa no establece ningún tiempo mínimo para acudir al supermercado que hubiese presentado la emergencia en cuestión (la tienda tiene algún problema porque no ha

²⁹ Entre otras, muy destacablemente, las SSTS de 18 de junio de 2020 (Rec. 242/2018), de 2 de diciembre de 2020 (Rec. 28/2019) o de 6 de abril de 2022 (Rec. 85/2020).

podido abrir, falta personal, hay problemas de mantenimiento, ha existido un robo nocturno o un atraco, o se ha producido una inundación); 3) sin embargo, la Sala madrileña desestimó dicha demanda de conflicto colectivo debido, en esencia, a que “no consta que la empresa haya fijado un tiempo máximo para acudir a resolver las incidencias, lo que -aunque no elimina las restricciones para disfrutar de algunas actividades- permite al colectivo afectado realizar determinados intereses personales, familiares, sociales y de ocio, siempre que esté garantizada la comunicación telefónica, por lo que no puede considerarse que el tiempo de guardia localizada, a través del teléfono, sea tiempo de trabajo efectivo, no procediendo su compensación”; 4) y, así, a resultas de la impugnación de dicha Sentencia del TSJ de Madrid, se llega al recurso de casación ordinaria que se resuelve en esta STS de 18/04/2023 (Rec. 185/2021).

Pues bien, el Alto Tribunal, tras sintetizar la doctrina del TJUE sobre el particular así como su recepción en sucesivas Sentencias del propio TS, resuelve en un sentido desestimatorio, al concluir que la precitada guardia telefónica de disponibilidad no puede conceptuarse como tiempo de trabajo efectivo, puesto que: “la cadencia en el desempeño y la inexistencia de un tiempo de respuesta acotado, que se adicionan a la libertad de establecer el lugar en el que pueden encontrarse, permiten afirmar que no se genera a los trabajadores una limitación de tal entidad que determine la calificación de la totalidad del periodo de guardia de localización telefónica como tiempo de trabajo efectivo; puesto que el colectivo concernido tiene así facultad de determinar su ubicación y de administrar libremente el tiempo personal, familiar y social, siempre que garantice la comunicación telefónica, y la posibilidad de acudir a la tienda, sin fijación del tiempo mínimo para ello, en los casos puntuales relacionados.” Y, asimismo, prosigue: “las limitaciones impuestas a los trabajadores en las guardias no presenciales de localización telefónica no alcanzan un elevado grado de intensidad, permitiéndoles disponer y organizar el tiempo familiar y social y dedicarse a sus propios intereses sin otros condicionantes que dicha comunicación por teléfono, y acudir a solventar un problema puntual, sin concreción en el tiempo de respuesta; en consecuencia, solo constituirá tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectivamente realizada, en su caso, durante tal lapso”. De tal modo que, de acuerdo con las pautas interpretativas sentadas por el TJUE y ya antes aplicadas por el propio TS, la Sala desestima el recurso de casación ordinaria presentado y declara la firmeza de la STSJ recurrida.

2.6. Tiempo de trabajo y desplazamiento entre el domicilio del trabajador y el del cliente: sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2023 (Núm. Rec. 333/2022)

El tiempo de trabajo es, sin duda, una de las cuestiones jurídicas que más controversia y litigiosidad genera en el marco de las relaciones laborales. Prueba de ello es la SAN de 23 de enero de 2023 (Rec. 333/2022), en la que se resuelve si se ha de computar como tal el tiempo que los trabajadores invierten en desplazarse desde su domicilio hasta el del primer cliente y el tiempo de retorno a casa desde el domicilio del último cliente de la jornada, con el consiguiente derecho a su retribución.

Las partes de este proceso de conflicto colectivo son, de un lado, la empresa TK Elevadores S.L.U. y, de otra, el sindicato Federación Estatal de Industria de Comisiones Obreras (FI-CCOO), en representación de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación personal del Convenio Colectivo (CC.OO.) de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia, aprobado por resolución de 1 de junio de 2021 (BOE 3-7-2021), y dedicados al desempeño de funciones de montaje y mantenimiento de todo tipo de aparatos elevadores.

El problema de fondo viene dado porque la empresa interpreta y aplica el art. 5 del citado convenio, en el que se regula el régimen de jornada, considerando que esta da comienzo cuando los trabajadores llegan al domicilio del primer cliente, particular, industrial o comercial en el que han de realizar sus funciones y termina una vez que abandonan el domicilio del último cliente en el que hayan prestado servicios, sin tener en cuenta, por tanto los tiempo de desplazamiento entre los correspondientes domicilios. Tiempos estos en los que (dato clave) los trabajadores llevan puesto el uniforme de la empresa, portan las herramientas que necesitan para desempeñar su trabajo y se desplazan en el vehículo puesto a su disposición por la empleadora o su vehículo particular, si así se ha autorizado por aquella.

Frente a tal actuación empresarial recurre el sindicato FI-CCOO solicitando, en definitiva, «el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a que se compute como tiempo de trabajo el periodo de desplazamiento desde su domicilio al primer cliente y el de retorno al domicilio desde el cliente y con efectos retroactivos a un año atrás contado desde la fecha en que se inició esta reclamación, esto es con efectos desde el 1 de octubre de 2019, y a que se perciba por los afectados el salario correspondiente a dicho tiempo de desplazamiento».

A fin de resolver el litigio en cuestión, la AN se hace eco de la jurisprudencia europea y nacional recaída sobre el mismo particular. Así, en cuanto a los tiempos de desplazamiento entre el domicilio del trabajador y el del primer cliente en el que se han

de realizar las funciones de reparación o mantenimiento de elevadores, la Sala se sirve de la STS de 7 de julio de 2020 (Rec. 208/2018), en la que se realizan las siguientes consideraciones: «debemos resolver si constituye "tiempo de trabajo", entendiéndose como tal, todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, y que este concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos (sentencias *Jaeger*, C151/02, EU:C:2003:437, apartado 48, y *Dellas y otros*, C14/04, EU:C:2005:728, apartado 42, y *autos Vorel*, C437/05, EU:C:2007:23, apartado 24, y *Grigore*, C258/10, EU:C:2011:122, apartado 42), el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes y, por lo tanto, si dicho tiempo ha de considerarse tiempo de trabajo o período de descanso.

Para dar respuesta a ese interrogante, debemos partir de la actividad de la empresa, consistente en la instalación, mantenimiento y reparación de ascensores, que sólo puede realizarse en el domicilio de sus clientes, de manera que, los desplazamientos, desde el primero hasta el último, son consustanciales con la actividad de la empresa, quien no podría desempeñar su función empresarial si no desplaza a sus trabajadores, materiales y herramientas a los domicilios de sus clientes. Dichos desplazamientos pueden realizarse efectivamente desde los centros de trabajo de la empresa, en cuyo caso no habría duda de que el desplazamiento de ida y vuelta, desde el centro de trabajo al domicilio del cliente y desde éste al centro de trabajo, sería tiempo de trabajo, puesto que los trabajadores están a disposición de la empresa desde que se presentan al centro de trabajo y hasta que vuelven al mismo, dado que el desplazamiento es consustancial para el cumplimiento de la actividad empresarial [...] La Sala considera que es aplicable aquí la STJUE 10-09-2015, en cuyo FD 32 se afirma que, si los desplazamientos no se consideraran tiempo de trabajo, dejarían de ser el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros de estos clientes, lo cual conduciría a que, se produciría la "desnaturalización de este concepto y el menoscabo del objetivo de protección de la seguridad y de la salud de estos trabajadores".

Consiguientemente, si el desplazamiento al domicilio del cliente es esencial para el despliegue de la actividad de la empresa, quien no podría instalar ascensores, mantenerlos o repararlos, si no desplazara a sus operarios, junto con los materiales y herramientas necesarias, al domicilio de los clientes con la consiguiente repercusión en la facturación de esos servicios, es claro que, dichos desplazamientos deben ser considerados tiempo de trabajo».

Por lo que se refiere al tiempo de retorno entre el domicilio del último cliente asignado y el domicilio particular del trabajador, la duda que se suscita es si, una vez terminado el trabajo en el domicilio del último cliente, el trabajador también se encuentra a disposición del empresario, como segundo elemento constitutivo del "tiempo de trabajo" en la doctrina comunitaria. A este respecto, la AN se apoya, en primer lugar, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) dictada en el asunto *Tyco*, en la que se señala, primero, que, «para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición de su empresario, este trabajador debe hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste»; segundo, que, «durante estos desplazamientos, los trabajadores están sometidos a las mencionadas instrucciones de su empresario [...] durante la duración necesaria del trayecto, que la mayor parte de los casos no se puede reducir, estos trabajadores carecen de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales, de modo que están a disposición de sus empresarios», y, tercero y en conclusión, que «procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición».

Y, en segundo lugar, se hace eco de la STS de 19 de noviembre de 2019 (Rec. 1249/2017), que sostiene las siguientes premisas en torno al concepto de "tiempo de trabajo": «*No es la intensidad de la actividad o el carácter directamente productivo de la misma lo que determina la naturaleza del tiempo en cuestión. *Cuando la persona no es libre para elegir su ubicación o actividad, sino que está a disposición de la empresa surge una importante presunción de que estamos ante tiempo de trabajo. *La presencia en dependencias empresariales constituye factor que juega a favor del carácter laboral del tiempo durante el que se dilata. *El desplazamiento realizado bajo la dependencia del empleador puede ser ya tiempo de trabajo».

En atención a todo lo expuesto, pues, la Sala de la AN concluye, en línea con la doctrina jurisprudencial europea y nacional, que los tiempos empleados por los trabajadores afectados por el conflicto para acudir desde su domicilio al del primer cliente para el que deban prestar servicios, así como el de retorno desde el domicilio del último cliente hasta el particular del trabajador deben ser computados como tiempo de trabajo y, por consiguiente, retribuidos como tal.

2.7. Indemnización por denegación de derechos de conciliación en los últimos pronunciamientos judiciales

Como es sabido, el art. 139 LRJS establece un procedimiento especial para la reclamación de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente. Una de las particularidades de dicho procedimiento es que permite acumular, junto con la demanda del derecho a la medida de conciliación, “la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador” (art. 139.1.a LRJS). Pero esta no es la única indemnización que la ley admite acumular a la reclamación de derechos de conciliación porque, en efecto, el art. 26.2 LRJS establece que en estos procedimientos también podrá reclamarse la indemnización derivada de la discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme al art. 183 LRJS. Y, ciertamente, el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE) se encuentran estrechamente ligados al ejercicio de los derechos de conciliación, por lo que, en ocasiones, el desconocimiento de estos últimos podría suponer la violación de derechos fundamentales y justificar la condena a una indemnización por los daños y perjuicios causados, tal y como dispone el art. 26.2 LRJS.

Tales son las cuestiones que se sustancian en el recurso de casación para la unificación planteado ante el Tribunal Supremo el pasado 26 de abril de 2023, Rec. 1040/2023. En concreto, se discute la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios derivada de la negativa empresarial de una concreción horaria vinculada a una reducción de jornada por guarda legal. Tanto la sentencia recurrida, procedente del TSJ de Galicia, núm. 69/2020, de 30 de diciembre de 2019, Rec. 4836/2019, como la sentencia de contraste del TSJ de Madrid, núm. 1045/2019, de 31 de octubre de 2019, Rec. 491/2019, presentan un relato fáctico muy similar: se trata de una trabajadora que reclama una reducción de jornada con concreción horaria por guarda de un menor de doce años, concreción que le es denegada por la empresa. Ante la negativa empresarial, interponen una demanda solicitando el reconocimiento de la concreción horaria y, adicionalmente, el abono de una indemnización por daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales. Los respectivos recursos de suplicación estiman la pretensión de la trabajadora y reconocen su derecho a la concreción horaria. Sin embargo, la sentencia recurrida condena adicionalmente al pago de la indemnización por daños y perjuicios, mientras que la sentencia de contraste rechaza la procedencia de la indemnización al no apreciar ninguna vulneración de derechos fundamentales.

Apreciada la existencia de contradicción entre las dos resoluciones, el Tribunal Supremo entra a valorar si la inicial denegación de la concreción horaria conlleva o no el derecho a la indemnización de daños y perjuicios a la que fue condenada la empresa en la sentencia recurrida. La resolución del recurso, por tanto, no se ocupa de determinar la existencia o no del derecho de reducción de jornada, sino si el rechazo del horario propuesto por la trabajadora debe ser indemnizado.

Así, en la sentencia de contraste del TSJ de Madrid, la trabajadora alegaba la procedencia de la indemnización con base en la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) provocada por la negativa empresarial de su solicitud de concreción horaria, señalando que la empresa “no sólo no ha acreditado las razones organizativas que expuso en el juicio, sino que ni siquiera dio respuesta a la solicitud de la demandante (ignorando de esa forma la importancia de los derechos en juego y las propias necesidades de conciliación de la actora)”. Sin embargo, la Sala no apreció la existencia de violación de derechos fundamentales y, por ende, rechazó la procedencia de la indemnización.

Para sostener la inexistencia de infracción constitucional, la Sala alegó, en primer lugar, que la negativa de la empresa a la concreción pretendida por la trabajadora no tuvo un contenido arbitrario, sino que estuvo basada en causas organizativas que, si bien fueron consideradas insuficientes por la Juez de instancia, no dejan por ello de ser objetivas. Y en este sentido, el propio art. 37.7 ET condiciona la virtualidad de la medida propuesta a las posibilidades organizativas y productivas en la empresa, por lo que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria y no de legalidad constitucional. Según la Sala, “el alegato de la recurrente adolece de un apriorismo que no resulta admisible, pues el que la doctrina constitucional haya establecido de manera pacífica que en materia de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral el canon de enjuiciamiento ha de reforzarse exigiendo que nos situemos en la dimensión o perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familiar y a la infancia (art. 39 CE), no equivale a que cualquier conducta empresarial que en esta materia desconozca los derechos contemplados en normas de índole legal o convencional constituya *per se* o, si se quiere, automáticamente una lesión del derecho fundamental a la no discriminación que consagra el art. 14 de nuestra Carta Magna”. Por el contrario, resulta necesario acreditar, siquiera indiciariamente, otras circunstancias que pongan de manifiesto la existencia de un móvil discriminatorio en la conducta de la empresa. Dado que la trabajadora no aportó ningún indicio de represalia por parte de la empresa, no operó la inversión de la carga de la prueba según la cual recaería sobre la empresa la carga de probar que su actuación no tuvo como causa razones

discriminatorias. Como resultado, se desestima la reclamación de la indemnización por daños y perjuicios al no apreciarse la vulneración de ningún derecho fundamental.

Por el contrario, la sentencia recurrida procedente del TSJ de Galicia, sí apreció la existencia de vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, motivo por el cual condenó a la empresa a la indemnización de daños y perjuicios. En primer lugar, puso de relieve la dimensión constitucional de los derechos implicados, señalando que su denegación puede llegar a constituir una discriminación habida cuenta de que son las mujeres el colectivo que ejerce en mayor medida el derecho a la reducción de jornada. A continuación, trajo a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de ponderar todas las circunstancias concurrentes y, en concreto, la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. Una vez acreditadas las razones en las que la trabajadora sustenta su derecho, es a la empresa a la que le corresponde demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente de índole organizativa, que le impiden aceptar la concreción solicitada de contrario. Las causas impeditivas del cambio horario que alegó la empresa no fueron suficientes para motivar la denegación del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral. En este sentido, señaló que la sentencia de instancia no había ponderado de manera adecuada las circunstancias concurrentes, pues las razones alegadas por la empresa fueron genéricas e insuficientes y no podían prevalecer ante el derecho de la trabajadora de conciliar su vida familiar y laboral. Por tanto, la Sala consideró que se había producido una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo contenido en el art. 14 CE.

La recurrente solicitó adicionalmente el reconocimiento de la indemnización por daños morales vinculados a la vulneración de derechos fundamentales. La empresa, no obstante, se opuso alegando que es necesaria la acreditación de la existencia de perjuicios. Sobre este aspecto, el TSJ de Galicia señaló que la doctrina en materia de acreditación del daño moral ha sufrido un cambio en los últimos años hacia un criterio aperturista. Conforme a este criterio, la exigible identificación de las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización debe exceptuarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración de un derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada. En estos casos, la aplicación de parámetros objetivos de cuantificación resulta muy complicada, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen una traducción económica directa. Si bien se ha abandonado la postura favorable a la concesión automática para exigir la justificación de elementos clave de la indemnización, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado

del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en estos supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Por todo ello, entendió justificada la indemnización y condenó a la empresa a abonar 6.000 euros por los daños y perjuicios causados.

Una vez expuesto el razonamiento de cada una de las sentencias de suplicación, procede entrar en la resolución del recurso de casación. Como se ha señalado, se discute la procedencia o no de la indemnización, habida cuenta que, en dos supuestos muy similares, la decisión del Tribunal es radicalmente distinta. El Tribunal Supremo entiende que, efectivamente, se ha producido la vulneración del derecho fundamental (art. 14 CE) y ello justifica el abono de la indemnización por los daños morales. En efecto, la negativa empresarial de la concreción horaria ha ocasionado a la trabajadora perjuicios referidos a la imposibilidad de llevar a su hijo menor al colegio a las 15:30h durante un período considerable de tiempo. En el supuesto de hecho, el menor tenía un horario escolar de 9:30 a 13:15h y de 15:30 a 17:30h, y la trabajadora solicitada entrar a trabajar a las 17h en vez de a las 15h para poder llevar a su hijo al colegio. El padre del menor, trabajador de la misma empresa, había solicitada en anteriores ocasiones una concreción horaria para ocuparse del menor pero la empresa se lo denegada. Valoradas las circunstancias, por un lado, la imposibilidad de los progenitores de hacerse cargo del menor con el actual horario de trabajo y, de otro, la ausencia razones organizativas que impidan la concesión de la concreción solicitada, la Sala concluye que la denegación de la medida de conciliación es injustificada y ha vulnerado el derecho a la no discriminación por razón de sexo, produciendo perjuicios referidos a la imposibilidad de llevar el hijo al colegio durante más de dos años. Además, la empresa podía haberse exonerado de esos daños si hubiera dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por la trabajadora, de conformidad con el art. 139.1.a) LRJS. Pero, como la empresa no procedió a ese cumplimiento, no puede quedar absuelta del pago de unos daños que se han producido. Por ello, confirma la decisión del TSJ de Galicia y condena al pago de 6.000 euros en concepto de daños y perjuicios.

De este modo, el Tribunal Supremo reconoce el derecho a la indemnización por daño moral derivada del desconocimiento del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, de conformidad con el art. 183 LRJS. En la valoración del daño moral, mantiene la doctrina recogida en la sentencia recurrida sobre la dificultad de aplicar parámetros de cuantificación objetiva, dado el carácter intangible y subjetivo del daño que se pretende valorar. Aunque no se cite en el recurso de casación, la sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2015 resume de manera muy acertada la doctrina en esta materia, al señalar que “nunca los efectos restitutivos anudados a la

declaración de nulidad de la decisión podrán devolver a la actora el tiempo que no pudo dedicar a la atención de su progenitora. Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa, y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales. Todas estas circunstancias evidenciadoras de un daño real se exponen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia en el que además se reproduce la doctrina jurisprudencial sentada en torno al sistema indemnizatorio en caso de violación de derechos fundamentales contenida en STS 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8473), que no reproducimos huyendo de reiteraciones innecesarias.”

Atendiendo a esta doctrina, el Tribunal Supremo, en coherencia con el TSJ de Galicia (sentencia recurrida), valora el daño moral que ha ocasionado a la trabajadora la imposibilidad de llevar a su hijo menor al colegio durante un período superior a dos años. Daño que merece ser indemnizado, de conformidad con el art. 183 LRJS. Por último, conviene subrayar también que, aun en el caso de inexistencia de vulneración del derecho fundamental, el art. 139.1.a) LRJS justificaría el pago de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la negativa indebida del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

2.8. Calificación jurídica de los cuidadores que prestan servicio a través de plataformas digitales: STJS de Cataluña de 4 de mayo de 2023 (Rec. 6717/2022)

La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales parecía poner fin a uno de los conflictos jurídico-laborales más importantes de los últimos años: el encuadramiento de los trabajadores de plataformas digitales en el Estatuto de los Trabajadores. La disposición adicional vigesimotercera recoge, en la actualidad, una presunción de laboralidad a favor de aquellos, pero sus efectos se antojan limitados por dos motivos. En primer lugar, porque está referida exclusivamente a las actividades de reparto. En segundo lugar, porque se ha construido sobre una presunción general de laboralidad, la contenida en el art. 8.1 ET, cuya eficacia ha sido cuestionada por parte de la doctrina jurídica³⁰.

³⁰ Cfr. MONTOYA MELGAR, A., “El ámbito personal del Derecho del Trabajo: tendencias actuales”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 3, 2006; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Las presunciones legislativas de laboralidad”, *Trabajo y Derecho*, núm. 79-80, 2021; MORENO GENÉ, J., “Presunción legal de laboralidad en el trabajo en plataformas digitales de reparto. ¿Y ahora qué?”, *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de la Seguridad Social*, núm. 4, 2022, pp. 182-183; y ROJO TORRECILLA, E., “De la Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La

El conflicto jurídico ha continuado abierto en los tribunales en relación con trabajadores de otras plataformas digitales de trabajo *offline* y *online* excluidas del ámbito del ámbito de aplicación de la referida presunción de laboralidad, destacando a este respecto, por sus implicaciones en la estructura del mercado de trabajo³¹, las dedicadas a la prestación de servicios de atención, soporte y cuidado de personas en situación de dependencia. De ello da muestra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de mayo de 2023 (Rec. 6717/2022), cuyo objeto fue el correcto encuadramiento jurídico de los trabajadores de la plataforma Joyners, contratados por esta última como trabajadores autónomos para prestar servicios profesionales del ámbito sociosanitario (atención domiciliaria y servicios de atención y soporte en periodos de hospitalización y residenciales). Interpuesto recurso de suplicación por parte de la plataforma digital contra la sentencia de instancia, que resolvió favorablemente la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social, el TSJ de Cataluña confirmó la resolución anterior, calificando a más de 100 cuidadores de la plataforma como trabajadores por cuenta ajena.

Para justificar tal posición, el TSJ de Cataluña analizó los detalles fácticos de los contratos y de la relación que mantenía la empresa con los cuidadores, encajando cada uno de ellos en las notas que juegan un papel esencial para delimitar el trabajo objeto del Derecho del Trabajo. El entendimiento y la interpretación del art. 1.1 ET estuvo influenciado por la doctrina judicial precedente, destacando, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 (Rec. 4746/2019). Aunque el pronunciamiento del Alto Tribunal tuvo como protagonista al sector del reparto, representado por Glovo, las similitudes entre las plataformas digitales de uno y otro caso permitieron que el TSJ trasladase gran parte de la doctrina del Tribunal Supremo. Tras el análisis de los hechos probados, el TSJ dispuso que la plataforma Joyners realizaba una verdadera labor de coordinación y organización del servicio productivo, sirviéndose de cuidadores que carecían de una organización empresarial propia y autónoma.

La primera nota de laboralidad analizada por el TSJ fue la dependencia. En concreto, el tribunal afirmó la concurrencia última de esta a partir de los siguientes indicios: 1) La ordenación locativa del trabajo, pues los servicios de los cuidadores se prestaban en el lugar designado por la empresa, ya fuese un domicilio particular, un hospital o un centro residencial; 2) El desempeño personal del trabajo, alegando, entre otros aspectos, que en el manual de instrucciones suministrado por la empresa a los cuidadores se prohibía

relación laboral de los repartidores de las empresas de reparto”, *Temas Laborales*, núm. 158, 2021, p. 40.

³¹ Como apunta el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, la mayoría del personal sociosanitario son mujeres, que brindan cuidados profesionales y no profesionales (Disponible en <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/es/>).

expresamente que los cuidadores subcontratasen los servicios y se advertía a los trabajadores sobre la necesidad de informar a Joyners ante cualquier situación de emergencia que les obligase a cancelar el servicio; 3) La sujeción de los cuidadores al horario indicado por la empresa; 4) La integración del trabajador en el sistema algorítmico de la empresa, analizando este último las solicitudes de servicio de cada usuario, de forma individualizada, para asignarlas al cuidador más adecuado en atención a los requisitos solicitados por el cliente, el horario, la proximidad las puntuaciones obtenidas por el cuidador en servicios anteriores; 5) El control y seguimiento, por parte de la plataforma, del trabajo o servicio asignado a cada cuidador; 6) La falta, por parte de los cuidadores, de una infraestructura productiva propia y de oportunidades reales de negocio; y 7) La existencia de un manual de conducta del uso de servicio.

El TSJ no obvió el hecho de que los cuidadores gozaban de flexibilidad para elegir su jornada e, incluso, para aceptar o rechazar las peticiones de servicio recibidas a través de la plataforma. Sin embargo, a juicio del tribunal, esos elementos fácticos eran insuficientes para entender que los cuidadores realizaban sus servicios con plena autonomía e independencia. A la hora de valorar este último extremo, se echa en falta una mayor reflexión por parte del tribunal sobre cómo la gestión indirecta del trabajo, a través de los algoritmos de la plataforma, menoscababa las supuestas facultades de los trabajadores, viendo estos últimos cómo su espacio de libertad se reducía ante incentivos y sanciones algorítmicas³².

La coordinación algorítmica no puede catalogarse, sin más, como indicio de dependencia, pues la ordenación de los servicios a través de los algoritmos también es compatible con la dirección que precisa todo trabajador autónomo dentro de una empresa principal. La dependencia solo se observará si el algoritmo, además de gestionar la oferta y la demanda, determina de forma directa o indirecta las restantes condiciones de trabajo de los prestadores. La propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, al destacar como indicio de control la restricción efectiva de la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo, en particular la

³² La exposición de motivos de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales define el ejercicio indirecto o implícito de las facultades empresariales como aquellos supuestos en los que una cierta flexibilidad o libertad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo es solo aparente, por llevar aparejada, en realidad, repercusiones o consecuencias en el mantenimiento de su empleo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo.

discreción de elegir las horas de trabajo o los periodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas, o de recurrir a subcontratistas o sustitutos [art. 4.2 d)]³³.

La segunda nota de laboralidad analizada por el TSJ de Cataluña fue la ajenidad. Su reflexión se centró fundamentalmente en dos vertientes de dicha nota. En primer lugar, destacó la ajenidad en el mercado, indicando expresamente el tribunal que la clientela era de la empresa y no de los trabajadores, pues la solicitud de los servicios se realizaba directamente a aquella a través de la plataforma y los trabajadores no tenían ningún margen de decisión en las tarifas. Sin perjuicio de lo acertado de tales argumentos, existían otros que podrían haber enfatizado dicha vertiente de la ajenidad, como la preponderancia de la marca en el mercado y la ausencia, por parte de los trabajadores, de la información necesaria para poder prestar los servicios por cuenta propia (datos de los clientes, convenios con las empresas, etc.). En segundo lugar, el tribunal analizó la ajenidad en los riesgos, destacando que los trabajadores eran retribuidos en proporción a las horas y días trabajados y no asumían ningún riesgo empresarial. Los clientes abonaban el pago de los servicios prestados a la empresa y esta retribuía a los cuidadores según unos precios ya determinados.

El tribunal no hizo ninguna alusión directa a la ajenidad en los frutos y a la apropiación, por parte de la empresa, de la plusvalía generada por los cuidadores con su prestación de servicios. Tampoco reflexionó sobre la ajenidad en los medios de producción y a titularidad, por parte de la empresa, de la infraestructura tecnológica esencial para prestar los servicios en el mercado tal y como fueron diseñados. Este caso brindaba la oportunidad al TSJ de alejarse de la doctrina del Tribunal Supremo en torno a los repartidores de plataformas digitales, diferenciando entre la entidad de los medios aportados por la empresa y la entidad de los medios aportados por los trabajadores de otro tipo de sectores y plataformas.

Como se expuso con anterioridad, la sentencia aquí comentada se une a una larga lista de pronunciamientos judiciales que ahondan en la protección del trabajo a través de plataformas, abriendo el abanico de sectores y actividades cuya gestión puede canalizarse a través de algoritmos. Sin perjuicio de los avances que se están produciendo, no debe pasarse por alto que la mayor parte de las plataformas digitales están continuamente modificando sus estructuras internas para eludir la doctrina judicial y, en su caso, la legislación aplicable. En un futuro más o menos próximo, los tribunales tendrán que pronunciarse sobre las dinámicas de subcontratación a las que están acudiendo estas empresas, bien a través de empresas de trabajo temporal, bien a través

³³ Cfr. GIL OTERO, L., "Un paso (necesario) más allá de la laboralidad. Análisis y valoración de la propuesta de directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas", *Lex Social*, vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 100-103.

de cooperativas³⁴. En tales supuestos, los indicios desarrollados por la doctrina judicial para valorar la laboralidad de los trabajadores de plataformas podrán ser de utilidad para determinar si media una verdadera contrata y no una mera puesta a disposición de los trabajadores.

2.9. Valoración de la prueba sobre el servicio de vigilancia privada (detectives) en la STS de 15 de septiembre de 2023 (Rec. 2261/2022)

Desde la literalidad del art. 20.3 ET, se advierte que el empresario podrá adoptar aquellas medidas que considere adecuadas para vigilar y controlar el cumplimiento de la prestación de trabajo. La ley deja de esta manera un enunciado abierto, que invita al empresario a realizar un juicio previo de valoración sobre qué medidas considera más adecuadas para verificar la prestación de trabajo, con un límite general, la dignidad de la persona trabajadora, y otro particular, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad. Entre estas posibilidades se encuentra el recurso de la actuación de detectives privados, como un instrumento de vigilancia y control empresarial de gran versatilidad, puesto que es dable que el empresario decida hacer uso de este para el control de la prestación de trabajo que se realiza fuera de los centros de trabajo de titularidad empresarial, y así fiscalizar el uso del crédito horario de los representantes legales de los trabajadores; e, incluso, como un recurso de carácter complementario a los reconocimientos médicos (estos últimos, *ex lege*, expresamente indicados como medio idóneo) para la verificación del estado de salud del trabajador alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo (art. 20.4 ET).

En el supuesto de hecho que resuelve la STS de 15 de septiembre de 2023 (Rcud. 2261/2022) la empresa, ante la comunicación por parte de otros compañeros de que un trabajador, junto a otro compañero, está realizando incumplimientos contractuales susceptibles de ser causa de un despido disciplinario (art. 54 ET) -también tipificados como faltas graves en el art. 66 del convenio colectivo de referencia- decide contratar los servicios de un detective privado para que les efectúe un seguimiento durante la prestación de trabajo, ya que esta consistía en realizar servicios de limpieza fuera del centro de trabajo, desplazándose allí donde estuvieran los clientes.

La actuación de los detectives privados no vulnera, *per se*, la doctrina jurisprudencial del principio de proporcionalidad (juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad -

³⁴ En el relato de hechos probados del pronunciamiento aquí comentado se indica que la empresa acudía a profesionales autónomos y a socios trabajadores de una cooperativa, si bien el TSJ de Cataluña no se pronunció sobre esta cuestión porque no era objeto de la *litis* y la empresa había dejado de contratar con la referida cooperativa a mediados de 2017.

SSTC 186/2000 de 10 de julio, 98/2000, de 10 de abril y 61/2001, de 15 de marzo-)³⁵ al que queda sujeta, como cualquier otro instrumento de vigilancia y control, por lo que, resulta inexcusable la superación de este principio para la consideración de licitud de la valoración de la prueba. Esto significa que no se permite un uso ilimitado, arbitrario e inequitativo del recurso elegido por el empresario para ejercer la actividad controladora durante la prestación de trabajo, o, fuera de ella (ámbito o actividades extralaborales), siendo la determinación de este ámbito de aplicación el primer filtro al que someter la admisibilidad o no del recurso.

El objeto de la litis o controversia que viene a resolver la sentencia que ahora nos ocupa, la clave del problema que se plantea, gira en torno a la calificación de ilicitud de la prueba aportada por la empresa -uso de detectives privados cuyo informe tiene valor de prueba testifical, por lo que su apreciación queda a la libre valoración del juzgador de instancia-, dado que en los fallos de las instancias que anteceden al TS (STSJ del País Vasco, de 22 de febrero, (Rec. 2469/2021) y la del JS núm. 6 de Bilbao con fecha 9 de julio de 2021) el despido disciplinario se califica como nulo por entender que la prueba sobre la que se sostiene la resolución judicial es ilícita por vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador, art. 18 CE. Entienden las citadas sentencias que, por un lado, no existen indicios suficientes objetivos del incumplimiento del trabajador previos al encargo que realiza la empresa para que este se someta a la vigilancia de los servicios de un detective privado - no es de la misma opinión el Ministerio Público que opina sobre la contradicción requerida (art. 219 LRJS) el cual entiende que la carta de despido no expone hechos genéricos, sino más bien todo lo contrario- y, por otro lado, la valoración de la prueba por el juzgador de instancia no consideró suficiente tal prueba al no quedar avalada por otros elementos probatorios, por lo que la ilicitud de la prueba se sujeta a la consideración de vulneración del derecho a la intimidad del trabajador (art. 18 CE).

Y, más concretamente, en este supuesto, sobre la elección del medio por parte de la empresa, el TS recuerda que la prueba obtenida mediante la actuación de detectives privados es lícita y “encuadrada en los medios de investigación del empresario dentro de las facultades directivas y disciplinarias que ostenta” siempre que no se lesionen derechos fundamentales. De tal modo que, para determinar la licitud o ilicitud de la medida de control, no se requiere la concurrencia de sospechas fundadas de mayor o menor intensidad, ni que exista un mayor o menor número de indicios, dado que el empresario tiene la facultad de someter al trabajador a la observancia de los deberes y obligaciones a los que se obliga tras la celebración del contrato de trabajo. Señalando el

³⁵ Como se encarga de resaltar el TS, los informes realizados por entidades que prestan servicios de investigación privada también deben realizarse con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, (art. 48.6 de la Ley 5/2014).

TS su doctrina recogida la STS de 19 de julio de 1989, de la que se desprende que el respeto al derecho a la intimidad no anula las facultades directivas y de control que son inherentes al poder de dirección del empresario e irrenunciables, admitiéndose el control empresarial mediante detective privado cuando la prestación de trabajo se lleva a cabo fuera del centro de trabajo sin que pueda “tildarse de atentatoria a la propia dignidad personal el trabajador y, ni mucho menos, a su intimidad personal, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa”. Acota, además, el debate el tribunal recurriendo a la doctrina del TC sobre el ámbito del procedimiento laboral donde solo es posible hablar de valoración de procedencia e improcedencia del despido disciplinario, y será el empresario quien deba “justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador” (STC 153/2000, de 14 de junio).

Sin embargo, las resoluciones del JS y del TSJ justificaron la calificación de nulidad del despido en el hecho de que la decisión empresarial se había tomado sin que constasen indicios objetivos del incumplimiento del trabajador de los que se dedujesen sospechas razonables para que el empresario pueda iniciar la vigilancia y control sobre el trabajador, principalmente por no cumplirse los parámetros de idoneidad y necesidad. Y que, por tal motivo, los resultados probatorios obtenidos serían ilícitos vulnerando así el derecho a la intimidad del trabajador, siendo esto determinante para declarar la nulidad del despido.

Si esto se diera por válido habría que admitir que la declaración de nulidad o improcedencia del despido giraría en torno a la necesidad o no de que la empresa acredite que existan indicios suficientes y solventes de incumplimientos laborales para considerar la prueba testifical de los servicios de detective como lícita. Esto se pone de relieve por el TS también respecto a la sentencia de contraste, con la particularidad de que, en tal sentencia, la investigación de los detectives se realiza en el ámbito extralaboral y privado del trabajador (se trata de un supuesto de IT) -en lugares públicos donde no se produce vulneración del derecho a la intimidad³⁶-; sin embargo, el supuesto analizado sí se realiza durante la prestación de trabajo y resulta determinante para el fallo.

Resalta de este manera el TS que la cuestión central no está en si “la ilicitud de la prueba reside o no en la causa o motivo que la soporta”, en efecto, que existan o no sospechas objetivas fundadas para elegir este recurso para la vigilancia y control del

³⁶ Vid. STSJ Cataluña 5-3-12, (Rec. 5194/2011), de contrario, cuando se invade la privacidad del trabajador tenemos la reciente sentencia STS 25 de mayo 2023 (Rec. 2339/2022) que confirma la calificación de despido improcedente de la STSJ Galicia 17 de enero de 2022 (Rec. 3162/2021) por vulneración de derecho a la intimidad cuando la actividad del detective invade la intimidad del trabajador, en este supuesto, de baja por IT.

trabajador, pues tales indicios o sospechas “no determinan la licitud o ilicitud de la prueba en sí misma considerada” -con alusión a las SSTS de 27 de noviembre de 1989 y de 12 de febrero de 1990-, sino a que la verificación empresarial se lleve a cabo dentro de los parámetros de legalidad exigidos para evitar la vulneración de derechos fundamentales durante la prestación de trabajo y, en este supuesto, no existe tal vulneración del art. 18 CE. Aun así, ya excluido el quebranto del derecho a la intimidad del trabajador y con ello, que la ilicitud de la prueba se condicione a la existencia de indicios relevantes de los incumplimientos en la prestación de trabajo, el TS alude a la doctrina del TC expresada en la sentencia 61/2021, de 15 de marzo, y que el propio TS recuerda en su sentencia de 26 de julio de 2022 (Rcud. 1675/2021) con lo que afirma y refuerza la idea de que “no necesariamente entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una “consecuencia lógica y jurídica”, por lo que, no se puede dar por entendido que un despido deba obtener la calificación de nulidad por basarse en una fuente probatoria que pueda comportar la vulneración de un derecho fundamental. De tal modo que, también advierte que, esta última tesis no es unánime en la jurisdicción ordinaria, pues la vinculación entre prueba y despido la posiciona sobre la vulneración de la tutela judicial (art. 24 CE) y no sobre los derechos fundamentales invocados.

Con todo, concluye el TS que sí existe falta de acreditación de los incumplimientos imputados al trabajador en la carta de despido (art. 105.1 LRJS en relación con el art. 55.4 ET), que es lo que conduce a la declaración de improcedencia del despido disciplinario³⁷, y no a la de nulidad, por no existir vulneración del derecho a la intimidad del trabajador en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control del empresario dentro del ámbito de la prestación de trabajo. De este modo, el TS casa y anula la sentencia del TSJ País Vasco, revoca la sentencia del SJ núm. 6 de Bilbao y estima parcialmente el recurso, para atender a la pretensión subsidiaria de improcedencia del despido disciplinario que solicita la parte recurrente, es decir, la empresa³⁸.

³⁷ Vid. STS de 17 de febrero de 2016, (Recud. 808/2014).

³⁸ El tribunal realiza una interesante apreciación sobre la *causa petendi* que realiza la recurrente, y es que en el suplico se centra en la declaración de procedencia y subsidiariamente pide la improcedencia, pero no se plantea la solicitud de nulidad que sujetase al legislador *a quo* a una nueva valoración probatoria con sustento en la licitud del elemento afectado, cerrando así la posibilidad en fase de recurso (art. 240.2 LOPJ).

III. VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO ³⁹

3.1. Vicisitudes de la relación laboral durante el periodo de prueba

La regulación de periodo de prueba, a lo que se dedica el art. 14 ET y que ha sido objeto de concreción y desarrollo por la jurisprudencia a lo largo del tiempo, se ha mantenido, en esencia, inalterable. No obstante, sus rasgos principales han sido corroborados en aquellos casos que han resuelto asuntos vinculados al periodo de prueba, como se verá a continuación.

El periodo de prueba debe establecerse con carácter previo al inicio de la relación laboral entre las partes, no siendo válida la fijación en un momento posterior. También ha de constar por escrito, considerando tal como un requisito *ad solemnitatem*, y se ha de especificar de manera concreta y exacta su duración. No es posible, reitera la STS 270/2023 de 12 de abril, trayendo a colación sentencias anteriores, la remisión contractual al periodo de prueba previsto en convenio colectivo cuando establece meramente una duración máxima del periodo de prueba, aunque «cuestión distinta sería si el Convenio Colectivo fijará una duración concreta al periodo de prueba». Los convenios colectivos, la normativa específica y en su defecto el ET, fijan el plazo máximo de duración del periodo de prueba, que varía según la extensión temporal que se prevea para el contrato, o según el nivel de cualificación que requiera dicho puesto (en STSJ de Madrid de 27 de febrero, núm. 109/2023). Continúa la STS 270/2023 explicando que admitir esta forma de establecer el periodo de prueba crearía “una grave inseguridad para el trabajador porque desconoce en qué momento (..) ha finalizado el periodo de prueba”. Para mayor abundamiento, la misma se refiere al derecho que tienen los trabajadores a que se concrete la duración exacta del periodo de prueba, dando a entender que su intención es consagrar un nuevo derecho mínimo. Señala esta sentencia que “el trabajador tiene derecho a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba. La razón es que, durante el mismo, cualquiera de los contratantes está facultado para desistir del contrato, sin derecho a indemnización alguna, consecuencia particularmente grave para el trabajador”.

³⁹ Han colaborado en la redacción de este apartado: Ana DOMÍNGUEZ MORALES (coordinadora), Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, Juan Alberto TORMOS PÉREZ y Rosa María RODRÍGUEZ ROMERO.

Precisamente, los casos relativos a la extinción contractual durante el periodo de prueba conforman el grueso de los asuntos que son llevados ante los tribunales. El periodo de prueba se caracteriza porque, mientras se mantiene vigente, se reconoce la facultad empresarial de rescindir la relación contractual libremente sin aludir a causa alguna, sin que se origine derecho a una indemnización para el trabajador y sin atender a las formalidades propias del despido: comunicación por escrito, plazo de preaviso, causalización de la decisión y puesta a disposición de la cantidad monetaria que corresponda a la indemnización legal prevista. En definitiva, en cualquier momento mientras se mantenga vigente el periodo de prueba, y siempre que este periodo se haya establecido conforme a derecho, el empresario está facultado a extinguir el contrato de trabajo, con los efectos negativos que por ello asume el trabajador. Consecuentemente, no son pocos los casos que son llevados a los tribunales y que versan sobre la inadmisión del periodo de prueba a efectos de declarar inválida la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo en base a que su fijación no se ajusta a las exigencias legales fijadas por el art. 14 ET y resumidas *supra*. Cuando el periodo de prueba se tiene por no válido, ha de considerarse como inexistente y no puesto, y por ello la extinción contractual empresarial debe seguir la vía que corresponda según el tipo de despido que sea (despido disciplinario o despido objetivo). Véase la STS 270/2023 de 12 de abril que determina la invalidez del periodo de prueba, lo que conlleva a decretar la improcedencia del despido: «se ha vulnerado el derecho de la trabajadora a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba, lo que le creó una grave inseguridad jurídica en relación con el alcance de una cláusula contractual que permitía la extinción *ad nutum* (a voluntad) del contrato de trabajo, sin indemnización alguna. Por ello, al carecer de validez el periodo de prueba, la extinción del contrato de trabajo constituye un despido improcedente».

No obstante lo anterior, existe otro importante límite a la facultad rescisoria empresarial durante el periodo de prueba: la nulidad de las decisiones que vulneren derechos fundamentales, destacando entre ellos el derecho a la no discriminación. A este hecho hay que sumar la entrada en vigor de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación (en adelante Ley 15/2022) que es una ley integral, general, transversal y de garantías, con efectos en ámbito laboral. Una de sus novedades más importantes ha sido la ampliación de las causas protegidas por el derecho a no ser discriminado, y ello ha tenido impacto también en la regulación del periodo de prueba. Sin embargo, dicha ley no entró en vigor hasta mediados de julio de 2022, no siendo de aplicación en aquellos hechos acaecidos con anterior a su fecha de efectos. Así, aunque la STS 402/2023 de 6 de junio no aprecia contradicción en el caso, confirma la STSJ de País Vasco de 14 de julio (núm. 929/2020) que reitera la tradicional dicotomía entre

enfermedad y discapacidad, aunque acaba apreciando una discriminación por discapacidad y por lo tanto declarando la nulidad del despido al tratarse de un trabajador que forma parte del grupo social de personas con discapacidad. Para evitar tal calificación, al entrar en juego el derecho fundamental a no ser discriminado por motivos de discapacidad, la empresa debiese haber procedido a la adaptación del puesto de trabajo antes de acudir a la extinción contractual. En este mismo sentido, STSJ de Galicia de 5 de junio (núm. 2750/2023), resume la doctrina sobre la no admisión de enfermedad como causa de discriminación por no reconocerse como tal en ninguna norma, así como la reticencia a considerar la enfermedad en idénticos términos a la discapacidad cuando no se trate de una patología incapacitante de larga o incierta duración.

Con el reconocimiento explícito por el artículo segundo de la Ley 15/2022 de la enfermedad como motivo protegido por el derecho a no ser discriminado se han visto en aumento los procedimientos en los que el trabajador demandante alegó ser víctima de un trato discriminatorio por encontrarse en situación de Incapacidad Temporal tras haber declarado el empresario la no superación del periodo de prueba. Sin duda, la introducción por el legislador de rasgos o circunstancias que antes no estaban expresamente amparadas por el derecho a no ser discriminado supone la ampliación de la protección de este derecho, y tiene como contrapeso la mayor limitación de la autonomía empresarial bajo la posibilidad de cometer un acto discriminatorio. Fundamentos jurídicos como el sostenido en la STSJ de Madrid de 27 de febrero (núm. 109/2023), o la citada STSJ de Galicia 2750/2023, que no aprecian discriminación en la no superación del periodo de prueba de trabajadores en IT alegando que la enfermedad no es una causa protegida por el derecho a no ser discriminado, vigente la Ley 15/2022 se verían obligadas a orientar en sentido contrario su fundamento jurídico.

Hay otros asuntos en los que se ha intentado declarar la nulidad de la extinción del periodo de prueba en base a la vulneración de derechos fundamentales. Cuando los indicios que se aportan para justificar la vulneración de un derecho fundamental, ya sea el derecho a no ser discriminado o cualquier otro, son suficientes, se han de aplicar las garantías antidiscriminatorias. Esto es, la posible nulidad del acto, la declaración de una indemnización por el daño moral, y la inversión de la carga de la prueba, quedando el empresario obligado a demostrar que su actuación está alejada de todo móvil discriminatorio y aportando una justificación objetiva y razonable de ella. Un ejemplo es la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 25 de mayo (núm. 396/2023), sobre la vulneración de la garantía de indemnidad al entender la actora que no ha superado el periodo de prueba como represalia por denunciar ser víctima de acoso laboral en la empresa. Aportados indicios por parte de la actora, el tribunal entiende que no son

suficientes para activar la tutela antidiscriminatoria. No se cumple ni “a) ilegitimidad de la decisión: no se hace referencia a la mera ilegalidad, sino que se exige una ilegitimidad notoria, que podrá apreciarse como indicio; b) la estabilidad de la relación laboral, entendiéndose que cuanto más estable es el vínculo, más creíble resultará como represalia una extinción injustificada abrupta; c) el hecho que la contratación del trabajador que sufre la represalia no haya sido pacífica, por ejemplo, que haya tenido que demandar o formular recursos para acceder al puesto”. Además, en esta resolución el TSJ se preocupa de recalcar la libertad de desistimiento empresarial consagrada en el art. 14.2 ET.

Por último, cabe mencionar la STSJ de Madrid de 19 de junio (núm. 455/2023) sobre despido objetivo, en concreto por ineptitud del trabajador. Aunque esta sentencia tampoco es innovadora, es importante recordar la importancia de aplicar la premisa contenida en el art. 52.a) ET, que indica que “la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”. Ello explicaría el interés por establecer un periodo de prueba por el empresario para poder corroborar la idoneidad del trabajador nuevo y en su defecto proceder a su extinción contractual, a la vez que le motiva a actuar de la manera más diligente posible.

3.2. Novedades en materia de tiempo de trabajo

A lo largo de 2023 la temática del tiempo de trabajo ha sido nuevamente objeto de numerosos pronunciamientos judiciales en los Tribunales de los diferentes ámbitos (comunitario y nacional) ante la variedad de cuestiones que se comprenden dentro de este concepto. En efecto, el tiempo de trabajo como elemento determinante en la relación de trabajo es una cuestión ampliamente litigiosa en todas sus vertientes. Precisamente ante la amplitud de pronunciamientos y la naturaleza de este estudio, exclusivamente se tratarán las novedades más interesantes al respecto.

Asimismo, y para facilitar la lectura al lector o lectora conviene antes de adentrarnos en el análisis sucinto de estas novedades jurisprudenciales realizar una síntesis jurídica sobre las temáticas que se van a tratar. En primer lugar, nos centraremos en una cuestión cardinal del tiempo de trabajo como es su delimitación, esto es, qué supuestos concretos son considerados tiempo de trabajo y cuáles no a raíz de la interpretación dicotómica que se viene empleando alrededor de este aspecto. En segundo lugar, aludiremos a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que versa sobre la delimitación del tiempo de descanso diario y semanal estando este último subsumido al primero. En tercer lugar, nos referiremos a la delimitación de las horas extraordinarias en supuestos de incapacidad temporal donde en una sentencia el

Tribunal Supremo examina si ésta se tiene en cuenta a la hora de contabilizar el exceso de jornada que pudiera haber realizado un trabajador. A continuación, el registro de jornada se abordará ante la continua litigiosidad generada desde su implantación destacando en este ejercicio las matizaciones de los tribunales en materia de carga de la prueba en supuestos de incumplimiento de esta obligación, así como el estudio de la proporcionalidad de la implantación de un registro facial. Finalmente, pero no por ello menos relevante, la denegación de la concreción horaria ha sido objeto de análisis del TS en dos ocasiones para concretar si ello supone una causa de discriminación y posteriormente si procede una indemnización en caso de denegación indebida.

En lo que se refiere a la delimitación del tiempo de trabajo, podemos hacer una distinción entre aquellas sentencias que han considerado que determinadas circunstancias quedan comprendidas dentro de éste y aquellas que lo han descartado. En este sentido, las guardias y el tiempo de disponibilidad de los trabajadores continúan siendo objeto de debate y litigiosidad dando continuidad a la problemática que se viene planteando desde hace años y que se ha recogido en informes anteriores. En efecto, nuevamente el TS en su sentencia de 7 de junio de 2023 (Rec. 221/2021) reitera su doctrina sobre el reconocimiento de la condición de tiempo de trabajo efectivo de las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los empleados de ambulancias a efectos de la jornada anual, siendo necesario en caso de exceso de la misma compensar dicho exceso como horas extraordinarias. Por su parte, la Audiencia Nacional en dos pronunciamientos confirma la doctrina que venía sosteniendo el TS que reconoce que el tiempo de retorno desde el último domicilio en el que se prestan servicios hasta el particular del trabajador debe considerarse tiempo de trabajo y que la empresa, además, puede instaurar métodos de control de los trayectos y del tiempo empleado para evitar situaciones abusivas o anticipar el retorno del trabajador a su domicilio para que coincida con la hora de finalización de la jornada laboral, estipulando que, en caso de concurrir circunstancias imprevistas que demoren el retorno al domicilio particular, la fijación libre de la cuantía y la forma de abono de dichos periodos, así como el exceso que pudiera producirse [SSAN de 10 de abril de 2023 (Rec. 54/2023) y de 24 de abril de 2023 (Rec. 45/2023)]. Como novedades más allá de la reiteración de doctrina, cabe destacar, en primer lugar, la declaración de tiempo de trabajo del periodo de disponibilidad de un trabajador que presta servicios para una empresa cuyo centro de trabajo está en el mismo lugar de residencia del trabajador cuando se le requiere estar disponible y con un tiempo de respuesta de 15 minutos en otra localidad distinta [STSJ Aragón de 17 de abril de 2023 (Rec. 134/2023)]. En segundo lugar, y siendo a nuestro juicio el pronunciamiento más interesante a estos efectos, cabe destacar la STS de 19 de septiembre de 2023 (Rec. 260/2021) que calificó, de un lado, como tiempo de trabajo

efectivo aquellos periodos de tiempo donde se produzcan cortes en el suministro de luz y conexión ajenos a las personas trabajadoras que teletrabajan aludiendo a la obligatoriedad de la empresa de atender las dificultades técnicas que puedan surgir de acuerdo con el artículo 11. 2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021) y, de otro, reitera que el uso del lavabo para atender necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible es un derecho del personal que presta servicios y que la empresa debe registrar estas pausas de forma separada al resto de descansos y pausas contemplados en el convenio colectivo de aplicación en dicho supuesto.

En segundo lugar, aludiremos a otra cuestión fundamental del tiempo de trabajo que es el descanso. Más concretamente, a cómo el TJUE en su sentencia de 2 de marzo de 2023 (asunto C-477/21) ha delimitado claramente la interpretación del art. 3 (descanso diario) y del art. 5 (descanso semanal) de la Directiva 2003/88/CE a tenor del art. 31.2 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En síntesis, los hechos que se planteaban en este supuesto era un maquinista de una empresa húngara que descansaba 12 horas diarias entre dos periodos de trabajo (1 hora más de lo que establece la Directiva) y una vez por semana tenía un descanso de 48 horas consecutivas en cómputo mensual. No obstante, cuando se le concedía el descanso semanal de 48 horas, no se le concedía ni el tiempo de descanso diario ni el tiempo de desplazamiento. La cuestión de fondo que se plantea es si, atendiendo a la interpretación de la Directiva, debe garantizarse que, en el transcurso de una semana laboral, se disfrute de un descanso mínimo de 35 horas (24 de descanso semanal y 11 de descanso diario) sin distinción formal entre estos dos aspectos o, por el contrario, si el trabajador debe disfrutar de un tiempo mínimo de descanso igual a la suma de ambos por ser dos instituciones jurídicas diferentes con derechos independientes y autónomos entre sí y, todo ello, con independencia de que la normativa nacional pueda establecer una cantidad de horas de descanso superiores al mínimo de la directiva como se reconoce en el art. 15 Directiva 2003/88/CE. Así, el TJUE en esta sentencia y aludiendo a su jurisprudencia anterior [entre otra, las SSTJUE de 9 de mayo de 2021 (Asunto C-344/19), 4 de junio de 2020 (Asunto C-588/18) y 11 de abril de 2019 (Asunto C-254/18)], señala que el descanso diario no forma parte del descanso semanal, sino que se añade a éste, aunque preceda directamente a este último y ello con independencia de que el ordenamiento nacional establezca una duración de dicho descanso superior al mínimo establecido por la Directiva. En otras palabras, este pronunciamiento implica que debe disfrutarse de un periodo de descanso continuado de 35 horas sin que quepa restar el descanso diario al descanso semanal.

En tercer lugar, otra cuestión que genera amplia litigiosidad son las horas extraordinarias o más bien la delimitación de las horas extraordinarias. En concreto, destaca la Sentencia del TS de 25 de octubre de 2023 (Rec. 1067/2021) que debe resolver si la situación de incapacidad temporal debe tenerse en cuenta o no para contabilizar el exceso de jornada que pudiera haber realizado un trabajador en un supuesto donde el convenio colectivo no dispone la incidencia de la incapacidad temporal sobre esta cuestión. La cuestión objeto de litigio “se trata, por lo tanto, de decidir si el periodo de incapacidad temporal debe considerarse en su totalidad como trabajado, en los mismos términos que de haberse realizado la jornada efectiva de trabajo durante toda esa anualidad (...). O debe aplicarse la regla de proporcionalidad de referenciar el exceso de jornada al de los días de trabajo efectivos realmente desempeñados”. En este sentido, se recuerda que la incapacidad temporal supone una suspensión del contrato del trabajo de acuerdo con el art. 45 ET y, por ende, existe la exoneración de obligaciones de trabajar y remunerar el salario. Así, el trabajador que se encuentre en esta situación no debe recuperar las jornadas de trabajo transcurridas durante la incapacidad temporal. Ahora bien, ello no implica que el periodo de incapacidad temporal se considere tiempo de trabajo efectivo a efectos del exceso de jornada, salvo que así se disponga en el convenio colectivo aplicable. La novedad de esta sentencia es que debe aplicarse un criterio de proporcionalidad en estos supuestos. En efecto, la finalidad de este criterio es la de neutralizar el perjuicio que supondría la total exclusión de estos periodos a la hora de calcular un posible exceso de jornada penalizando adicionalmente la situación de incapacidad temporal y también, en nuestra opinión, una clara diferenciación y desprotección para aquellos trabajadores donde no se regula este aspecto en convenio colectivo con respecto a aquellos cuyos convenios colectivos sí lo reconozcan. Por lo tanto, la situación de incapacidad temporal no debe tenerse en cuenta a la hora de contabilizar un exceso de jornada anual en estos supuestos, pero, además, debe aplicarse un criterio de proporcionalidad, debiéndose calcular el exceso de jornada en base a los días de trabajo de esa misma anualidad durante los que la persona trabajadora presta servicios efectivos fuera del periodo de baja médica.

En lo que se refiere al registro de jornada de trabajo, cuestión litigiosa desde el momento de la aprobación de su obligatoriedad y su incorporación en el art. 34 ET, son varias los pronunciamientos al respecto. Así, hablamos de sentencias que continúan versando sobre el cumplimiento del registro de jornada. En primer lugar, nos referiremos a la STS de 18 de enero de 2023 que confirma la SAN de 9 de diciembre de 2020 sobre la validez de un mecanismo de registro de jornada basado en la declaración unilateral del propio trabajador en colisión con la doctrina del TJUE (STJUE de 14 de mayo de

2019, Asunto C- 55/18, *CCOO/Deutsche Bank*). Así, se ha ratificado que un sistema de registro de jornada que se basa en los datos declarados unilateralmente por el trabajador no colisiona ni con el art. 34.9 ET que únicamente permite limitar dicho sistema a la negociación colectiva, ni tampoco la doctrina del TJUE al entender que en estas circunstancias no desvirtúan el carácter objetivo y fiable que se exige a dichos sistemas. En segundo lugar, la STS de 22 de febrero de 2023 hace alusión al registro de jornada y a las horas extraordinarias dirimiendo si es contrario al carácter voluntario de las horas extraordinarias que el sistema de registro de jornada de una gran empresa exija que éstas estén autorizadas por el responsable directo y la dirección. En este sentido, el Alto Tribunal entiende que ello no es contrario a dicha voluntariedad y que nos encontramos simplemente ante una manifestación de la forma en que la empresa da el consentimiento para su realización sin que queden a la voluntad exclusiva del trabajador. En tercer lugar, y únicamente poniendo de manifiesto la disparidad que se está produciendo en tribunales inferiores y que seguramente implicará un pronunciamiento o varios por parte del TS de un momento a otro, señalar que existen diferencias de criterios a la hora de entender en supuestos de acreditación de horas extraordinarias si hay un incumplimiento del registro de jornada la necesidad o no de acreditación de las mismas por parte del trabajador. En este sentido, hay pronunciamientos que entienden que el trabajador debe aportar una prueba plena de las horas extraordinarias (STJS Murcia, de 28 de marzo de 2023, Rec. 1293/2021 y STSJ Andalucía, de 16 de marzo de 2023, Rec. 725/2022), otros que únicamente debe aportar una prueba indiciaria (STSJ Canarias, de 11 de mayo de 2023, Rec. 506/2022; STJ Galicia, de 1 de marzo de 2023, Rec. 6191/2022; SSTJ Madrid de 21 de abril de 2023, Rec. 1363/2022 y de 19 de mayo de 2023, Rec. 1381/2022, entre otras) y finalmente, otros TSJ entienden que no es necesaria la prueba indiciaria (SSTSJ de Cataluña de 2 de enero de 2023, Rec. 5906/2022; de 26 de junio de 2023, Rec. 6558/2022 y de 28 de junio de 2023, Rec. 7985/2022). En cuarto y último lugar, resulta interesante la STSJ Alicante de 15 de septiembre de 2023, donde analiza si un registro de jornada basado en el reconocimiento facial supone o no una violación de la intimidad de las personas trabajadoras y si se trata de una medida desproporcionada. Lo interesante de este pronunciamiento, además, de la conclusión - que en seguida comentaremos- es que alude al Dictamen 3/2012 sobre la evaluación de las tecnologías biométricas, al art. 4. 14 del Reglamento General de Protección de Datos y a la doctrina que se viene empleando sobre la proporcionalidad en este tipo de medidas en colisión con los DD.FF. En efecto, tras este análisis el TSJ entiende que se trata de una medida desproporcionada y que vulnera la intimidad del trabajador al no dar la empresa otras opciones para realizar dicho registro, al no existir por parte del trabajador un consentimiento expreso del uso de su imagen para fichar y porque

tampoco se realizó la obligada evaluación del impacto en protección de datos que puede tener un sistema de estas características.

Por último, respecto a la concreción horaria por reducción de jornada existen varios pronunciamientos sobre diferentes aspectos, lo que evidencia el interés por esta cuestión. Destaca a efectos de tiempo de trabajo, la STS de 21 de noviembre de 2023, Rec. 3576/2020 que señala que, en una reducción de jornada por cuidado de hijo no llevaba aparejado el derecho a que se reduzca sobre el sistema de trabajo a turnos de una trabajadora; de manera que no se le permite pasar a realizar su jornada en un único turno cuando venía realizando turnos alternos de mañana y de tarde. Por su parte, la STS de 25 de mayo de 2023, Rec. 1602/2020, rechaza que la mera denegación de la concreción horaria de una persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden, no implica por sí solo que se esté produciendo una discriminación por razón de sexo y ni tan siquiera una discriminación indirecta. Y finalmente, existen dos sentencias del TS (SSTS de 25 de abril de 2023, Rec. 1040/2020 y de 14 de junio de 2023, Rec. 2599/2020) sobre si en caso de denegación indebida de la concreción horaria justifica o no una indemnización, lo que ha sido ratificado, esto es, el existir derecho a la indemnización por parte de la persona trabajadora.

3.3. Novedades en materia de despido

En materia de despido, cabe hacer mención en primer lugar a alguna modificación normativa reseñable, como la operada en el apartado 2 del art. 51 ET (DF 8.2, Ley 3/2023, de 28 de febrero), a fin de reforzar el papel de la Inspección de Trabajo a través del conocido informe emitido en el marco del procedimiento de despido colectivo. A este respecto, se ha añadido que el informe que emita la Inspección de Trabajo en estos casos “además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir”, ampliando por tanto los aspectos sobre los que se podrá pronunciar la Inspección.

También se han ampliado las causas de nulidad automática en casos de despido objetivo y despido disciplinario, previstas en la letra b) del art. 53.4 ET y art. 55.5 ET, respectivamente, a fin de incluir como causa de nulidad la situación de las personas acogidas al nuevo permiso por enfermedad grave u hospitalización del art. 37.3 b) ET, así como la situación de quienes hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el art. 34.8 ET, todo ello modificado por el art. 127, ap. 8 y 9, del RDL 5/2023, de 28 de junio.

Finalmente, en materia de extinción del contrato de trabajo, cabe señalar que la versión final del art. 49.1 m) ET prevista en la DF 14.9 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, no incluye la mención a la trabajadora víctima de violencia sexual incorporada por la DF 14.4 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre; por lo que dicho precepto del ET, en su versión actualmente vigente, se refiere únicamente a la trabajadora víctima de violencia de género. Lo mismo sucede con las referencias que a estas trabajadoras hacen los arts. 53.4 y 55.5 ET en materia de nulidad por “el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en el ET para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”, referidas únicamente a la trabajadora víctima de violencia de género.

Por otro lado, debemos pasar a comentar separadamente los pronunciamientos judiciales más relevantes en materia de despido, distinguiendo los relativos al despido disciplinario, al despido objetivo y al despido colectivo.

En materia de despido disciplinario, encontramos varios pronunciamientos judiciales que se refieren a las distintas causas del mismo. En relación con las faltas de asistencia injustificadas al trabajo, causa prevista en el art. 54.2 a) ET, cabe citar la STS de 17 de abril de 2023 (Rec. 1368/2022), que aborda el supuesto de un trabajador en situación de IT a quien se le expide el alta médica antes de los primeros 365 días, por lo que la situación de IT se extingue y el trabajador tiene obligación de reincorporarse a su puesto de trabajo. No obstante, el trabajador no lo hizo, alegando su disconformidad con el alta médica tras plantear reclamación administrativa previa. Por ello, el trabajador incumplió su obligación de incorporarse a su puesto, incluso tras solicitárselo la empresa, por lo que las ausencias no están justificadas y se confirma la procedencia del despido.

También encontramos algunas sentencias sobre embriaguez o toxicomanía como causa prevista en el art. 54.2 f) ET. Así, la STS de 21 de febrero de 2023 (Rec. 3723/2021) confirma la procedencia del despido disciplinario de un trabajador conductor de autobús que, en un control de tráfico rutinario, dio positivo en el consumo de cocaína, lo que dio lugar a la inmovilización del vehículo y a que se trasbordase a los viajeros a otro autobús, contribuyendo a la gravedad de la conducta el peligro que implica circular bajo esos efectos, el perjuicio a los viajeros, así como el deterioro de la imagen de la empresa. Una problemática similar se analiza en la STSJ Castilla y León, Burgos, de 24 de julio de 2023 (Rec. 438/2023), en la que se confirma la procedencia del despido disciplinario de un trabajador carretillero en una fábrica de neumáticos que dio repetidas veces positivo en el test de alcoholemia al que pactó someterse voluntariamente, contribuyendo a la gravedad de la conducta el peligro que implica para sí y para terceros trabajar bajo esos efectos en la fábrica.

Por otro lado, sigue siendo habitual encontrar numerosas sentencias en materia de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, causa prevista en el art. 54.2 d) ET. Sobre tal cuestión tenemos la STS de 17 de octubre de 2023 (Rec. 5073/2022), en relación con una trabajadora cajera de supermercado que fue descubierta, en un control rutinario, habiendo sustraído un par de productos de poco valor. El tribunal confirma la procedencia del despido, a pesar del escaso valor económico de lo sustraído, ya que “una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora”, que es lo que en verdad motiva el despido. Por otro lado, la STSJ Islas Canarias (Tenerife) de 12 de mayo de 2023 (Rec. 811/2022) confirma la procedencia del despido disciplinario por transgresión de la buena fe de una trabajadora educadora infantil que, durante la crisis sanitaria del COVID-19 se negó tajantemente a llevar mascarilla, en contra de las normas de prevención de riesgos laborales. La trabajadora alegaba tener una “enfermedad” que le imposibilitaba llevar mascarilla, negándose a aportar ningún certificado médico por considerarlo un “atentado a la intimidad”, argumentos que el tribunal rechaza de plano. Finalmente, también cabe citar la STSJ País Vasco de 16 de mayo de 2023 (Rec. 461/2023), en un caso que afecta a un profesor de una escuela privada denunciado por proferir continuos comentarios insultantes y obscenos hacia sus alumnas. A pesar de la gravedad de los comentarios vertidos, la sentencia acaba declarando la improcedencia del despido, al considerar que no encaja dentro de las conductas previstas como “muy graves” en el convenio de aplicación, así como por conductas contradictorias de la empresa, la cual, siendo conocedora de los hechos, primero lo sancionó con suspensión de empleo y, ante las quejas de los padres y madres, posteriormente lo despidió.

Hay que destacar las sentencias que abordan el alcance de las facultades de vigilancia del empresario en orden a demostrar los incumplimientos del trabajador. La STSJ País Vasco de 18 de julio de 2023 (Rec. 1121/2023) declara nulo el despido disciplinario de una trabajadora dependiente en una tienda de ropa por vulneración del derecho fundamental a la intimidad. La trabajadora había comprado unas prendas y luego las había “devuelto” sin restituir las, cosa que la empresa descubre a través de las grabaciones de las cámaras de videovigilancia. No obstante, el tribunal no admite la prueba, al considerar que incumple la normativa de protección de datos, que en el art. 89.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, obliga a que se informe de la presencia de las cámaras a través del dispositivo pertinente. En una línea similar, encontramos la STSJ País Vasco de 17 de enero de 2023 (Rec. 2597/2022), que declara la nulidad de un despido disciplinario por vulneración del derecho fundamental a la intimidad. En el presente caso, se trataba de un trabajador que se encontraba en

situación de IT y que al parecer realizó varias conductas incompatibles con su dolencia de espalda (se marchaba con su vehículo a alta velocidad y volvía a altas horas de la noche, acudiendo por ejemplo a un partido de fútbol). La empresa tuvo conocimiento de estos hechos gracias a la agencia de detectives que contrató, y que instaló un dispositivo GPS de geolocalización en el vehículo particular del trabajador; y eso es precisamente lo que motiva la nulidad, al considerar el tribunal que dicho seguimiento durante todo el período de IT no respeta el principio de proporcionalidad y es una invasión ilegítima en la intimidad del trabajador.

La vulneración de otros derechos fundamentales también motiva la nulidad del despido. A este respecto, tenemos la STSJ Cataluña de 9 de febrero de 2023 (Rec. 6489/2022), en relación con un trabajador socorrista en una piscina que fue despedido disciplinariamente por la “no consecución de los objetivos pactados”. Coincide que poco antes el trabajador había sido elegido secretario general de la sección sindical del sindicato CGT en la empresa, extremo que la dirección de la misma conocía, lo cual es indicio suficiente de vulneración del derecho a la libertad sindical, atendiendo a la parca motivación de la carta de despido, por lo que se declara la nulidad. También ha tenido un gran impacto la STC 79/2023, de 3 de julio (Rec. amparo 3638/2020), que concluye con la nulidad de un despido disciplinario por vulneración del derecho fundamental a la libertad ideológica. El asunto aborda el despido disciplinario de un trabajador de una entidad bancaria marroquí con sucursal en Madrid, que fue despedido tras participar en manifestaciones políticas a favor de la población rifeña y difundió mensajes políticos en redes sociales con fotografías tomadas en su puesto de trabajo. Ante un panorama indiciario de represalia ideológica, el TC concede el amparo, al considerar que la empresa no ha desvirtuado dichos indicios con pruebas objetivas que acreditasen algún incumplimiento laboral, más allá del verdadero motivo del despido relacionado con las opciones políticas del trabajador.

Debemos reseñar también algunas sentencias que declaran la nulidad del despido por apreciar discriminación por enfermedad, citando la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Así, podemos citar: la SJS núm. 1 Granada de 15 de febrero de 2023 (Proc. 753/2022), que aprecia la nulidad del despido de un trabajador al poco de comunicar la situación de IT, señalando en relación con la Ley 15/2022 que “no puede sostenerse que la situación tras la entrada en vigor de la norma sea igual a la que existía hasta su aparición”; la SJS núm. 3 Pamplona de 4 de abril de 2023 (Proc. 738/2022), en un supuesto también similar de un trabajador que comunica su situación de IT y al poco tiempo es despedido sin mediar una causa, lo cual es considerado suficiente panorama indiciario de la motivación discriminatoria; la SJS núm. 2 Burgos de 4 de mayo de 2023 (Proc. 847/2022), en un supuesto similar; y la

STSJ Castilla y León, Burgos, de 20 de julio de 2023 (Rec. 416/2023), sobre una trabajadora despedida tras comunicar a la empresa por mensajería móvil su situación de IT, donde la sala cita también el derecho fundamental a la integridad física. Por su parte, la STSJ Cataluña de 3 de febrero de 2023 (Rec. 5427/2022) declara la nulidad del despido de un trabajador en situación de IT, pero de duración previsiblemente larga; aun así, señala que la Ley 15/2022 “resuelve el debate doctrinal” en relación con la discriminación por enfermedad. Por el contrario, la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 19 de junio de 2023 (Rec. 877/2023) declara improcedente, y no nulo, el despido de un trabajador al no apreciar panorama indiciario de discriminación por enfermedad, pues el trabajador se ausentó del trabajo para acudir a urgencias desconociendo la empresa y el parte de baja se comunicó tras el despido.

En otro orden de cosas, la STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 15 de marzo de 2023 (Rec. 469/2022) declara la improcedencia -no nulidad- de un despido disciplinario “sin causa”. El asunto se refiere al piloto de una compañía aérea que tuvo discrepancias técnicas con sus superiores con relación a las cenizas vertidas por la erupción del volcán de La Palma, y que poco después fue despedido por “pérdida de confianza”. Si bien el tribunal admite que la discrepancia entre el trabajador y su empresa no motiva una pérdida de confianza que lleve a la procedencia del despido, ello no significa que el despido sea nulo; y lo cierto es que el tribunal considera que no hay ninguna reclamación o denuncia por parte del trabajador, por lo que no se puede considerar que la empresa ha actuado como represalia, ni por tanto tampoco declarar la nulidad, aunque no haya causa legal de despido.

Es de destacar también alguna sentencia en materia de garantías de los representantes de los trabajadores en el marco del despido disciplinario. La STS de 25 de abril de 2023 (Rec. 4371/2019) se pronuncia sobre la posibilidad de que los representantes despedidos puedan seguir ejerciendo sus funciones representativas hasta que se dicte sentencia firme validando la procedencia de su despido. El asunto se plantea con relación a unos representantes de los trabajadores que fueron despedidos disciplinariamente y que, después de ello, querían acceder al centro de trabajo para asistir a reuniones con los trabajadores, aspecto que no está previsto legalmente. La conclusión del tribunal es que ello no es posible, pues nos encontramos ante la ruptura del vínculo representativo tras la extinción del contrato de trabajo, y hay que tener presente la naturaleza constitutiva del despido. También es reseñable la STS de 24 de enero de 2023 (Rec. 437/2021), dictada en un proceso de demandas acumuladas de despido (de un representante) y extinción por impago de salarios del art. 50.1 b) ET; y en el cual, tras declararse el despido improcedente, el representante optó por la extinción indemnizada con abono de salarios de tramitación, lo cual motiva que el tribunal no

pueda “decretar la extinción indemnizada del contrato de trabajo porque la relación laboral ya no está viva”.

Respecto de otras cuestiones indirectamente relacionadas con el despido disciplinario, cabe destacar la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 12 de enero de 2023 (Rec. 34/2022), que señala que, en una sucesión empresarial, la empresa cesionaria responde solidariamente con la cedente de las responsabilidades derivadas de los despidos disciplinarios efectuados con anterioridad a la transmisión, tal y como señaló la STS de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015). También la STSJ Castilla y León, Burgos, de 9 de marzo de 2023 (Rec. 900/2022) que, con relación a una supuesta percepción fraudulenta de la prestación de desempleo, señala que “el hecho de que no se haya impugnado un despido disciplinario no puede concluir que haya habido connivencia” con el empresario para buscar la extinción y percibir de manera fraudulenta la prestación.

En materia de despido objetivo, hay que destacar varias sentencias dictadas en extinciones motivadas por ineptitud sobrevenida prevista en el art. 52 a) ET. La STSJ País Vasco de 19 de septiembre de 2023 (Rec. 1371/2023) declara improcedente un despido objetivo por ineptitud, pues el trabajador todavía tenía plazo para solicitar la renovación de la tarjeta comunitaria de residencia cuya caducidad motivó el despido, por lo que la empresa “se precipitó”.

Por su parte, es destacable la STS de 25 de abril de 2023 (Rec. 1931/2022), que avala el despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador por parte de la nueva empresa adjudicataria de un servicio público tras operar una subrogación de plantilla, toda vez que el trabajador carecía de una específica titulación que se exigía en el pliego de prescripciones técnicas para su puesto de técnico de integración social. También avala el despido por ineptitud sobrevenida la STSJ Madrid de 28 de junio de 2023 (Rec. 252/2023), con relación a una trabajadora taquillera de unas instalaciones deportivas que carece “de las facultades o destrezas necesarias para desempeñar su trabajo a través de la herramienta que los demás compañeros manejan”, pues no era capaz de utilizar el programa informático de inscripción de usuarios a las actividades deportivas.

Finalmente, hay que citar algunas sentencias que avalan la procedencia del despido por ineptitud sobrevenida en aquellos casos en que el trabajador sufre limitaciones funcionales o de salud que son incompatibles con la realización de sus funciones, y ante la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo, en particular cuando los servicios de prevención declaran “no apto” al trabajador; tal es el caso de la STSJ Aragón de 20 de marzo de 2023 (Rec. 113/2023), la STSJ Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2023 (Rec. 1878/2022), la STSJ Castilla-La Mancha de 9 de febrero de 2023 (Rec.

2284/2022), o la STSJ Cataluña de 9 de junio de 2023 (Rec. 859/2023). Por el contrario, otras sentencias lo rechazan, como la STSJ Cataluña de 16 de marzo de 2023 (Rec. 6973/2022), que declara el despido improcedente porque la empresa no ha hecho esfuerzos de adaptación del puesto de trabajo; o la STSJ Madrid de 22 de febrero de 2023 (Rec. 1001/2022), que declara el despido nulo al apreciar indicios de discriminación por discapacidad.

Centrándonos ahora en el despido objetivo por causas ETOP del art. 52 c) ET, cabe citar la STS de 5 de julio de 2023 (Rec. 105/2022), que se refiere a la obligación de entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, prevista en el art. 53.1 ET. En este sentido, el tribunal acepta que la copia de la carta se entregue a los representantes con posterioridad al momento en que se le entrega al trabajador, mientras que se cumpla el objetivo de dicha formalidad, que no es otro que los representantes estén al corriente de las circunstancias del despido. En este sentido, se admite incluso la entrega de la copia de la carta con posterioridad al momento del despido (cuatro días en el asunto examinado), “siempre y cuando se efectúe en un plazo prudencial que no frustre las finalidades de la exigencia legal”, sin que ello motive la improcedencia del despido.

En materia de despido colectivo, cabe referirse a la STJUE de 5 de octubre de 2023 (C-496/22, ECLI:EU:C:2023:741), relacionada con la participación de los representantes de los trabajadores en el período de consultas, a la luz de un procedimiento en Rumanía en que un empresario no pudo notificar su decisión de despido a los representantes, pues a estos se les había extinguido su mandato sin haber sido elegidos otros, por lo que la empresa no contaba con interlocutor. De lo que se trata en definitiva es de determinar si la normativa rumana, que “no impone al empresario la obligación de consultar individualmente a los trabajadores afectados, cuando estos no han designado representantes de los trabajadores”, se encuentra en línea con las previsiones de la Directiva 98/59/CE, a lo cual el TJUE responde que la Directiva no obliga a la empresa a consultar con los trabajadores afectados, sino con sus representantes. Ahora bien, señala que corresponderá a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para que los trabajadores designen a sus representantes en contextos como el descrito y garantizar así el efecto útil de las disposiciones de la Directiva, lo cual deberá valorar el órgano juzgador nacional.

Encontramos alguna sentencia en relación con el cómputo de los umbrales de despido colectivo. En este sentido, la STS de 19 de septiembre de 2023 (Rec. 61/2023) se refiere a que en el período de referencia de 90 días deben computar los despidos que durante ese período la empresa concilió, y también unas extinciones que llevó a cabo de mutuo acuerdo con los trabajadores, pues a pesar de que en ellas concurra la voluntad

del trabajador, también es cierto que son extinciones que surgen “a iniciativa del empresario”, pues dichas salidas se llevaron a cabo en el marco de una reestructuración de plantilla que la empresa estaba preparando; lo que, al superarse los umbrales, determina que nos encontremos ante un despido colectivo de hecho. Una cuestión similar se plantea en la STS de 22 de junio de 2023 (Rec. 223/2022), pues se plantearon unas extinciones de mutuo acuerdo a propuesta de la empleadora entrante en el marco de una sucesión empresarial, a fin de evitar una subrogación, lo que determinó la superación de los umbrales y la consideración de todo ello como un despido colectivo de hecho. Finalmente, también en el marco de una sucesión de empresa, la STS de 15 de marzo de 2023 (Rec. 212/2022) aprecia la existencia de un despido colectivo de hecho, al negarse la empresa sucesora a subrogarse en un número de trabajadores de la empresa saliente que superaba los umbrales correspondientes, a pesar de estar obligada a subrogarse en todos ellos según lo previsto en el convenio colectivo de aplicación. Precisamente sobre despido colectivo de hecho, la STS de 19 de octubre de 2023 (Rec. 183/2022) señala que en dichos casos el plazo de caducidad del art. 124.6 LRJS no puede empezar a computar sino hasta que se tiene conocimiento fehaciente de la superación de los umbrales, cosa que en el asunto en cuestión sucedió cuando la empresa comunicó al sindicato legitimado los datos sobre “evolución del empleo” en la empresa.

Por otro lado, en relación a los despidos por extinción de la personalidad jurídica del contratante, la STS de 22 de febrero de 2023 (Rec. 349/2022) y la STS de 20 de junio de 2023 (Rec. 2901/2022) señalan que dichos despidos deberán tramitarse conforme al procedimiento previsto en el art. 51 ET únicamente en el caso en que se superen los umbrales allí indicados, es decir, cuando el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, pues de lo contrario el procedimiento apropiado es el de los despidos objetivos individuales o plurales del art. 52 c) y art. 53 ET.

En materia de causas de despido colectivo, encontramos la STS de 20 de junio de 2023 (Rec. 1459/2022), que califica como ajustada a derecho aquella medida en que se acredite el carácter estructural de las causas ETOP por las que atravesaba la empresa, sin perjuicio del carácter inicialmente coyuntural que tuvo la crisis empresarial como consecuencia de la pandemia de COVID-19, en línea con lo que se indicó en la STS de 16 de marzo de 2022 (Rec. 265/2021). La STS de 18 de julio de 2023 (Rec. 2055/2022) declara procedente un despido objetivo por causas ETOP estructurales que, si bien se vieron agravadas por la pandemia, existían con carácter previo y tenían en este momento una proyección a futuro. Precisamente en relación con la pandemia, la STS de 24 de enero de 2023 (Rec. 4091/2021) recuerda que el incumplimiento de lo establecido

en el art. 2 RDL 9/2020 motiva la consideración de la extinción como improcedente, y no nula, en línea con lo indicado en la STS de 19 de octubre de 2022 (Rec. 2206/2021).

También encontramos sentencias en relación con las formalidades del procedimiento de despido colectivo. En este sentido, la STS de 20 de abril de 2023 (Rec. 257/2022) califica de ajustado a derecho un procedimiento de despido colectivo en el que no se aportó una documentación que se juzgó como irrelevante (unos contratos mercantiles por unas operaciones que se detallaban en el informe técnico), por lo que no se hurtó a los representantes la posibilidad de negociar. Lo mismo sucede en la STS de 12 de julio de 2023 (Rec. 19/2023), recordando el tribunal que la trascendencia de la documentación adicional debe ser acreditada por quien la peticiona (banco social). La misma sentencia también valida la inicial aportación de criterios de selección de afectados de carácter genérico, lo cual no obsta a su posterior negociación y concreción a lo largo del período de consultas, lo que resume con la afirmación relativa a que “la genericidad de los criterios no equivale a su ausencia”. Por otro lado, y desde una óptica finalista del procedimiento de despido colectivo, la STS de 12 de julio de 2023 (Rec. 6/2023) califica como ajustada a derecho una medida en la que uno de los sindicatos no se conectó a una reunión telemática del período de consultas, al tratarse de una reunión final de ratificación de lo previamente acordado, por lo que no se desvirtúa el fin del período de consultas. En cambio, la STS de 15 de febrero de 2023 (Rec. 224/2022) califica un despido colectivo como nulo, al haber omitido el empresario la obligación de comunicar su decisión final (concluido el período de consultas sin acuerdo) a los representantes de los trabajadores con los que negoció (una comisión ad hoc ex art. 41.4 ET). También califica como nulo un despido colectivo, por fraude de ley, la STSJ Aragón de 22 de mayo de 2023 (Proc. 241/2023), al considerar que la empresa había pactado con los representantes de los trabajadores la extinción de la personalidad jurídica de la misma, continuándose la actividad en otra empresa que asumió a la mayoría de los trabajadores, pero soslayando el mecanismo subrogatorio del art. 44 ET.

Cabe mencionar la STSJ Andalucía, Granada, de 12 de enero de 2023 (Rec. 922/2022) sobre un despido colectivo en el que se vio afectada una trabajadora afiliada al sindicato CGT y que, tras participar en unas reuniones con la empresa a fin de llegar a acuerdos de adhesión voluntaria, interpuso una demanda por “acoso laboral”. A tal respecto, el tribunal considera que se cumplió con los criterios de selección, por lo que no hay vulneración de la garantía de indemnidad, toda vez que considera que la demanda por acoso laboral se interpuso “con el exclusivo objeto de obtener un blindaje frente al más que previsible despido”. También en sede de TSJ, encontramos la STSJ País Vasco de 20 de junio de 2023 (Rec. 1179/2023), la cual valida el suficiente contenido de la carta extintiva individual derivada de un proceso de despido colectivo, al

considerar que dicha suficiencia debe interpretarse en conexión con la negociación previa, por lo que no exigible la reproducción pormenorizada de los criterios de selección pactados en el período de consultas. Dicha sentencia también descarta las alegaciones de vulneración del derecho de huelga y discriminación por razón de sexo en la selección de los afectados, toda vez que los criterios eran objetivos y profesionales, sin aportar tampoco indicios de afectación discriminatoria, pues “el porcentaje de personal masculino y femenino del conjunto de la plantilla” era similar antes y después de la reestructuración.

En materia de indemnización por despido colectivo, ha tenido un fuerte impacto la STS de 24 de enero de 2023 (Rec. 2785/2021), en relación con un pacto alcanzado en período de consultas que prevé distintas fórmulas de cálculo de la indemnización según la edad del trabajador afectado, planteando dudas en torno a una posible discriminación. En este sentido, para los trabajadores con edad inferior a los 60 años se contemplaba una indemnización (mayor) por despido improcedente más una cuantía adicional según el salario percibido; mientras que para los trabajadores de 60 o más años, y teniendo en cuenta lo que percibirán por desempleo, la indemnización (menor) se calculaba en atención al salario percibido y en función de los meses que restan hasta el momento de alcanzar la edad ordinaria de jubilación. El tribunal llega a la conclusión de que no hay discriminación por edad, subrayando que el pacto indemnizatorio es fruto de la negociación colectiva y mejora el mínimo legal. Asimismo, considera razonable que los trabajadores que se encuentran más próximos al momento de la jubilación obtengan una indemnización menor, teniendo en cuenta medidas amortiguadoras como la suscripción del convenio especial del art. 51.9 ET.

Finalmente, es de destacar la STSJ Galicia de 15 de septiembre de 2023 (Rec. 2042/2023) que, si bien deriva de un proceso de despido disciplinario, las circunstancias del mismo estaban conectadas con una reestructuración de plantilla. En este sentido, en el marco de un procedimiento de despido colectivo, la empresa propone la conversión de varios de los contratos de trabajo indefinidos en contratos fijos discontinuos, a lo que algunos trabajadores accedieron, pero no así el trabajador finalmente despedido, reconociendo la empresa la improcedencia. El trabajador alega vulneración de la garantía de indemnidad, al considerar que se le despide por su negativa a la conversión contractual, novación que únicamente puede hacerse concurriendo la voluntariedad del afectado, en los términos de la Cláusula 5ª-2 de la Directiva 97/81/CE. Por tanto, si bien se admite la hipótesis de una nulidad, el tribunal señala que en el presente caso “debemos valorar si son apreciables causas ETOP justificativas de la actuación de la empresa en orden al despido”, caso en el que el despido sí que estaría justificado. Y así, en el caso concreto se parte de la concurrencia de las causas en el procedimiento de

despido colectivo, que no fueron cuestionadas, y que motivarían la extinción contestada, por lo que se descarta la nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad.

IV. DERECHO COLECTIVO ⁴⁰

En esta nueva edición del Informe anual de la Sección Juvenil, no podía faltar el análisis relativo al Derecho Colectivo. En particular, son ocho las temáticas abordadas en el presente informe: el derecho de huelga; la implantación de aplicaciones en sustitución del correo electrónico corporativo para fines; facultades y garantías de los representantes de los trabajadores; determinación del convenio colectivo aplicable; agrupación de centros de trabajo de diferentes provincias en elecciones sindicales); legitimación negociadora; la ultraactividad; y los acuerdos y convenios extraestatutarios.

4.1. Derecho de huelga

La huelga es una de las principales instituciones del Derecho del Trabajo en su vertiente colectiva. El artículo 28.2 CE reconoce este derecho a los trabajadores para la defensa de sus intereses y prevé, asimismo, que se debe asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Como es sabido, el derecho de huelga debería haber sido regulado por Ley Orgánica, lo que no ha sucedido todavía. Ello constituye una anomalía constitucional, ya que la regulación que existe es preconstitucional, contenida en el RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, “configurado” por el Tribunal Constitucional a través de su sentencia 11/1981, de 8 de abril, lo que, precisamente, ha permitido que el actual modelo legal perviva y haya superado el test de constitucionalidad⁴¹.

Aunque este no es el único pronunciamiento del año en curso que tiene por objeto el derecho de huelga, sí hemos querido centrar el foco de atención, por su relevancia e interés, en el conflicto que resuelve la STS de 13 de diciembre (Rec. 13/2021), que declara contraria a Derecho, por abusiva y fraudulenta, la huelga convocada en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos por el Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General del Trabajo.

⁴⁰ Han colaborado en la redacción de este apartado: Rafael MOLL NOGUERA (coordinador), Ana AGUAS BLASCO, José Enrique RUIZ SAURA, Gratiela-Florentina MORARU, José Manuel SÁNCHEZ TORRADO, Covadonga FERNÁNDEZ VILLAR, Pierre-Henri CIALTI y Ana GARCÍA GARCÍA.

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: «Huelga y servicios esenciales: requisitos para declarar la vulneración del derecho fundamental de huelga», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 8, 2023.

El 18 de diciembre de 2012, CGT preavisó a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos el inicio, el día 29 de ese mismo mes y año, de una huelga de carácter indefinido en todos los centros de trabajo del territorio español, con ámbito funcional que comprendía todo su personal, tanto laboral como funcionario. La convocatoria de dicha huelga respondía, según el sindicato, a la situación conflictiva en la que se encontraban las relaciones laborales y del personal funcionario y perseguía objetivos tales como el rechazo del proceso de privatización, de cualquier medida de reducción de empleo y de empeoramiento de las condiciones laborales, entre otros.

Pues bien, según los hechos probados, en la sentencia de instancia pudo comprobarse que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 28 de febrero de 2018, el índice de seguimiento de la huelga acumulado fue de un 0,13% y que, del total de las jornadas de huelga, un 25% se produjeron en sábados y domingos exclusivamente. Además, muchos huelguistas utilizaron el 100% de sus días de huelga en sábado o ejercieron su derecho inmediatamente después del descanso vacacional, del fin de semana, en días puente entre festivos y descansos o para prolongar la duración de estos. También se probó que se recurría a la huelga para finalidades tales como soslayar la denegación previa de permisos o asuntos propios, justificar ausencias o abandonos del puesto no autorizados previamente o no realizar ciertos turnos, entre otras finalidades similares, y, asimismo, se estimó probado que por parte de CGT se promovió que la huelga se realizaría con dichos fines -distintos de los que fue convocada- e incitó a que los trabajadores y funcionarios eludiesen el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo⁴². Estas acciones supusieron que oficinas unipersonales de la Sociedad de Correos y Telégrafos, que tienen horario de atención al público también en sábado tuvieran que cerrar. Cabe recordar que la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos es el operador designado por ley para prestar el servicio postal universal en todo el territorio español, por lo que está sujeta a ciertas obligaciones de servicio público y hace necesario que mantenga abiertos centros para dar cobertura a todos los servicios de la ciudadanía.

Tras la conciliación previa, el 12 de julio de 2018 se presentó demanda por el Abogado del Estado sobre conflicto colectivo, si bien el día 27 siguiente se anuncia la desconvocatoria de la huelga para el próximo día 31. En dicha demanda, se solicitó sentencia en la que se declarase nula o contraria a Derecho la huelga por ilegal, por ilícita o por abusiva. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estimó la petición, declarando la huelga contraria a Derecho por abusiva y fraudulenta. El Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la CGT recurrió en casación.

⁴² SAN, Sala de lo Social, 86/2020, de 19 de octubre (Rec. 198/2018), hechos undécimo a decimosexto.

El TS se pronuncia en la sentencia 953/2022 ratificando el fallo emitido por la AN. Confirma así que la huelga, que se ha mantenido durante más de cinco años, es ilegal por abusiva y fraudulenta. Compartiendo el criterio de la sentencia de instancia, y atendiendo al acervo probatorio obrante, la Sala concluye que la huelga es abusiva por la forma en que se desarrolló, convocándose por tiempo indefinido, prolongándose durante más de cinco años y ejerciéndose de manera intermitente, siendo utilizada de forma estratégica para otros fines, tales como dejar de trabajar los sábados, ampliar las vacaciones o disfrutar de permisos denegados o no contemplados legal o convencionalmente. Y es fraudulenta porque el sindicato alentó, a través de la emisión de comunicaciones, a que, como hemos dicho, los huelguistas secundasen la huelga de forma intermitente para fines distintos de los que fue convocada y eludiendo las obligaciones contractuales. Todo ello generó grandes disfunciones en el servicio -el cual, se recuerda, es público, esencial y de singular afectación a la ciudadanía- y causó trastornos organizativos y daños materiales a la empresa, de especial relevancia y trascendencia, manifiestamente desproporcionados y abusivos.

Finalmente, también resulta interesante comentar el razonamiento que la sentencia recurrida lleva a cabo para fundamentar la declaración de la ilegalidad de la huelga por abusiva. Recuerda el estudio del concepto de huelga abusiva que, sobre la base de la doctrina desarrollada por la STC 41/1984, de 21 de marzo y la STS de 22 de noviembre de 2000 (Rec. 1368/2000), hace la STS 31/2020, de 15 de enero (Rec. 166/2018) para concluir que, únicamente -además de las huelgas que el art. 11 RDLRT califica como ilegales-, las huelgas previstas por el art. 7.2 RDLRT se consideran actos ilícitos o abusivos y, por tanto, les alcanza la presunción de abuso de derecho, mientras que las modalidades que no se inserten en estos supuestos -por ejemplo, la huelga intermitente- deben presumirse, en principio, ajustadas a Derecho. No obstante, estamos ante una presunción *iuris tantum*, esto es, admite prueba en contrario que demuestre el abuso de derecho. En efecto, corresponde a la parte que interese, debiendo tener en cuenta que, para calificarla como tal, es necesario que el daño que se cause a la empresa sea grave y vaya más allá de la proporcionalidad que razonablemente se requiere, lo que la AN entendió que concurría en el presente caso, dado que la forma en que se desarrolló la huelga ocasionó daños desproporcionados y abusivos.

Para terminar, hemos de recordar que el hecho de que la huelga esté reconocida por el art. 28 CE como un derecho subjetivo de carácter fundamental que legitima a los trabajadores para poder presionar a los empresarios para la obtención de sus intereses [STS de 22 de noviembre de 2000 (Rec. 1368/2000)], lleva a que, en general, los tribunales entiendan que debe primar la garantía de este derecho [por todas, STS de 4

de julio de 2023 (Rec. 224/2021)] y lo protejan, razón por la que este pronunciamiento cobra especial interés a efectos de ser incluido en el presente informe.

4.2. La implantación de Apps en sustitución del correo electrónico corporativo para fines sindicales

El conflicto analizado tiene como partes intervinientes, por un lado, a la Federación de Empleadas y Empleados de los Servicios Públicos de UGT (FeSP-UGT) y, por el otro, a la mercantil Allianche Healthcare España, S.A. (ALLIANCHE), una empresa dedicada a la industria farmacéutica que cuenta con centros distribuidos a lo largo de la geografía nacional.

Previamente, la empresa vino admitiendo durante un número considerable de años que los sindicatos presentes en la misma se valieran de listas de difusión para comunicarse con su plantilla por medio de *emails* remitidos a través de cuentas de correo corporativas. Mediante este método, se podía hacer llegar libremente información de tipo sindical a todas las personas trabajadoras de la mercantil.

Sin embargo, en 2018 y de forma paralela a la vigencia del sistema anterior de comunicación, la empresa puso a disposición de su plantilla una *app* y promovió su uso como medio preferente de comunicación interna. Posteriormente, el 3 de junio de 2020, ALLIANCHE fue más drástica e implantó la Normativa Interna "Sobre el Uso de las Herramientas Informáticas", que consistió en un protocolo de obligado cumplimiento para la plantilla en referencia al uso de Internet, del correo electrónico y del conjunto de equipos informáticos de la empresa. ALLIANCHE justificó la necesidad de esta medida aludiendo a que el mal uso de las referidas herramientas tecnológicas estaba generando serios problemas de seguridad informática y de productividad. Así mismo, se trataba de abordar la problemática derivada de la utilización inadecuada de las cuentas de correo electrónico corporativas en la empresa. Particularmente, se señaló la intención de atajar la hiperinformación, el correo no deseado o incluso la inadecuada distribución masiva.

Tras conocer la decisión de la empresa, la sección sindical de UGT le remitió escrito en fecha de junio de 2020 mostrando su desacuerdo con la misma. Unos meses después, la FeSP-UGT interpuso demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, y ello por considerar que el contenido de la normativa interna aprobada por la empresa atentaba contra su derecho a la libertad sindical. Concretamente, la pretensión que motivó esta demanda fue que se reconociera el derecho del sindicato a utilizar la cuenta de correo corporativa de ALLIANCHE para enviar *emails* de carácter sindical en unas condiciones similares a las existentes antes de junio de 2020 y, por ende, el derecho a acceder a las listas de distribución propias de esas cuentas de correo, manteniendo así un canal directo para la transmisión de

información sindical a todos los empleados de los distintos centros de trabajo de la empresa en España.

Es destacable que, cuando fue aprobada la reseñada normativa interna, la *app* que la empresa había introducido y promovido entre su plantilla dos años antes contaba ya con una cifra de usuarios superior a las 600 personas trabajadoras sobre un total aproximado de 1200. Además, en los años siguientes el volumen de personas trabajadoras que utilizan la aplicación empresarial ha ido en aumento⁴³.

Resolución en fase de instancia: La Sala de lo Social de la AN resolvió la demanda de FeSP-UGT de forma desestimatoria por medio de su sentencia 3/2021, de 2 de febrero. En dicha resolución señala que sustituir el sistema habitual de comunicación sindical en la empresa basado en el correo electrónico y, a su vez, introducir o potenciar en su lugar el uso de una aplicación para dispositivos móviles y tabletas es respetuoso con el art. 28.1 CE.

En su fundamentación, la AN se remite al criterio establecido en su día por la STS de 14 de junio de 2006 (Rec. 5111/2004) para señalar que este procedimiento de tutela de vulneración de derechos fundamentales debe referirse estrictamente a “la protección del contenido constitucional del derecho a la libertad sindical, tal como este se delimita en el art. 10 LOLS”, y esto es algo que el tribunal considera que no ocurre en esta ocasión, que se limita a dilucidar la mayor o menor adecuación de una lista de difusión y/o de una *app* para el envío de información sindical.

Además, la AN recuerda que “en el marco de las nuevas tecnologías, es un hecho de notorio conocimiento, que tanto el correo electrónico como la *app* son medios telemáticos de uso comúnmente aceptado en el marco de la sociedad de la información”, de manera que “la utilización de las *apps* se enmarca dentro del devenir habitual de la sociedad”. Y a mayor abundamiento, en el caso concreto de la plantilla de ALLIANCHE, el uso de la aplicación implantada por la empresa está generalizado.

Así mismo, el juzgador ha podido constatar que la *app* presenta una serie de funcionalidades que no dificultan en modo alguno las posibilidades de transmitir información sindical existentes con anterioridad a su puesta marcha. De la misma forma, tampoco se observa que las personas trabajadoras tengan dificultades de ningún tipo para acceder a la aplicación, sino todo lo contrario a juzgar por la proporción de plantilla registrada como usuaria de esta herramienta.

Con respecto a los contenidos mostrados a través de la *app*, ha quedado patente que estos no se han visto reducidos en comparación con el sistema anterior. De hecho, se

⁴³ No obstante, no existe consenso entre la FeSP-UGT y ALLIANCHE sobre la cuantificación de este crecimiento. No en vano, el sindicato cifra en 700 el número total de usuarios, mientras que la empresa hace referencia al 90% de la plantilla.

observa que la aplicación ofrece numerosas funcionalidades de manera inherente a los distintos apartados que contiene, y entre ellos se incluye un acceso fácil a los contenidos relativos a la información sindical.

Y en relación con la posibilidad de que se vulnere el derecho a la protección de datos, la AN indica que no consta que “en la dimensión del derecho a la libertad sindical exista diferenciación alguna entre el uso de listado de correos electrónicos en masa y el uso de la *app* por parte de los trabajadores”. De hecho, el rastro informativo de la persona trabajadora que accede a los mensajes sindicales a través del correo electrónico no existe en el caso de la recepción de información sindical por medio de la aplicación.

Tras conocer la anterior sentencia desestimatoria, la FeSP-UGT interpuso recurso de suplicación que fue resuelto por el TS en su sentencia 545/2023, de 12 de septiembre (Rec. 100/2021). Nuevamente, esta segunda resolución convalidó la implantación en la empresa de la *app* para efectuar comunicaciones sindicales a la plantilla en detrimento del anterior sistema de correo electrónico ligado a listas de distribución.

Para llegar a ese fallo, el TS hace en el FJ 3 de su resolución un repaso extenso y preciso de los distintos criterios para delimitar el derecho a la utilización sindical de medios telemáticos en la empresa. Más adelante, de forma aún más concreta, añade un interesante análisis de su doctrina sobre el derecho y los límites a la utilización del correo electrónico con fines sindicales, remontándose para ello a su sentencia de 23 de julio de 2008 (Rec. 97/2007) y finalizando en la reciente 71/2023, de 25 de enero (Rec. 62/2021)⁴⁴. Todo ello, le lleva a concluir que “la remisión de informaciones o comunicados tanto a sus afiliados cuanto a la generalidad de la plantilla constituye una manifestación de la libertad sindical que, en cuanto contenido adicional de la misma a la vista del alcance dado al art. 8.1.1 LOLS, debe tutelarse”.

No obstante, como contrapunto a lo anterior, el TS recuerda que la doctrina constitucional permite que la empresa “establezca limitaciones razonables y justificadas al uso de los medios de comunicación electrónicos con que cuente”. Esto es extrapolable al presente supuesto, por ello, se ha puesto de manifiesto que el derecho sindical y la correlativa obligación empresarial no puede llegar al extremo de forzar el mantenimiento de un determinado sistema de comunicación electrónica cuando sus restricciones estén plenamente justificadas en base a reducir problemas que inciden en la productividad de la plantilla y en la buena marcha de la organización del trabajo. Y además, el TS añadió que tampoco consta en el presente caso la existencia de ningún tipo de restricción o

⁴⁴ En este caso, se determina que es contraria a derecho la actuación de la empresa consistente en denegar a una sección sindical el acceso a una cuenta de correo con lista de distribución de toda la plantilla, ya que este proceder no se sustenta en una onerosidad o gravamen especiales para la mercantil.

impedimento para que el sindicato efectúe el envío de correos electrónicos personalizados en aquellos casos en que lo estime oportuno.

Cabe concluir que desde que la STC 281/2005, de 7 noviembre (Rec. 874/2002), instauró la obligación empresarial de “mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical”, la doctrina del TS se ha venido haciendo eco de este criterio. De tal manera que, en lo concerniente al uso de una cuenta corporativa de correo electrónico, el Alto Tribunal establece que las secciones sindicales dispondrán de este derecho con la única salvedad de que su puesta en práctica no ocasione que la empresa se vea abocada a soportar un gravamen excesivo o a asumir un perjuicio económico que no le corresponda.

Puede que no estemos ante un derecho absoluto, pero cualquiera de sus restricciones han de estar ineludiblemente justificadas por parte de la empresa. Por tanto, en caso de conflicto entre el uso empresarial y el sindical por la cuenta corporativa de correo electrónico, la doctrina entiende que debe prevalecer el interés del empleador por tratarse de una herramienta configurada inicialmente como soporte de la actividad productiva⁴⁵.

Ahora bien, otro debate jurídico que subyace del caso analizado es si el derecho del sindicato y la correlativa obligación empresarial también implica que se disponga de un determinado medio, concreto y específico, para difundir información sindical, esto es, la cuenta corporativa de correo electrónico, o por el contrario solo es exigible que la empresa facilite cualquier medio a su alcance que permita lograr los mismos fines con un nivel de efectividad al menos similar, como ocurre en el presente caso con la *app*. No se trata de una cuestión menor, puesto que ello supondría admitir que, en un momento determinado, la empresa pueda sustituir una determinada herramienta destinada a cometidos sindicales por cualquier otra que se demuestre igualmente eficaz, entendiéndose que esto ocurre partiendo de algún hecho que lo motive. Pues bien, teniendo en cuenta que el empleador puede adoptar las medidas necesarias para regular y acomodar la utilización de cualquier herramienta tecnológica a las necesidades empresariales, armonizando sus intereses y los de la representación de las personas trabajadoras (Vid. STS 71/2023, de 25 de enero), la respuesta debe ser afirmativa.

En definitiva, en los párrafos precedentes se señalan una serie de elementos decisivos para validar la sustitución de la cuenta corporativa de correo electrónico por una aplicación habilitada para transmitir información sindical, los cuales concurren plenamente en este caso. En primer lugar, el envío de un elevado número de *emails* con contenido sindical generaba perjuicios y minoraba el rendimiento de la plantilla, lo cual

⁴⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Ciberderechos sindicales, de nuevo conseguidos a golpe de sentencia”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2023, p. 4.

justificaba que se desechara su uso para esos fines concretos. Y, en segundo lugar, que la *app* suministrada por la empresa a su plantilla se adapta mejor a la organización del trabajo llevada a cabo por la mercantil, a la par que es plenamente garantista con los derechos de las secciones sindicales a remitir información a las personas trabajadoras a quienes representan.

4.3. Facultades y garantías de los representantes de los trabajadores

El reconocimiento y la atribución de facultades a los representantes de los trabajadores responde al propósito de promover la efectividad en el ejercicio de su función representativa. Al mismo tiempo, resulta de fundamental relevancia articular mecanismos de protección para que las instancias representativas puedan ejercitar sus funciones con determinadas garantías. Sobre estas dos cuestiones, contamos con dos destacados pronunciamientos de rabiosa actualidad que a continuación se exponen.

Un tema clásico sobre las facultades de los representantes de los trabajadores viene delimitado por la STC 281/2005, que constituyó todo un hito respecto del derecho de los sindicatos al uso del correo electrónico de la empresa. El TS en su sentencia 71/2023, de 25 de enero (Rec. 2582/2023), viene a reafirmar el derecho al uso sindical del correo electrónico de la empresa. El sustento fáctico de esta sentencia deriva de una controversia suscitada entre la sección sindical CC.OO y la empresa respecto del uso de la cuenta de correo electrónico corporativo con acceso a la lista de distribución de toda la plantilla. La negativa de la empresa se basa en una disposición del convenio colectivo sectorial según la cual se podrá acordar con la empresa el uso de los medios telemáticos. La empresa pone a disposición del sindicato una cuenta de correo electrónico para comunicarse e informar a los trabajadores desplazados y expatriados adscritos al centro de trabajo de Sevilla, pero con unas determinadas condiciones de uso. Respecto al resto de centros de trabajo, la empresa propuso la distribución de información sindical mediante los tableros de anuncios y permitió el libre acceso de los trabajadores al blog de la sección sindical de CC.OO. desde el equipo informático de la empresa. Además, la sección sindical cuenta con un correo electrónico externo, correo desde el que remite información a los correos corporativos de las personas trabajadoras.

Tras los anteriores sucesos, el sindicato CC.OO. interpuso demanda de tutela de libertad sindical ante la Audiencia Nacional suplicando que se declarara la vulneración de la libertad sindical por la empresa, así como la nulidad de su conducta, entre otras. La Audiencia Nacional desestimó la demanda al entender que no ha habido “una conducta de obstrucción o de resistencia pasiva” dado que se han formulado propuestas alternativas que no han sido aceptadas por el sindicato. Señala, en este sentido, la AN que lo que el sindicato pretende es que se modifique a través de las instancias judiciales

el contenido del acuerdo de conciliación y del convenio colectivo, lo que constituye un conflicto de intereses y no jurídico. Todo ello conduce a la formulación de un recurso de casación ordinario ante el TS basado fundamentalmente en dos principales motivos: el primero de ellos, en relación con la aplicación del art. 44.2 del Convenio Colectivo del sector de empresa de ingeniería y oficinas de estudios técnicos y, en segundo lugar, en relación con la aplicación de los arts. 2 y 8 LOLS. La empresa se opone al recurso invocando un motivo de oposición subsidiario sobre falta de legitimación activa del sindicato demandante y solicitando daños y perjuicios. Respecto de la postura de la fiscalía, resulta llamativa la posición del Ministerio Fiscal de la AN que solicita la estimación de las pretensiones del sindicato, mientras la Fiscalía del TS formula su alegato promoviendo la desestimación del *petitum* del sindicato. En lo que se refiere a la fundamentación jurídica del pronunciamiento, el TS compendia toda la doctrina sobre uso sindical del correo electrónico reafirmando que el envío de información o comunicados a la totalidad de las personas trabajadoras de una empresa constituye la manifestación de la libertad sindical ex art. 8.1 LOLS. Lo anterior conduce a la reiteración de la doctrina constitucional conforme a la cual, si la empresa cuenta con una infraestructura de comunicación electrónica, debe permitir su uso por el sindicato con el fin de hacer efectivos los derechos de información. Respecto de las posibles restricciones, recalca el TS que, aunque no estemos ante un derecho absoluto, las mismas han de justificarse con fundamento en el coste para la empresa o el impacto en el normal desenvolvimiento de la actividad productiva. El TS insiste en que la carga de prueba en lo que se refiere a la afección del normal desenvolvimiento de la organización productiva por el uso sindical del correo electrónico corresponde a la empresa. Al margen de lo anterior, se añade que no estamos ante la exigencia de la implantación de una nueva infraestructura informática, sino que tan solo se está solicitando el uso pacífico de la infraestructura ya existente. Se reitera en este pronunciamiento que, en la posible disputa entre el uso empresarial y el sindical, debe prevalecer el interés de la empresa pudiendo adoptar el empresario las medidas necesarias para su armonización. Este enjuiciamiento conduce al Tribunal Supremo a dictaminar la estimación del recurso, la casación y la anulación de la sentencia dictada por la AN, la declaración de vulneración de la libertad sindical por la empresa al negar el uso del correo electrónico, el cese inmediato de la conducta vulneradora, una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 6.250 euros y, por último, la no adopción de ninguna decisión en materia de costas procesales.

Otro interesantísimo pronunciamiento en la materia que nos ocupa es la sentencia del Tribunal Constitucional 22/2023, de 27 de marzo (Rec. 6001/2021). Nuevamente, el Alto Interprete de la Constitución somete a análisis la vulneración de la libertad sindical ex art.

28.1 CE en conexión con otro derecho fundamental, en este caso inespecífico, como es la libertad de expresión consagrada en el art. 20.1 CE. Antes de proceder al análisis de los fundamentos jurídico de este pronunciamiento, conviene en primer lugar observar el recorrido procesal de este asunto por las instancias del Juzgado de lo Social de Cartagena, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia y, finalmente, el Tribunal Supremo. En primera instancia, el JS conoció el asunto en procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, procedimiento instado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. contra la Autoridad Portuaria de Cartagena, el Comité de Empresa y UGT. La demandante exige la declaración de la vulneración de la libertad sindical en conexión con la libertad de expresión tras un conflicto con la Autoridad Portuaria de Cartagena relativo al uso de la vivienda del Faro de Mazarrón. Esta vivienda podía ser usada por los trabajadores previa solicitud a la empresa Autoridad Portuaria de Cartagena, sin embargo, había sido sometida a reformas y obras de adecuación desconociéndose la fecha en la que iba a ser nuevamente apta para el uso de los trabajadores. En este sentido, en reunión celebrada entre el Comité de Empresa y la Autoridad Portuaria, los representantes pertenecientes a la sección sindical de CC.OO. formularon una pregunta sobre la fecha de disponibilidad de este espacio. La Autoridad Portuaria informó que la vivienda no iba a estar disponible hasta después de las fiestas navideñas. Ante esta respuesta, la sección sindical de CC.OO. emitió un comunicado remitido vía correo electrónico a las personas trabajadoras de la empresa en el que se señalaba la falta de credibilidad en lo que respecta la fecha de disponibilidad del espacio referido. Ese comunicado concluía con la siguiente frase: “¿Vosotros os lo creéis? Nosotros NO, probablemente sea que en nochebuena y Nochevieja el faro va a estar lleno de gaviotas” generando una reacción por parte del presidente de la Autoridad Portuaria que, a su vez, remitió otro comunicado en el que señalaba que las declaraciones de CC.OO. “son totalmente falsas, es una insinuación fuera de lugar, absolutamente tendenciosa y malintencionada, considerando que se dan a entender como causas, motivos espurios, que además se han divulgado por escrito a buena parte de la plantilla de la Autoridad Portuaria”. En ese mismo correo, se señalaba que el uso de la vivienda no se habilitaría hasta que CC.OO. no rectificara sus manifestaciones. Con posterioridad, en febrero de 2019 se comunicaba desde el departamento de recursos humanos que la casa del faro de Mazarrón estaría disponible para su uso a partir del 25 de febrero de 2019, tras una reunión con un miembro de la sección sindical de UGT. El JS declaró vulnerado el derecho a la libertad sindical de la sección sindical de CC.OO. con condena económica por los daños y perjuicios causados interpretando que el correo remitido por el presidente de la Autoridad Portuaria “es más que un exceso verbal” señalando que su actuación ahonda en la vulneración reclamada. La “reunión” con la

sección sindical de UGT vulnera el principio de imparcialidad y no injerencia que toda empresa ha de respetar.

Frente al anterior pronunciamiento, se formuló recurso de suplicación por la abogacía del Estado en representación de la Autoridad Portuaria con fundamento en el art. 193.b) y c) LRJS. La petición de modificación de los hechos probados instada por la abogacía del Estado fue admitida. La modificación de hechos probados supuso añadir el siguiente aspecto fáctico: desde el comunicado del presidente de la Autoridad Portuaria y hasta la efectiva apertura del faro de Mazarrón CC.OO. se ha realizado con normalidad la actividad sindical. A su vez, se estimó la invocación de los arts. 182 y 183 LJRS al no considerarse vulnerados los derechos a la libertad sindical en su directa conexión con la libertad de expresión. El TSJ considera “inadecuada” la conducta del presidente de la Autoridad Portuaria, pero no vulneradora dada la continuidad de la actividad sindical del sindicato demandante. Concluye el TSJ que no existe prueba que acredite que la conducta del presidente de la Autoridad Portuaria es constitutiva de vulneración del derecho a sindicarse libremente. En cuanto al recurso interpuesto por UGT, este sindicato también solicitó modificación de hechos probados siendo la misma desestimada.

El pronunciamiento del TSJ también fue recurrido a través de recurso de casación para la unificación de doctrina, recurso inadmitido por el TS al considerar que no concurría la contradicción requerida con la sentencia de contraste. Llegado este asunto ante el TC, CC.OO interpuso recurso de amparo, admitido a trámite por el Alto Interprete de la Constitución al entender que concurría la especial relevancia constitucional requerida por el art. 50.1 LOTC. El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso instando la retroacción de las actuaciones del TSJ para que se dictara una nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado principalmente. Para lo anterior, el Ministerio Fiscal se valió de una argumentación muy amplia con evocación de la jurisprudencia del TC sobre el contenido plural de la libertad sindical. La Abogacía del Estado, por su parte, formuló alegaciones interesando la desestimación del recurso. Sus alegaciones giraron en torno a dos principales motivos: 1) interposición extemporánea del recurso de amparo, al entender que el plazo de impugnación deriva del art. 43 LOTC y 2) la inexistencia de vulneración de la libertad de libertad sindical en conexión con la libertad de expresión por carecer de efecto lesivo las manifestaciones del presidente de la Autoridad Portuaria. Antes de profundizar en la fundamentación jurídica, el TC resuelve las cuestiones procesales relativas a la formulación extemporánea del recurso de amparo inadmitiendo este motivo.

Esclarecido todo lo anterior, el TC se adentra en el conocimiento de este asunto exponiendo su propia doctrina sobre el derecho a la libertad de expresión, la libertad

sindical y la prohibición de injerencias en el ejercicio de ambos derechos. Una vez retratada y argumentada la conexión entre ambos derechos fundamentales, el TC reafirma el contenido plural de la libertad sindical. Antes de proceder al examen de las vulneraciones invocadas, el TC formula un conjunto de consideraciones previas señalando que: la emisión del comunicado sindical constituye un acto propio de la libertad sindical y las partes no lo cuestionan; la representación procesal de la Autoridad Portuaria no enmarca el comunicado del presidente de esta en el ámbito de los poderes organizativos y disciplinarios del mismo; la aceptación por las partes de la preexistencia de un derecho de las personas trabajadoras de uso de la vivienda en cuestión y, por último, no se enjuicia el hecho consistente en que el sindicato CC.OO continuo su actividad sindical a pesar del comunicado del presidente de la Autoridad Portuaria.

El TC trata de dilucidar si el mensaje emitido por el presidente supeditando la continuidad en el ejercicio del derecho de uso de una vivienda por los trabajadores a la retractación por CC.OO de las manifestaciones vertidas vulnera la libertad de expresión en el marco de la libertad sindical. Señala el Tribunal que la continuidad de la actividad sindical en la vivienda del Faro no impide apreciar la vulneración de derechos señalada. Señala que el comunicado del presidente de la Autoridad Portuaria constituye una injerencia en los derechos fundamentales referidos por los motivos que a continuación se reflejan. El primero, pone de manifiesto que el mensaje emitido constituye una exigencia directa al sindicato de retractación en las manifestaciones críticas con la gestión de la Autoridad Portuaria de Cartagena, exigencia que ha sido intensificada a través del anuncio de la causación de un perjuicio a los trabajadores. En segundo lugar, se señala que la difusión del mensaje del presidente tuvo una importante difusión y repercusión entre los trabajadores precisamente por la implícita presión. Por último, se señala que el comunicado de la Autoridad Portuaria se mantuvo en el tiempo, pues el segundo comunicado enviado desde el departamento de recursos humanos se remite tras la formulación de la demanda por CC.OO y no supone una rectificación de la comunicación inicial del presidente, sino tan solo una puesta en conocimiento de las personas trabajadoras de la habilitación de la vivienda del faro de Mazarrón.

Concluye el TC que la represalia anunciada por el presidente de la Autoridad Portuaria pudo percibirse por las personas trabajadoras como un perjuicio real y verosímil. Finalmente, el Intérprete de la Constitución estima la demanda formulada por CC.OO por vulneración del derecho a la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad sindical e insta al restablecimiento del derecho fundamental, a la declaración de la nulidad de la sentencia del TSJ de Murcia, así como a la nulidad del auto de inadmisión del TS. Por último, el TC sentencia retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la sentencia anulada, para que por la Sala del TSJ de Murcia

se pronuncie sobre la impugnación de la indemnización concedida por el JS núm. 3 de Cartagena realizada por la Abogacía del Estado en defensa de la Autoridad Portuaria.

4.4. Agrupación de centros de trabajo de diferentes provincias en las elecciones sindicales

La STS de 7 de marzo de 2023 (Rec. 42/2021) desestima un recurso de casación interpuesto por la Empresa CTC Externalización SLU y el sindicato USO, confirmando la nulidad de una cláusula convencional del convenio colectivo de empresa que permitía la agrupación de centros de trabajo de diferentes zonas geográficas para la constitución de órganos representativos de carácter unitario.

El TS confirmó la firmeza de la SAN de 23 de noviembre de 2020, recaída en su procedimiento de Impugnación de Convenios promovido a instancia de la Federación de Servicios de CCOO, contra CTC Externalización SLU, Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores; Sindicato Comisiones de Base (COBAS) y la Unión Sindical Obrera (Federación de Servicios).

La AN entendió que no cabe, a través de la negociación colectiva, desbordar el centro de trabajo como unidad electoral en la elección a comités de empresa, ya que la ley, salvo excepciones expresas, no se “permite agrupar los distintos centros de trabajo que una empresa puede tener repartidos a lo largo y ancho de todo el territorio nacional para delimitar un único o varios ámbitos electorales para elegir un único o varios comités de empresa al margen de las previsiones del artículo 63 ET”.

El debate jurídico se centra en delimitar la legitimación para realizar una agrupación de diferentes centros de trabajo, negociada a través de convenio colectivo, a los efectos de constituir un comité intercentro, con representación en cada una de las tres zonas geográficas constituidas en todo el territorio estatal, en una empresa caracterizada por la fragmentación de sus unidades de producción.

Los fundamentos jurídicos esgrimidos en la sentencia del TS para la estimación del recurso de casación se basan en un único motivo denunciando la inadecuación de procedimiento, ex art. 207.b) LRJS, por parte del sindicato recurrente USO y para solicitar la revisión de hechos probados, ex art. 207.d) LRJS y para la interpretación errónea e inaplicación de varios artículos del ET, ex art. 207.e) LRJS, por parte la empresa CTC Externalización SLU.

En este sentido, el sindicato USO alegó que la tramitación seguida en el procedimiento de impugnación de convenios no era la adecuada ya que la pretensión del sindicato recurrido esconde un conflicto de intereses en la medida en que "lo que realmente se solicita no es otra cosa, que se declare única circunscripción electoral en la empresa para la elección de los comités no sea otro que la provincia como preconiza el artículo 63 ET".

En este sentido, el TS sostiene que estamos "sin duda de clase alguna" ante un conflicto jurídico en el que el sindicato recurrido demanda el contenido de un Convenio Colectivo es contrario a una previsión legal concreta, rechazando la argumentación sobre la existencia de un conflicto de intereses.

Por otro lado, en cuanto los motivos alegados por la empresa CTC Externalización SLU, nos centraremos en la interpretación incorrecta del art. 63 ET e inaplicación de los arts. 82.1 y 85 del mismo texto legal en relación con el art. 53 del Convenio Colectivo de empresa, alegada ya que es, a nuestro juicio, el epicentro del debate jurídico planteado y que mayor interés nos suscita.

La citada cláusula convencional permitía agrupar tres zonas geográficas -zona este, norte, y centro y sur- la elección de la representación legal de los trabajadores mediante la constitución de un comité empresa de cada una de las zonas geográficas cuyo ámbito se extenderá al conjunto de los centros de trabajo ubicados en dicha zona, constituido como un comité intercentro. De esta forma, se permitía obtener una representación, mediante este comité intercentro, del personal que se ubicaba a través de todo el territorio estatal.

El TS razonó que "el modelo de representación unitario que configura el Estatuto de los Trabajadores se establece sobre un ámbito básico que es el centro de trabajo. Por tanto, las elecciones se celebran en cada centro para elegir representantes de los trabajadores de dicho centro. O dicho de otra manera: la unidad electoral es el centro de trabajo". En apoyo con la tesis sostenida, entre otras muchas, en la STS de 31 de enero de 2001 (Rec. 1959/2000).

Una vez delimitado que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica en el mecanismo electoral aclara, respecto a las posibilidades de agrupación de centros de trabajo, defiende que la ley es consciente de la problemática surgida en empresas multicentro y por ello habilita dos fórmulas para constituir un comité de empresa conjunto y, finalmente, una tercera posibilidad de constituir un comité de empresa intercentros.

En primer lugar, "para los supuestos en los que la empresa tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, (...), siempre y cuando cada uno de estos centros de trabajo dispongan de 10 o más trabajadores". Y,

por otro lado, “para los supuestos en los que unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no; en tales casos, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro conjuntamente. Consecuentemente, si en una provincia o municipios limítrofes existen centros de 11 a 49 trabajadores que, agrupados, podrían constituir un comité de empresa conjunto, no podrán elegir delegados propios de cada centro, sino que deberán agruparse para elegir un comité conjunto. En todo caso, no procede la agrupación centros de trabajo de menos de 6 trabajadores”.

Finalmente, en cuanto a la constitución de un comité intercentros recuerda que “el artículo 63.3 ET dispone que solo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de trece miembros, que será designado de entre los componentes de los distintos comités de centro”.

Añade el TS, de manera contundente, que este mecanismo electoral tiene el carácter de no disponibles e imperativo, con aplicación sobre las reglas que rigen la determinación de unidades electorales y el mapa electoral, lo que conduce a “considerarlas como normas de orden de imposible modificación por la autonomía colectiva”, insistiendo que, además, los resultados electorales afectan al grado de representatividad establecido normativo por lo que sus efectos pueden trascender al ámbito de la empresa.

En suma, el TS sigue ratificando la doctrina que rechaza la posibilidad de agrupación de centros de trabajo a los efectos de constituir mecanismos representativos, línea jurisprudencial apoyada en el carácter imperativo del centro de trabajo como unidad electoral básica y en el respeto de las reglas sobre grado de representatividad sindical establecido. concurrencia de la causa habilitante en el pleito individual, imposibilitando el control judicial de un producto de la negociación colectiva.

4.5. Legitimación negociadora

En materia de legitimación negociadora, cabe resaltar la STS 12 abril 2023 (Rec. 4/2021), por marcar un cambio de criterio respecto a una sentencia anterior en un supuesto similar en la misma empresa (STS 5 diciembre 2000, Rec. 4374/1999).

Del relato de hechos se desprende que, en virtud de una disposición del convenio colectivo de Repsol Química S.A, se acuerda que, a partir del año 2001, las sucesivas comisiones de negociación no superarán las 10 personas en cada representación. Para la siguiente negociación del VII Convenio Colectivo, se establece un número de 9, lo que produce que el sindicato Unión Sindical Obrera se quede sin representación (USO), sin

que ello vulnera el derecho del sindicato a formar parte de la comisión (SAN 23 septiembre 1999; STS 5 diciembre 2000, Rec. 4374/1999). Posteriormente, en el momento de la negociación del XV Convenio colectivo, se amplía, por acuerdo mayoritario de las secciones sindicales, el número de miembros de cada representación integrante de la comisión negociadora, que se eleva a diez personas, sin que la representación del sindicato USO acceda a la misma. En el mismo momento, la representación unitaria de la empresa presenta la siguiente composición: Comisiones Obreras (CCOO): 14 representantes; Unión General de Trabajadores (UGT): 13; Sindicato de Trabajadores (STR): 10; Unión Sindical Obrera (USO): 2.

Considerando que su exclusión vulnera la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva, la Confederación de la Unión Sindical Obrera (USO), formula una demanda para que se declare la nulidad de todo lo acaecido a partir del momento de la constitución de la comisión negociadora, demanda desestimada por la Audiencia Nacional (SAN 71/2020, de 16 de septiembre). Por lo tanto, interpone un recurso de casación que da lugar a la sentencia objeto de comentario.

Tras recordar las reglas estatutarias en materia de legitimación (art. 87, 88 y 89 ET) y su conexión con la Ley Orgánica de Libertad sindical en relación con la legitimación de las secciones sindicales ex. art. 8.2 b) LOLS, el TS procede a un amplio repaso de la jurisprudencia constitucional y judicial relativa a la negociación colectiva empresarial llevada a cabo por las secciones sindicales, así como, por su vinculación con el tema, a los criterios jurisprudenciales para distinguir las comisiones de negociación y las de interpretación o administración. Ello conduce a una esclarecedora sistematización de la jurisprudencia sobre composición del “banco social” que interesa reproducir:

“1º) Siempre que sea posible ha de respetarse el derecho a la negociación colectiva de todo sujeto al que las leyes se lo reconozcan.

2º) Los sujetos legitimados para negociar pueden acordar, dentro del tope legal, el número de representantes que consideren adecuado para negociar el convenio colectivo.

3º) La mera tradición no puede bastar para legitimar conductas lesivas del derecho a la negociación colectiva.

4º) La audiencia electoral ha de tomarse muy en cuenta a la hora de designar a quienes representan a la plantilla de la empresa.

5º) La representatividad de cada sección sindical no depende del número de personas afiliadas con que cuenten la Comisión Negociadora, sino de su audiencia electoral”.

En este marco, la Sala considera que se ha producido una vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato USO, por lo que estima la demanda y revoca la sentencia de instancia. Para ello expone los siguientes argumentos:

Primero, reafirma que la LOLS, como desarrollo de los artículos 28.1 y 37.1 CE, “reconoce a las secciones sindicales de los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria el derecho a negociar convenios colectivos”. Igualmente, subraya que el ET prevé, por una parte, que las secciones sindicales que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité, negocien convenios colectivos empresariales y, por otra parte, que los sindicatos con legitimación inicial tienen derecho a formar parte de la comisión negociadora, cuya composición debe regirse por el principio de proporcionalidad.

Segundo, admitiendo que el sindicato USO cumple los requisitos necesarios para integrar la comisión de negociación, la Sala recuerda que la exclusión es posible si existe una especial justificación. Así, trae a colación la STS de 5 de diciembre de 2000 (Rec. 4374/1999) que admite que la libertad para fijar el número de integrantes de la Comisión y la aplicación pura de la proporcionalidad puede desembocar en la exclusión de una sección social con presencia en los órganos de representación unitaria.

Tercero, la Sala cambia de parecer y considera que la doctrina anterior, que defiende la “exclusión justificada” (STS 5 diciembre 2000, Rec. 4374/1999), no debe prevalecer sobre el derecho a formar parte de la comisión de negociación, “de modo que se posibilite el ejercicio del derecho a negociar a todo sujeto colectivo a quien se lo haya reconocido el legislador”. Así, con respaldo de la STC 137/1991, que justifica la exclusión de una sección sindical legitimada por el hecho de que su presencia “resulta impracticable por las limitaciones numéricas”, la Sala afirma que, en el presente caso, “no existe un número de secciones sindicales legitimadas para negociar que convierta en especialmente disfuncional la presencia de todas en la comisión negociadora”, incluida la representación del sindicato USO. Igualmente, aclara que la sección o secciones con mayoría de la representación unitaria no pueden excluir válidamente a las restantes, máxime cuando su presencia no obstruye o restringe la posición mayoritaria, “dado que ha de ponderarse el voto de todas ellas”.

Por todo ello, el TS ordena el cese inmediato de la actuación sindical y patronal, es decir, “que la composición de la Comisión Negociadora, en su parte asalariada, para las negociaciones del XV Convenio Colectivo de la Empresa Repsol Química incluya la

presencia de la sección sindical de USO y que no se lleve a cabo actuación alguna que desconozca ese derecho”.

Por lo que se refiere al reconocimiento de una indemnización por daño moral, la Sala advierte que “en el presente caso aparecen como causantes de la vulneración de derechos no solo la empresa sino también otros sindicatos, mientras que la LISOS no los identifica como sujetos responsables de este tipo de infracciones”. Igualmente, subraya la dificultad de encajar el presente supuesto de exclusión de la comisión negociadora de una sección sindical con legitimación, en el articulado de la LISOS. Finalmente, considera que “hay que tener asimismo en cuenta que la conducta de los sujetos demandados estaba basada en lo acaecido en precedentes ocasiones, que incluso una sentencia de esta Sala Cuarta validó un supuesto parecido y que el propio Tribunal de instancia y la Fiscalía de esta Sala Cuarta consideran inexistente la vulneración que acabamos de apreciar”. En este marco, estima que “el daño moral sufrido queda prácticamente reparado” con la integración en la comisión negociadora y reconoce una indemnización de 626 €, con base en los arts. 7.7 y 40.1 a) LISOS en su redacción de 2020.

De forma colateral, la legitimación para negociar un convenio colectivo condiciona su ámbito funcional y predetermina la unidad de negociación. Especialmente, plantea muchos problemas la legitimación de las asociaciones patronales cuyas singularidades no dejan de suscitar litigiosidad.

Prueba de ello, la STS 23 mayo 2023 (Rec. 212/2021) aborda un supuesto en el cual dos asociaciones empresariales de Alquiler de Vehículos de Canarias impugnan parcialmente el Convenio Colectivo de la Provincia de Las Palmas de Gran Canaria del sector de importadores y vendedores de automóviles, camiones, motocicletas y sus accesorios, maquinaria industrial, agrícola, de oficina y de uso turístico. Ambas consideran que no procede la inclusión del sector de alquiler de vehículos en el ámbito funcional del convenio colectivo y que corresponde la aplicación del Laudo Arbitral dictado en el conflicto derivado del proceso de sustitución de la derogada Ordenanza Laboral para las Empresas de Transporte.

En el recurso de casación, se alega, por lo que aquí interesa, que la asociación patronal firmante del convenio colectivo no tiene legitimación negociadora para el sector del alquiler de vehículos. Para responder, con referencia a los arts. 87.3, 88.2 y 89.3 ET, la Sala pasa a recompilar su jurisprudencia relativa a la particular determinación de la legitimación de las asociaciones patronales (reconocimiento mutuo y superación del control administrativo de legalidad) y al papel central del demandante, en cuanto a desvirtuar la presunción *iuris tantum* de legitimación (especialmente la STS 1115/2020 de 11 de diciembre).

En este marco, en cuanto a los hechos probados, la Sala admite que la asociación patronal firmante del convenio cuenta con una pluralidad de empresas del sector asociadas y que el número de empresas asociadas a las asociaciones patronales demandantes es menor. Igualmente, señala que se desconoce el número de personas trabajadoras empleadas en las empresas asociadas a las asociaciones demandantes.

Por lo tanto, ratifica la sentencia de instancia del TSJ Canarias, Las Palmas, núm. 344/2021, de 31 de marzo, que ha aplicado de forma correcta las reglas de distribución de la carga de la prueba, puesto que las asociaciones empresariales demandantes no han desvirtuado la presunción de legitimación de la asociación patronal firmante.

A modo de cierre, resulta interesante traer a colación otra sentencia posterior, la STS 12 septiembre 2023 (Rec. 127/2021), también referida a la determinación de la legitimación patronal para negociar en el sector del alquiler de vehículos, esta vez, en la provincia de Alicante. A diferencia del supuesto anterior, se estima el recurso de casación de las asociaciones no firmantes, puesto que la asociación patronal firmante del convenio no acredita representación en el sector del alquiler de vehículos. Ello conduce a la sala a afirmar que “no está claro que quienes firmaron el convenio impugnado pudieran ampliar su ámbito de aplicación ya que no consta que en el subsector añadido tuvieran representación suficiente en los términos de los arts. 87 y 88 ET; o, al menos, que no existiera otra asociación con legitimación negocial que no hubiera sido llamada al proceso negociador. En efecto, dado que no consta que la asociación empresarial firmante (FEMPA) tuviera ninguna representación en el subsector que nos ocupa y dada la existencia de una Asociación empresarial representativa que agrupa a las empresas del subsector referenciado, resulta evidente que aquella falta de representatividad le impedía fijar una unidad de negociación de la que formase parte un subsector en el que carecía de representatividad, ya que, como ha subrayado el TC las partes negociadoras de un convenio colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación”.

4.6. La determinación del convenio colectivo aplicable

En este apartado, al igual que en los Informes de la Sección Juvenil de los años precedentes, los cuales podrían resultar de utilidad para tener una visión más general de la problemática relativa a la determinación del convenio colectivo aplicable a una relación laboral en diferentes supuestos, traemos a colación dos pronunciamientos del TS del año 2023 sobre esta temática.

Concretamente, dos sentencias donde la Sala IV aplica distinta doctrina para resolver las respectivas cuestiones. En este sentido, conviene advertir que no nos encontramos ante un cambio de doctrina del TS, ya que los supuestos de hecho son claramente

dispares. Por este motivo, hemos considerado de interés exponer ambas sentencias, sin permitimos realizar un análisis más profundo de las mismas que excedería del objeto del presente informe.

En primer lugar, la STS de 10 de octubre de 2023 (Rcud. 4202/2020) dilucida el convenio colectivo aplicable a un conductor en un supuesto en el que la actividad que realiza podría quedar comprendida en el ámbito de aplicación de dos convenios distintos. Concretamente, la cuestión a resolver es: si resulta aplicable el Convenio Colectivo de Alquiler de Vehículos con y sin Conductores de la Comunidad de Madrid (convenio de alquiler de vehículos de Madrid, en adelante) o el Convenio del Sector de Transporte de Viajeros por Carretera de los Servicios Discrecionales y Turísticos, Regulares Especiales Temporales y Regulares de Uso Especial de la Comunidad de Madrid (en adelante, convenio del transporte de viajeros de Madrid).

En relación con los antecedentes de hecho, el trabajador suscribió el 17/3/2021 un contrato temporal, con categoría de conductor, en el que se establecía como aplicable el convenio de alquiler de vehículos de Madrid. Por su parte, el objeto social de la empresa demandada consiste en transporte por carretera de personas y de toda clase de mercancía; alquiler de vehículos con conductor; negociar y poseer bienes inmuebles; y, arrendamiento de vehículos sin conductor. Asimismo, la prestación de servicios del demandante consistía en realizar trayectos desde el Hotel Hilton al aeropuerto, previa recogida del vehículo, trasladando al personal del aeropuerto o a viajeros, en trayectos de aproximadamente de 30 minutos de duración, realizando los mismos en vehículos de más de 9 plazas en algunas ocasiones, y más pequeño en otras, siempre dentro de Madrid. Finalmente, el contrato temporal finalizó el 28/8/18, y el trabajador interpone una demanda de reclamación de cantidad basada en la aplicación del convenio del sector del transporte de viajeros de Madrid.

Por lo que respecta a los antecedentes, tanto el JS de Madrid como el TSJ de Madrid desestiman la demanda del trabajador, declarando como aplicable el convenio de alquiler de vehículos de Madrid. Seguidamente, el trabajador presenta recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como único motivo infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, en el que invoca como sentencia de contraste la STSJ de Madrid 30 de junio de 2020 (Rec. 1047/2019).

La sentencia recurrida sostiene que la actividad principal de la empresa es el alquiler de vehículos con conductor y que, en base al principio de unidad y de preponderancia, aunque algunos trabajadores lleven a cabo actividades fuera del ámbito convencional de la empresa, se les debe aplicar el mismo convenio colectivo porque es la actividad principal de la empresa la determinante del convenio colectivo aplicable. Por el contrario, la sentencia de contraste mantiene que es de aplicación el convenio del sector del

transporte porque estima que hay un incumplimiento flagrante de la normativa administrativa, que es aplicable a la empresa en relación con las autorizaciones administrativas, por lo que no sería aplicable en ningún caso el convenio de alquiler de vehículos a aquellos trabajadores que efectúan su actividad con este tipo de vehículos, de más de 9 plazas, pues se eludiría el cumplimiento de la normativa legal.

En relación con la cuestión suscitada, la sentencia recurrida sostiene que del principio de preponderancia y de unidad de empresa lo que se deduce es que, aunque algunos trabajadores lleven a cabo actividades fuera del ámbito convencional de la empresa, se les debe aplicar el mismo convenio porque es la actividad principal de la empresa la determinante del convenio aplicable. Asimismo, el mismo tribunal indica que tampoco ha quedado probado que el trabajador demandante únicamente condujese vehículos de más de 9 plazas e incluso, aunque fuese así, tal circunstancia no resultaría relevante para la determinación del convenio aplicable a la empresa. Por todo ello, declara aplicable el convenio de alquiler de vehículos.

La parte recurrente denuncia infracción por aplicación indebida de la jurisprudencia interpretativa de las consecuencias de convenios y aplicación indebida de las previsiones del ámbito del convenio, así como del art. 180.2 del Reglamento de ordenación de los transportes terrestres.

Para resolver el objeto del litigio, el TS considera claves distintos aspectos, entre ellos dos: primero, la falta de identificación de la actividad preponderante del trabajador dado que, según los hechos probados, en algunas ocasiones realizaba los servicios en vehículos de más de 9 plazas y en otras en vehículos más pequeños; segundo, la acreditación de la actividad preponderante de la empresa de alquiler de vehículos con conductor y, por ende, la aplicación del convenio de alquiler de vehículos.

Asimismo, el TS aplica la jurisprudencia establecida relativa al principio de unidad de empresa, complementado con el de la actividad preponderante de la misma, para resolver los problemas relativos a la determinación del convenio colectivo en aquellos supuestos, como el presente, en los que la actividad que realiza el trabajador puede incardinarse en el ámbito de aplicación de más de un convenio colectivo⁴⁶. En base a la doctrina indicada, el TS sostiene que la sentencia recurrida ha aplicado la doctrina jurisprudencial correctamente dado que, según los hechos probados, no cabe duda de que la empresa se dedica a la actividad de alquiler de vehículos con conductor, que está

⁴⁶ En este sentido el TS trae a colación distintas sentencias, *Vd.* STS de 25 de enero de 2022 (Rcud. 1565/2020) y la STS de 1 de diciembre de 2015 (Rec. 349/14). Asimismo, según la STS de 21 de enero de 2021 (Rec. 158/2019), la determinación del convenio colectivo aplicable no es disponible ni renunciable por las partes, sino que se trata de una cuestión indisponible y de orden público, de manera que no cabe elegir, ni adherirse, ni aplicar un convenio colectivo distinto del que debe aplicarse por estar incluida en su ámbito de aplicación la actividad realizada por la empresa.

comprendida en el ámbito de aplicación de dicho convenio y, por ende, la actividad de la empresa no queda incardinada en el convenio de transporte. Finalmente, el TS sostiene que el hecho de que la actividad del trabajador se realizase en algunas ocasiones en vehículos para más de 9 personas no implica que su actividad no quede incluida en el ámbito de aplicación del convenio de la actividad preponderante de la empresa.

Por todos los motivos expuestos anteriormente, la Sala IV desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la firmeza de la STSJ de Madrid 16 de octubre de 2020.

En segundo lugar, la STS de 17 de marzo de 2023 (Rcud. 933/2020) tiene por objeto resolver la determinación del convenio colectivo aplicable a una trabajadora externalizada que presta servicios para dos empresas principales. En este supuesto, conviene adelantar que la sentencia no aplica el apartado 6 del art. 42 ET -aprobado por el RDL 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-, relativo al convenio colectivo aplicable a la empresa contratista, aunque de haberlo aplicado la resolución posiblemente hubiese coincidido. Con relación a la problemática suscitada, nos encontramos ante una reclamación salarial basada en el convenio colectivo aplicable a una trabajadora de una empresa contratista que presta servicio para dos empresas principales. Concretamente, se discute si resulta aplicable el Convenio Colectivo del sector de la limpieza de edificios y locales de la provincia de Cuenca (convenio de limpieza, en adelante) o el XXI Convenio Colectivo de contratistas ferroviarias (en adelante, XXI convenio de contratistas ferroviarias).

Con relación a los hechos probados, la trabajadora (actora) presta servicios por cuenta de Fissa S.L., dedicada a la actividad de limpieza, con la categoría profesional de limpiadora, con una antigüedad del 1 de diciembre de 2010 y salario conforme al convenio de limpieza. La actora presta sus servicios en la estación de AVE de Cuenca con una jornada laboral de 16,65 horas semanales con función de limpiadora de zonas comunes -funciones que también realiza otra compañera de trabajo-, y, además, presta servicios 10 horas semanales en el Organismo Autónomo de Recaudación de Cuenca. Otro trabajador de la empresa contratista limpia la parte exterior de la estación referida aplicándole la empresa, en este caso, el XXI convenio de contratistas ferroviarias a su relación. Consecuentemente, la empresa viene aplicando a dos trabajadoras el convenio de limpieza, mientras que a otro trabajador le aplica el XXI convenio de contratistas ferroviarias. En atención a los hechos anteriores, la trabajadora solicita la aplicación del XXI convenio de contratistas ferroviarias, según el cual la trabajadora habría devengado por diferencias salariales la cantidad de 6.059 euros.

Por lo que respecta a los antecedentes, tanto el JS de Cuenca como el TSJ de Castilla-La Mancha absuelven a la empresa de la petición de la trabajadora. Por ello, la actora presenta recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de diciembre de 2019 (Rec. 1486/2018), en la que se le reconoce como aplicable el XXI convenio de contratas ferroviarias a la compañera de trabajo de la recurrente.

Acerca de la posición de las partes, la trabajadora solicita la cobertura del XXI convenio de contratas ferroviarias y el abono de las diferencias retributivas derivado de la aplicación de la empresa demandada del convenio de limpieza. La sentencia recurrida en casación, la STSJ de Castilla La Mancha, de 13 de diciembre de 2019 (Rec. 1487/2018), desestima el recurso de la demandante, sosteniendo que la empresa tiene un amplio objeto social, siendo la actividad principal la limpieza de edificios y locales y organismos públicos, y que la trabajadora demandante se dedica de manera claramente mayoritaria a labores de limpieza. Asimismo, el Ministerio Fiscal sostiene que el recurso es improcedente argumentando que la mercantil no tiene que aplicar el mismo convenio colectivo a todos sus trabajadores, sino que vendrá determinado en función del grado de especialización del puesto laboral que se precise. Por su parte, la empresa sostiene que las funciones que realiza la trabajadora demandante no tienen encaje funcional en el convenio de contratas ferroviarias y no difieren de las funciones que realiza en el Organismo Autónomo de Recaudación. En este sentido, la empresa fundamenta la aplicación del XXI convenio de contratas ferroviarias al trabajador en las funciones que éste desarrolla que suponen una especificidad productiva.

Si atendemos a la normativa aplicable al litigio, la recurrente denuncia la quiebra del art. 2 del XXI convenio de contratas ferroviarias⁴⁷, relativo al ámbito funcional, en relación con los arts. 83.1 y 84 ET que regulan el ámbito de aplicación de los convenios y las reglas de concurrencia de los convenios colectivos. Asimismo, la recurrente considera vulnerado el criterio jurisprudencial relativo al principio de especialidad ante el conflicto de concurrencia de convenio, así como el criterio temporal y el de norma más favorable al amparo del art. 3.3 ET.

Respecto a la normativa referida anteriormente, la Sala IV trae a colación la siguiente doctrina judicial, destacando los siguientes pronunciamientos. En primer lugar, la STS de

⁴⁷ Este convenio regulará las relaciones laborales entre las empresas y los trabajadores de contratas de servicios ferroviarios en los distintos sectores de desinfección, desinsectación y desratización; de limpiezas (de trenes, estaciones, dormitorios, oficinas, vías, fosos, y adcentamientos y demás dependencias); de removido de mercancías (carga y descarga) y el de despachos centrales, de igual modo quedarán incluidos los servicios adicionales, complementarios y auxiliares ferroviarios siguientes (...). Por su parte, el art. 2 del Convenio de limpieza de edificios y locales de Cuenca prevé: "Este convenio regulará las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, cuya actividad sea la limpieza de edificios y locales, aun no siendo ésta su actividad principal".

18 de septiembre de 2013 (Rec. 33/2013), en aplicación del art. 84 ET, sostiene que el convenio prioritario y prevalente es el de contratistas ferroviarias dado que el de limpieza es posterior. Asimismo, según la misma sentencia, a la misma solución se llega a través de la aplicación del criterio de especialidad y de la norma más favorable del art. 3.3 ET. En segundo lugar, la STS de 4 noviembre de 2010 (Rec. 9/2010) considera aplicable el convenio de contratistas ferroviarias a aquellas empresas, sea cual fuere la actividad que principalmente desarrollen, por el hecho de prestar servicios para empresas ferroviarias. Por su parte, la STS de 21 de octubre de 2010 (Rec. 56/2010) declara que el sector de las contratistas ferroviarias no solo tiene entidad propia porque se la reconozcan los negociadores en uso de la libertad que les otorga la norma, sino fundamentalmente porque las funciones previstas en el ámbito funcional del convenio van más allá de la mera limpieza. En tercer lugar, la STS de 15 de junio de 1994 (Rec. 2149/1993) declara el derecho de los trabajadores de la empresa EULEN a aplicar el convenio estatal de contratistas ferroviarias, resultando decisivo la aplicación del principio de especialidad, en función de la clase de trabajo prestado, que es el criterio de mayor dosis de objetividad.

En base a la doctrina referida anteriormente, la Sala IV resuelve el litigio actual considerando que las actividades que realiza la recurrente quedan comprendidas en el ámbito funcional del convenio de contratistas ferroviarias, aplicando la Sala IV la norma más específica y beneficiosa. Respecto a la distinción de funciones con el compañero de trabajo, al que sí se le venía aplicando el convenio de contratistas ferroviarias, el TS sostiene que no conlleva una valoración o tratamiento diverso, ni lleva aparejada la exclusión del referido ámbito de aplicación.

Por lo que respecta a la situación de que la trabajadora externalizada preste servicios para dos empresas principales, el TS sostiene que se trata de contratistas con contenidos materiales y temporales singulares sometidos cada una de ellas a sus propias vicisitudes. Por tanto, en relación con el principio de especialidad, será la decisión de asignar y vincular a la trabajadora a dos contratistas diversas e independientes la que pautará las condiciones de la relación en cada una de ellas. Según el TS la propia empresa demandada aplica diferentes convenios a efectos retributivos según se trate de las dos trabajadoras o del tercer trabajador, cuando, sin embargo, las actividades que todos ellos realizan en la estación resultan incardinables en el mismo ámbito funcional descrito por el convenio de contratistas ferroviarias. En este sentido, el TS observa aspectos discriminatorios en la aplicación selectiva de uno u otro convenio careciendo de una especial justificación en atención del elemento interpretativo del art. 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. De este modo, según la jurisprudencia constitucional lo relevante para captar la razonabilidad o no de una diferencia retributiva

es la igualdad de valor del trabajo, no bastando con poner de manifiesto la desigualdad de las tareas.

Por todo lo expuesto anteriormente, el TS estima el recurso de unificación de doctrina, revoca la sentencia de instancia, y estima la reclamación de cantidad condenando a la empresa Fissa S.L. al abono de 6.059,16 euros más el interés por mora.

4.7. La ultraactividad de los convenios colectivos

Tras la modificación de la ultraactividad de los convenios colectivos en vigor desde el pasado año gracias al RDL 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 -que termina con el régimen jurídico anterior de la ultraactividad instalado con la Reforma laboral de 2012- la vigencia del convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio y, de no acordar lo contrario, su vigencia será ilimitada. Sin embargo, por razones procesales y temporales, la jurisprudencia del TS aún no ha conocido conflictos a los que aplicar la mencionada regulación.

Por este motivo, las sentencias que se analizan a continuación reiteran doctrina y se resuelven apoyándose en las normas anteriores a la reforma, las cuales limitaban la aplicación de la ultraactividad a un año desde la denuncia del convenio sin que se hubiera acordado uno nuevo o dictado un laudo arbitral, plazo tras el cual perdería su vigencia y se aplicaría, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

La primera de las sentencias, STS 72/2023 de 25 de enero de 2023 (Rec.95/2021), dilucida un recurso de casación ordinario que se centra en determinar si, una vez que ha perdido la vigencia el convenio colectivo de la empresa demandada (Cargill) para los años 2016-2018, es posible aplicar con criterios de ultraactividad la Disposición Adicional Primera del mismo, a efectos del acceso a la jubilación parcial que dicha disposición reconoce. El conflicto del que trae causa afecta a todos los trabajadores en edad de optar por la jubilación parcial que prestan sus servicios en los centros que la mencionada empresa tiene en Sant Cugat del Vallés, Barcelona y Reus, tras la denegación a dos de sus trabajadores del derecho a la jubilación parcial que, ellos sostienen, les reconocía el convenio colectivo de empresa.

En primera instancia, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en sentencia del 1 de septiembre de 2020, desestimó las peticiones de la parte actora en representación de los trabajadores, entendiéndose que la exigibilidad de la DA 1ª en discusión se extinguió el 31

de diciembre de 2018, una vez finalizado el periodo previsto de vigencia del convenio colectivo.

Coincidiendo con la postura del Ministerio Fiscal, la representación de los trabajadores interpuso un recurso de casación defendiendo que, de acuerdo con lo pactado, una vez finalizada la vigencia del convenio, y mientras no se negocie uno nuevo, deben mantenerse íntegramente sus cláusulas obligacionales y normativas (salvo los incrementos salariales expresamente excluidos por las partes negociadoras). En el mismo sentido se expresa el Tribunal en su argumentación jurídica: “La dicción utilizada por los negociadores a la hora de determinar la proyección o no de lo acordado cuando acaezca la finalización del ámbito temporal pactado resulta clara en su literalidad: hasta tanto se logre acuerdo expreso, se mantiene en vigor el contenido obligacional y normativo durante el tiempo que medie entre la fecha de su expiración y la entrada en vigor del nuevo convenio o norma que lo sustituya. Solamente configura una excepción, la ya transcrita concerniente a los incrementos salariales o importes económicos, que no alcanza a la previsión de la jubilación parcial de su DA 1^a”. Añade además a su argumentación que el 28 de octubre de 2021 se publicó el nuevo convenio colectivo de la empresa, norma que no pudo ser invocada por la recurrente en razón al momento en que se dicta la sentencia recurrida, pero que el principio *iura novit curia* permite al tribunal actual tenerla presente en la valoración del caso y cuyas cláusulas evidencian una renegociación en la que subsiste la misma regulación que la del convenio colectivo en cuestión.

Por tales motivos, el TS resuelve casando y anulando la sentencia de instancia, en línea con la postura de la representación de los trabajadores y el Ministerio Fiscal, estimando entonces la demanda de conflicto colectivo a que se reconozca el derecho de los trabajadores de la empresa a acogerse a la jubilación parcial anual, pues esa parte del contenido del convenio colectivo sigue vigente en ultraactividad.

En segundo lugar, en la STS de 19 de marzo de 2023 (Rec.2576/2019), la Sala debe resolver sobre un recurso de casación para la unificación de la doctrina que debe determinar si un acuerdo posterior al convenio colectivo aplicable a la empresa y que extiende su vigencia, puede ser aplicado en ultraactividad.

La trabajadora prestaba sus servicios por cuenta de la demandada, CIFSA, con antigüedad de 25 años, por lo que solicitó el percibo de un premio de antigüedad que fue denegado por la empresa aduciendo que no se contempla en ningún acuerdo vigente. Consta que hasta 2009 - y desde 1995 en acuerdos sucesivos, el último extendido hasta la fecha indicada - estaba vigente el Acuerdo salarial y social para la empresa CIFSA, suscrito entre la dirección de la empresa y los representantes legales de los trabajadores

y que reconocía un premio por antigüedad, pero la trabajadora solicitó el premio en 2015. Desde 2010 y hasta 2017 no hubo ningún acuerdo.

El JS núm. 34 de Madrid, en sentencia de 9 febrero 2018, estimó la demanda y condenó a la empresa a pagar el premio de antigüedad, en razón a un derecho adquirido por la trabajadora. La STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2019, (Rec. 386/2018) desestimó el recurso presentado por la empresa, sentencia que es objeto del recurso de casación para unificación de la doctrina que aquí se dilucida, teniendo como sentencia de contraste la STS de 29 de marzo de 2016 (Rec.127/2015).

La presente STS que se analiza finalmente estima el recurso planteado por la empresa⁴⁸, casa y anula la sentencia anterior, al entender que, de igual modo que ocurre en la sentencia de contraste, “los pactos sucesivos entre la empresa y la representación de los trabajadores han venido complementando o precisando lo establecido en los sucesivos convenios colectivos estatutarios de aplicación, pero no constituyen un verdadero convenio colectivo, sino pactos extraestatutarios” - como comparte el Ministerio Fiscal en su informe, en el que propugna la desestimación del recurso - “pues tienen una concreta vigencia temporal expresamente pactada y por su naturaleza extraestatutaria no cabe entenderlos sometidos a ultraactividad y no generan condiciones más beneficiosas en los términos del art. 41 ET”. Así, la trabajadora finalmente no accedió al premio de jubilación, pues el Acuerdo que prorrogaba la vigencia de aquel otro que reconocía esta figura “no ha generado una condición más beneficiosa que trascienda la vigencia del pacto y, en consecuencia, el beneficio no debe entenderse incorporado a los contratos de trabajo individuales y es inexigible una vez finalizada su vigencia”.

4.8. Convenios y acuerdos extraestatutarios

La STS de 29 de marzo de 2023 (Rec. 2576/2019), aborda la naturaleza de un convenio colectivo extraestatutario y los efectos económicos que de él derivan. El conflicto jurídico surge a partir de que una trabajadora que presta servicios desde el año 1990, como analista programadora, solicita a su empresa el pago del premio de antigüedad por haber cumplido 25 años de antigüedad, cuyo importe es poco más de 3.000 euros. Esta solicitud es denegada por la empresa aduciendo que no se contempla en ningún acuerdo vigente.

⁴⁸ La literalidad del fallo de la STS analizada dice “desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina” y “revocar la sentencia recurrida”, por lo que se entiende como un error formal de la misma y se presume que, en coherencia con la argumentación jurídica, la revocación de la sentencia del TSJ y la absolución de la empresa, es su voluntad estimar el recurso de casación.

Según consta en hechos probados, la empresa pertenecía al sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos hasta el año 2017, en que quedó encuadrada en el sector de empresas de distribución mayorista de productos farmacéuticos. Por otro lado, en la empresa venían suscribiéndose “acuerdos salarial y social para la empresa”, suscritos entre la Dirección de la Empresa y los representantes legales de los trabajadores. Estos acuerdos tenían un ámbito personal universal y, en concreto, en se recogía que “todos los trabajadores de la empresa que cumplan 25 años de antigüedad en la misma tendrán derecho a percibir una paga compuesta de un sueldo base, antigüedad y plus de convenio como premio de permanencia, en un pago único y por una sola vez”. Así sucede con los Acuerdos con vigencia de 1 de enero de 1995 a 31 de diciembre de 1997; de 1 de enero de 1998 a 31 de diciembre de 2000 en el que se adiciona el derecho a una insignia, que se reproducirá en los siguientes acuerdos; de 1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2003; de 1 de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2008. El último de los Acuerdos fue objeto de una prórroga anual que extendió su vigencia al año 2009.

En fecha 3 de Julio de 2017 se suscriben nuevos Acuerdos entre la Empresa y los Delegados de personal en la Empresa con un ámbito temporal que se extiende desde 1 de enero de 2017 a 31 de Diciembre de 2017 en el que entre otras condiciones se pacta (Acuerdo 3.12. Permanencia) que “las cantidades por permanencia al servicio de una misma empresa, actualmente previstas en el art. 20 del Convenio Colectivo de Distribución, se elevan respectivamente a mil euros brutos al alcanzar los veinticinco años y a dos mil euros brutos al alcanzar los cuarenta y cinco años”.

La Sala de suplicación, tras referir doctrina de la Sala IV relativa a la contractualización de las condiciones de trabajo cuando pierde vigencia el convenio colectivo estatutario en situación de ultraactividad sin que exista otro de ámbito superior que venga a sustituirlo, concluye que se produjo respecto de la demandante la contractualización de la condición laboral, y ello con independencia de la finalización de la vigencia del Acuerdo, por tratarse de un derecho en trance de adquisición que quedó incorporado a su contrato.

Sin embargo, la empresa recurre esta sentencia alegando que nos encontramos ante un pacto extraestatutario, que tiene una concreta vigencia temporal expresamente pactada, que no genera contractualización ni condiciones más beneficiosas en los términos referidos en el art. 41 ET.

El TS da la razón a la empresa, ya que “los pactos cuestionados, alcanzados en años sucesivos, entre la empresa y la representación de los trabajadores han venido complementando o precisando lo establecido en los sucesivos convenios colectivos estatutarios de aplicación, pero no constituyen, lo que asumen las partes, un verdadero

convenio colectivo, sino pactos incluibles entre los denominados extraestatutarios. Como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, en el que propugna la desestimación del recurso, los sucesivos pactos tienen una concreta vigencia temporal expresamente pactada, y por su naturaleza extraestatutaria no cabe entenderlos sometidos a ultraactividad y no generan condiciones más beneficiosas en los términos del art. 41 ET". En efecto, tras recordar su doctrina previa, la Sala insiste en que la regulación se rige por la normativa civil de obligaciones y de su valor convencional (no normativo); de que dichos pactos de eficacia limitada no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET, lo que comporta una serie de consecuencias derivadas de trascendencia jurídica, entre otras, el que, por su contenido de carácter exclusivamente obligacional, no gozan del efecto de ultraactividad propio de las cláusulas normativas de los convenios colectivos estatutarios ex art. 86.2 y 3 ET, dejando se surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración; así como el que no generan por sí solos condiciones más beneficiosas.

Así, al caso concreto, el TS entiende que no debe entenderse incorporado a los contratos de trabajo individuales y es inexigible una vez finalizada su vigencia, por lo que la decisión empresarial de actuar en concordancia con esa pérdida de virtualidad no supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija para ello la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales establecidos en el art. 41 ET.

Por otro lado, aparece la SAN de 7 de diciembre de 2022, (Proced. 257/2022), que también versa sobre la naturaleza de acuerdo extraestatutario y, en concreto, sobre su ámbito de aplicación de subjetivo. El conflicto surge a raíz de los acuerdos alcanzados entre la empresa, Ryanair, y un sindicato, CCOO, que no cuenta con implantación entre los Tripulantes de Cabina de Pasajeros, cuyo pacto únicamente se aplica a los trabajadores que se afilien a este sindicato. USO, SITCPLA y UGT, sindicatos mayoritarios, impugnan sobre la base de que dicha conducta ha provocado la vulneración del derecho a la libertad sindical colectiva, especialmente en su vertiente al derecho a la negociación colectiva y, por tanto, se declare la nulidad del acuerdo extraestatutario suscrito entre la empresa y CCOO. La base argumental es la consideración de que este acuerdo que se alcanza en un proceso negociador paralelo al que se mantenía abierto con USO y SITCPLA, vulnera la libertad sindical en su vertiente de acción sindical-negociación colectiva y que además los acuerdos alcanzados en tanto que imponen a los trabajadores su afiliación a CCOO si les interesa acogerse a ellos, vulnera su derecho individual de libertad sindical.

Sin embargo, el Tribunal entiende que la demanda que formulan USO y SITCPLA parten de un dato fáctico equivocado en el que también incurre RYANAIR, cual es la consideración de que entre ellos se abre un proceso negociador de un convenio de

eficacia general, dentro del ET, cuando la realidad acreditada en estas actuaciones es que los sindicatos demandantes no ostentaban la legitimación que exige el último párrafo del art 87.1 ET: En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta.

Tratándose de pactos extraestatutarios, de firmarse ambos, los dos podrían convivir sin colisión al ser distintos sus ámbitos subjetivos de afectación, por lo que haber iniciado otro proceso negociador del mismo tipo de forma paralela y no conocida, no puede considerarse en principio atentatorio de la libertad sindical de los demandantes, pues este derecho no se ve afectado por acuerdos alcanzados con otro sindicato cuyos resultados no les conciernen y tampoco a sus afiliados. Así, debemos tener en cuenta que la negociación de pactos extraestatutarios, basada en la libertad negocial de los sindicatos y en el derecho de libertad de empresa, se rige por las normas civiles que conforman los contratos de modo que, sólo si los acuerdos son contrarios a la ley, art. 1255 CC, o extendieran sus efectos a sujetos distintos de los signatarios o sus legalmente representados, art. 1257 CC, podrían ser objeto de impugnación por quienes se considerasen por ellos perjudicados. Y añade que la existencia de un pacto colectivo extraestatutario, cuando la eficacia que se pretende para el mismo es la limitada que le corresponde, no perjudica la libertad sindical de sindicato no interviniente en dicho pacto, pues no merma sus posibilidades de negociación, en tanto que no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia *erga omnes*, ni le impide propiciar la negociación de otro pacto colectivo, también extraestatutario, con afectación limitada a sus afiliados.

Ninguna norma legal impone a un empresario la obligación de abrir negociaciones fuera del marco del ET con los diversos sindicatos con presencia en la empresa, de modo que fuera de ese marco, la libertad de las partes para convenir debe ser admitida conforme las reglas civiles en materia de contratación. Legar que alcanzar acuerdos vía negociación colectiva con un sindicato supone su promoción ilícita y constituye un acto de injerencia en la libertad sindical de los que se han excluido o no han sido elegidos para suscribirlos, conduciría a la irrazonable conclusión de que todo acuerdo negocial en el que no participaran y suscribieran todos los sindicatos existentes en la empresa, sería contrario a la libertad sindical.

La afiliación previa como requisito de aplicación se trata de una decisión de política sindical, que podrá o no ser compartida, pero que entra dentro de las facultades del sindicato, de su manera de concebir la acción sindical en este caso en el que no consta su implantación en el colectivo de TCP al no haberse realizado elecciones sindicales. Por ello CCOO ha considerado que la suscripción de ese acuerdo debe servir para afianzar

su presencia en el colectivo de TCP, por lo que desde esta perspectiva exigir la previa afiliación como condición para la aplicación del acuerdo resulta razonable y entra dentro del ejercicio de la propia libertad sindical de CCOO.

Por último, merece especial atención la STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2023 (Rec. 1028/2022), en la que se discute la vigencia de un acuerdo extraestatutario, que no contempla plazo alguno de vigencia, por un convenio colectivo estatutario posterior, aplicado a un supuesto de consolidación de niveles profesionales. Se resuelve afirmando que “para determinar si el convenio estatutario posterior deroga al convenio extraestatutario anterior es preciso que regule de forma expresa los mismos contenidos con un tratamiento específico y más favorable”.

V. PROTECCIÓN SOCIAL ⁴⁹

5.1. Novedades normativas y reglamentarias en materia de incapacidad temporal

La prestación de incapacidad temporal ha sido objeto de diversos cambios durante el año 2023. Si bien las modificaciones introducidas en esta prestación carecen del carácter de reforma estructural, es conveniente detenerse en ellas por sus efectos prácticos. Son tres las normas que modifican esta prestación. En primer lugar, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se reforma la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo estableció nuevas situaciones de incapacidad temporal, con fecha de efectos del 1 de junio de 2023. En segundo lugar, el RDL 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 introdujo cambios de carácter terminológico y que afectan los procesos de incapacidad temporal de más de 365 días y menos de 545 días, con fecha de entrada en vigor a partir del 17 de mayo de 2023. Por último, hay que mencionar los cambios derivados del RD 1060/2022, de 27 de diciembre y la Orden IMS/2/2023, en vigor desde el 1 de abril de 2023.

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo acopia tres nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal relacionadas con la mujer trabajadora y estas son:

- a) La situación de incapacidad temporal por menstruaciones incapacitantes secundarias. Las mujeres que padecen una dismenorrea generada por una

⁴⁹ Han colaborado en la redacción de este apartado: Catalina SMINTINICA (coordinadora), Matthieu CHABANNES, Óscar CONTRERAS HERNÁNDEZ, Francisco Xabiere GÓMEZ GARCÍA, José Manuel PAZÓ ARGIBAY y Andrés URBANO MEDINA.

patología previamente diagnosticada podrían estar en situación de menstruación incapacitante secundaria. En este sentido es importante señalar que la situación de necesidad protegida no deriva de cualquier menstruación, sino que la norma hace hincapié en “menstruaciones incapacitantes secundarias”, por lo que es necesario distinguir entre reglas dolorosas y dismenorreas secundarias. Para que se dé la situación protegida es necesario que la dismenorrea sea incapacitante y secundaria, es decir, que incapacite para trabajar y que derive de una patología. Por consiguiente, ha de existir una prescripción facultativa de asistencia sanitaria e impedimento temporal para el trabajo.

b) La situación de incapacidad temporal debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras la mujer trabajadora reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo. En este caso, la situación protegida de incapacidad temporal deriva de una interrupción del embarazo, sea esta voluntaria o involuntaria, que provoque la necesidad de asistencia sanitaria y la imposibilidad de trabajar. Hay que distinguir este supuesto de aquellos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales. Igualmente, se ha de tener presente que no todas las situaciones de aborto dan lugar a la protección de incapacidad temporal, ya que el aborto involuntario producido tras la semana 26ª de gestación (un embarazo de más de 180 días) puede cubrirse con la prestación de nacimiento y cuidado del menor de conformidad con los arts. 48.4 ET y 8.4 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

c) La situación especial de incapacidad temporal para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación. Se trata de un supuesto muy particular de incapacidad temporal porque si la persona trabajadora se encuentra en la semana 39ª de gestación y fundamenta la necesidad de descanso, por el mero hecho de encontrarse en este periodo de gestación avanzada se reconoce el derecho al subsidio de forma objetiva y automática, es decir, sin necesidad de acreditar que la mujer embarazada está incapacitada para el trabajo. Sin embargo, para acceder a esta prestación, y a diferencia de las situaciones especiales anteriores de incapacidad temporal, sí se requiere un periodo previo de cotización en función de la edad (por remisión al art. 178.1 LGSS).

Estas nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal son de aplicación al Régimen General de la Seguridad Social⁵⁰, al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el Régimen Especial de la Minería del Carbón. Sin duda alguna, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, con la implementación de las nuevas especiales situaciones de incapacidad temporal responde a una reiterada reivindicación de trabajar sin dolor que se venía exigiendo, en especial, en los casos de menstruaciones dolorosas.

En segundo lugar, el RDL 2/2023, de 16 de marzo, introdujo las siguientes modificaciones en la prestación de incapacidad temporal:

a) Cambios terminológicos: por ejemplo, se modifican las referencias a los “inspectores médicos” del INSS, que se sustituyen por “Inspección médica”.

b) Cambios en los procesos de incapacidad temporal de más de 365 días. En los procesos de más de 365 días y menos de 545 días se elimina la intervención de los equipos de valoraciones de incapacidades. Esta competencia es asumida por la Inspección Médica del INSS. Además, se aclara que, si no se dicta alta médica una vez agotado el plazo de 365 días, la persona en situación de incapacidad temporal se encontrará en situación de prórroga tácita, sin que exista obligación de que haya una resolución expresa que reconozca la prórroga. En este sentido, el Boletín RED 7/2023 puntualiza que, “por lo tanto, una vez agotado el plazo de 365 días, si la empresa no ha recibido ninguna comunicación de alta médica, deberá entender que la situación de IT del trabajador se ha prorrogado”.

c) El citado RDL 2/2023, de 16 de marzo ha eliminado, con fecha de efectos del 1 de octubre de 2023, el coeficiente de parcialidad, modificando los arts. 247 y 248 LGSS, por lo que, a efectos del requisito de carencia para generar una incapacidad temporal por enfermedad común, todos los días naturales son computables como días cotizados.

En tercer lugar, y con efectos del 1 de abril de 2023, el RD 625/2014, de 18 de julio, que regula determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días, se ha visto modificado por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre. La modificación más importante consiste en la eliminación de la obligación de librar una copia en papel del parte médico de baja a la persona trabajadora por cuenta ajena a los efectos de que esta lo entregue en su

⁵⁰ Para la protección y elementos comunes aplicables a estas nuevas situaciones de incapacidad temporal, así como valoraciones y críticas, véase ESTEVE SEGARRA, A., “Novedades en materia de incapacidad temporal” *Labos*, Vol. 4, número extraordinario “Tormenta de reformas”, 2023, pp. 53-61.

empresa. También es relevante, y en sustitución de dicha entrega física de los partes médicos (la baja, la confirmación de la baja y el alta), que el sistema se basa en que toda esa información será comunicada directamente por la Administración a las empresas con los datos necesarios para la gestión de la prestación y la compensación en la cotización en los supuestos donde las prestaciones se abonan en concepto de pago delegado. En relación con los plazos, los partes médicos serán remitidos por los facultativos en el primer día hábil siguiente al INSS por vía telemática, quien a su vez los remitirá a la TGSS y a la empresa. Es cierto que se elimina cierta burocracia en relación con la gestión de la situación de incapacidad temporal pero no se ha de olvidar que la persona trabajadora tendrá que informar a la empresa de su situación. En lo que se refiere a la información que ha de comunicar la empresa en relación con el parte de baja se mantienen los datos económicos y se incorpora como novedad la descripción de las funciones desempeñadas por la persona trabajadora.

Finalmente, hay que destacar que el RD 1060/2022, de 27 de diciembre, recalca las competencias de los facultativos: al personal facultativo le corresponde emitir el parte médico de baja determinando la duración estimada del proceso. Esta duración estimada puede ser alterada en un momento ulterior en función de la actualización del diagnóstico y de la evolución del estado de salud de la persona. Se añade un nuevo apartado en el art. 2.3.d) RD 625/2014, de 18 de julio, el cual establece que “en cualquiera de los procesos contemplados en este apartado, el facultativo del servicio público de salud, de la empresa colaboradora o de la mutua podrá fijar la correspondiente revisión médica en un periodo inferior al indicado en cada caso”.

5.2. Novedades en materia de pensiones de jubilación

En relación con el sistema de pensiones, es de extraordinaria importancia reseñar el RDL 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 primera instancia, se busca en esta norma el refuerzo de los ingresos de la Seguridad Social para blindar el poder adquisitivo de los pensionistas, siendo la primera medida la subida del tope máximo de cotización un 1,2% anual sobre el incremento que se determine para las pensiones contributivas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 19 LGSS).

Como contraprestación a estas cotizaciones solidarias de los salarios más altos se efectuará una subida gradual conforme a los nuevos arts. 57 y 58 LGSS con las siguientes consideraciones: cuando el monto inicial de una pensión esté restringido por el límite máximo permitido, este se ajustará al año siguiente de acuerdo con las reglas estándar. Cada reajuste anual subsiguiente se calculará basándose en el valor ajustado

del año previo. Además, se asegura que, a partir de 2025, el monto máximo de las pensiones se incremente anualmente en la misma medida que las demás pensiones contributivas, añadiendo un incremento adicional del 0,115%. Este porcentaje adicional se incrementará gradualmente a partir de 2051.

En segundo lugar, se creará una cuota de solidaridad, diferente al Mecanismo de Equidad Intergeneracional para los salarios más altos, esto es, aquellos que superen el tope de cotización. Si excede un 10% de la base máxima se aplicará un 5,5%, entre un 10 y un 50% sobre la base máxima, un 6% y si es superior al 50% se le aplicará un 7%. Se aplicará la subida de forma progresiva entre 2025 y 2045 (art. 19 bis LGSS).

Se añade un nuevo art. 127 bis LGSS sobre el Mecanismo de Equidad Intergeneracional, con cambios efectivos desde 2024. Se prevé un aumento anual del 0,1% hasta llegar a 1,2% en 2029 (1% a cargo de la empresa y 0,2% al trabajador, sujeto a cambios en la proporción de cotización entre empresa y trabajador, lo cual alteraría la contribución al MEI). Este mecanismo específico contribuirá al Fondo de Reserva. La DT 43ª detalla el incremento gradual de este porcentaje desde 2023 hasta 2029. Además, la DF 2ª añade una nueva DA 5ª a la Ley 47/2015, de 21 de octubre, que rige la protección social en el sector marítimo-pesquero, definiendo cómo se liquidarán el MEI y la Cotización Adicional de Solidaridad (CAS) para los grupos II y III. La modificación del MEI se aplica desde el 18 de marzo de 2023, con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2023.

En cuanto a la base reguladora de la jubilación, se implementa un sistema dual para calcular esta base. Según el art. 209 LGSS, se aplicará automáticamente la opción más beneficiosa: los últimos 29 años de trabajo, excluyendo los 24 meses con cotizaciones más bajas, o el periodo de cálculo actual de 25 años antes del evento causante. Esta medida, que se implementará gradualmente a partir del 1 de enero de 2026, busca mejorar la base reguladora para quienes tienen carreras laborales irregulares. A partir de esa fecha la base reguladora se calculará dividiendo la suma de las 302 cotizaciones más altas en los 304 meses anteriores al evento causante entre 352,33. Este proceso culminará en 2037, cuando se aplique completamente lo establecido en el art. 209.1 LGSS, es decir, se tomarán en cuenta los últimos 27 años para el cálculo.

Pero también se han introducido en la normativa sobre jubilación, además de estas medidas que buscan el sostenimiento del sistema de pensiones, otras tendentes a eliminar la brecha de género. Se aumenta el valor del complemento para la reducción de la brecha de género en un 10% adicional a la actualización estándar establecida en el art. 58.2 LGSS sobre revalorización ordinaria de las pensiones. Este incremento se aplicará en los próximos dos años fiscales (2024 y 2025), según lo estipulado en la DT 1ª.

Asimismo, se realiza una revisión del art. 60 LGSS, proporcionando clarificaciones sobre su implementación:

a) Se excluyen los beneficios de cotización por cuidado de hijos (art. 237 LGSS) al evaluar la elegibilidad masculina para el complemento por brecha de género. Esto se aplica a todos los complementos otorgados desde el 4 de febrero de 2021 (DT 44^a).

b) Para determinar cuál de las pensiones o la suma de pensiones de los progenitores es de menor cantidad, se considerarán estas pensiones en su valor inicial, una vez revalorizadas, excluyendo cualquier complemento adicional.

c) En casos donde ambos progenitores sean del mismo sexo y tengan pensiones computables de igual cantidad, el complemento se otorgará al progenitor que haya solicitado primero la pensión con derecho a complemento.

d) La DA 37^a introduce la posibilidad de establecer, a través del diálogo social, medidas temporales de acción positiva adicionales para el cálculo de prestaciones a favor de las mujeres, como la nueva integración de lagunas mencionada en la DT 41^a. Esta normativa entró en vigor el 18 de marzo de 2023.

Respecto de las lagunas de cotización, se prevé que, a partir de 2026 con esta nueva normativa se incremente la cobertura con el objetivo de minimizar la brecha de género. Mientras la disparidad de género supere el 5%, se adoptará un nuevo método para calcular la pensión de jubilación de las mujeres empleadas por cuenta ajena, considerando ciertos periodos sin cotización. Esta metodología también se aplicará a los hombres en relación con algún hijo, siempre que cumplan con las mismas condiciones requeridas para el complemento por brecha de género, salvo que la pensión del hombre sea mayor que la del otro progenitor y sin la necesidad de tener derecho al complemento por brecha de género (DT 41^a).

Además, se realiza una modificación en el art. 248 LGSS. Para el cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común, se integrarán los periodos no obligatorios de cotización, reemplazando la "base mínima de cotización aplicable en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas últimamente" que establecía la redacción previa. Esta integración se efectuará conforme a lo dispuesto en los arts. 209.1 y 197.4 LGSS, respectivamente, para jubilación e incapacidad permanente.

Por primera vez, se permite la integración de periodos sin cotización en el RETA, según lo establecido en el art. 322 LGSS. En casos donde, tras el cese de la prestación económica por actividad, surjan periodos sin obligación de cotizar dentro del intervalo

utilizado para calcular la base reguladora, se añadirán seis meses de cotización basados en la mínima de la tabla general de este régimen especial para cada uno de estos periodos.

Con relación a las pensiones mínimas, estas se ven incrementadas por la nueva DA 43ª LGSS. Se llegará a equiparar la pensión mínima con cónyuge a cargo y viudedad con cargas familiares al 60% de la renta mediana de dos adultos progresivamente hasta 2027 y, de igual manera, las no contributivas alcanzarán el 75% del umbral de pobreza en la misma fecha.

La nueva redacción del art. 59 LGSS establece que el cálculo del complemento a mínimos en pensiones prorrateadas en virtud de normas internacionales se realizará después de revalorizar la parte que le corresponda a España conforme a la prorrata calculada. Al monto del complemento se le aplica igualmente la prorrata, lo que significa que el interesado podrá recibir el complemento si reside en España.

5.2.1. *Complemento de maternidad por aportación demográfica ¿Epílogo?*

El complemento de maternidad por “aportación demográfica” o para la “reducción de la brecha de género” ha ocupado una notoria presencia en resoluciones judiciales nacionales y europeas en los últimos años. No en vano, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (WA - INSS, asunto C-450/18) declaró contraria a la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, lo dispuesto en el art. 60.1 LGSS que reconocía el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos, biológicos o adoptados, mientras negaba ese derecho a los hombres que se encontraban en idéntica situación.

Antes de este pronunciamiento, el INSS había rechazado de manera categórica el reconocimiento de este complemento a solicitantes del sexo masculino. No solo eso, sino que, incluso después de dicho pronunciamiento del TJUE, el propio INSS estableció en su criterio de gestión 1/2020 que el complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el art. 60 LGSS, en tanto no se llevase a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguiría reconociendo únicamente a las mujeres que cumplieran los requisitos exigidos en el mismo, tal y como se venía haciendo hasta la fecha de pronunciamiento del TJUE. Contemplaba, eso sí, una excepción para el reconocimiento de este complemento a solicitantes del sexo masculino ante sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconocieran el citado complemento de pensión a los hombres, así como el pago de la prestación cuando existiera sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y con interposición del correspondiente recurso, de conformidad con

lo previsto en el art. 230.2 LRJS. Obligaba, por tanto, el INSS a la vía judicial para el reconocimiento y pago del complemento a solicitantes varones.

La modificación normativa del art. 60 LGSS llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, reconoció formalmente este derecho, con cambio de denominación incluida, pero únicamente a los nuevos hechos causantes producidos desde la entrada en vigor de la medida, y no en relación con las situaciones anteriores. Un nuevo criterio de gestión del INSS, el 35/2021, estableció los efectos económicos del reconocimiento, en todo caso, a partir de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, y nunca más allá del 17 de febrero de 2020, fecha de publicación de la STJUE de 12 de diciembre de 2019.

5.2.2. La STJUE de 14 de septiembre de 2023, DX - Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) - Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), asunto C-113/22, (ECLI:EU:C:2023:665)

En el escenario descrito tiene su origen la STJUE de 14 de septiembre de 2023, en el contexto de un litigio entre DX, padre de dos hijos, por una parte, y el INSS y la TGSS, por otra, relativo a la negativa del INSS a concederle el complemento de pensión que, en su momento, únicamente disfrutaban las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados.

Sustentándose en la citada STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), presentó ante el INSS una solicitud de reconocimiento de su derecho al mismo complemento, viendo denegada su solicitud. Ante esta negativa, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social, el cual, mediante sentencia de 15 de febrero de 2021, ex STJUE de 12 de diciembre de 2019, le reconoció su derecho al complemento de pensión, pero fijando sus efectos económicos desde los tres meses anteriores a su solicitud. Además, desestimó la pretensión indemnizatoria que había planteado también el demandante en paralelo.

No conformes con dicha resolución ni sus efectos económicos, tanto el demandante como el propio INSS recurrieron la sentencia de instancia. Mientras que el INSS consideraba que el demandante no tenía derecho al complemento reclamado en virtud del art. 60 LGSS, este pretendía el reconocimiento del derecho a ese complemento desde la fecha de acceso a su pensión puesto que, de haber sido una mujer, se le habría reconocido desde dicha fecha. Además, interesó nuevamente en esta instancia procesal una indemnización reparadora y disuasoria por vulneración del principio de no discriminación.

El TSJ de Galicia, órgano jurisdiccional remitente, entendía que a efectos del litigio principal, revestía una importancia trascendental la cuestión de si la práctica del INSS

consistente en denegar sistemáticamente a los hombres la concesión del complemento de pensión, obligando a su reclamación en vía judicial, debía considerarse, de acuerdo con la Directiva 79/7, una discriminación distinta a la discriminación derivada del art. 60 LGSS, tal y como ya había sido declarada en la STJUE de 12 de diciembre de 2019. Por otro lado, el órgano judicial de remisión albergaba también dudas acerca de si sería oportuno, para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, que las costas y los honorarios ocasionados en el marco del procedimiento fuesen incluidos como una partida de contenido indemnizatorio por el incumplimiento del Derecho de la Unión, al entender que, en virtud del Derecho interno, no podía condenarse al INSS al pago de las cantidades correspondientes a tales costas y honorarios, dado que el proceso laboral era gratuito para todas las partes litigantes.

Así, mediante dos cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente interesaba aclarar, en esencia, si la Directiva 79/7 y, en particular su art. 6, debían interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión solicitada por un varón, la cual había sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reservaba la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituía una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como había sido interpretada por el TJUE, el órgano jurisdiccional nacional debía ordenar a dicha autoridad no solo la concesión al interesado del complemento de pensión solicitado, sino también el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios con efectos disuasorios por haber obligado al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial.

En estas circunstancias, el TJUE determinó que una práctica administrativa como la contenida en el criterio de gestión 1/2020 del INSS suponía para los solicitantes del sexo masculino una discriminación relativa a los requisitos procedimentales que regulaban la concesión del complemento de pensión, al obligarlos a hacer valer por vía judicial su derecho, lo que, en particular, los exponía a un plazo más largo para su obtención y, en su caso, a gastos adicionales.

Para su corrección, el TJUE estableció que, cuando a la vista de las características concretas de la vulneración del principio de igualdad de trato en cuestión, la reparación pecuniaria sea la medida adoptada para alcanzar el objetivo de restablecer la igualdad efectiva de oportunidades, esta debe ser proporcionada y reparadora, en el sentido de que ha de permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, pero también ha de ser disuasoria.

De esta forma, el TJUE, además del reconocimiento retroactivo del complemento de pensión solicitado, habilita la posibilidad de establecer una reparación pecuniaria que

permita compensar íntegramente los perjuicios sufridos como consecuencia de la discriminación. Además, hace especial hincapié en el hecho de que sus resoluciones no solo vinculan a los órganos judiciales nacionales, sino también a todos los organismos de la Administración nacional.

Atendiendo a esta resolución del TJUE, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia le reconoció recientemente, por Sentencia de 30 de octubre de 2023 (Rec. 3601/2021), una indemnización de 1.500 euros para “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”, cantidad que, en opinión del propio tribunal “es una cantidad que restablece ponderadamente la igualdad en los dos planos (material y procedimental) a los que se refiere el TJUE y resarce los daños sufridos por el actor, ajustándonos a lo solicitado por el propio beneficiario (congruencia)”.

No obstante, cabe señalar que estando pendiente de publicación la resolución completa, el Gabinete de prensa del Poder Judicial/Tribunal Supremo, en fecha 17/11/2023, ha manifestado que el TS, en cumplimiento de su labor unificadora y teniendo en cuenta que los perjuicios causados en cada caso son similares y derivan de la misma decisión del INSS, ha fijado esta indemnización en la cantidad de 1.800 euros. Esta cantidad, en palabras del Tribunal, comporta una reparación integral del perjuicio sufrido y procede siempre que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE 19 diciembre 2019 haya precisado acudir a la Jurisdicción Social para conseguir el abono del complemento en cuestión.

5.2.3. Género y Seguridad Social. La problemática aplicación práctica

De conformidad con las exigencias legislativas y compromisos internacionales adquiridos por España, los órganos judiciales deben integrar y observar con carácter transversal el principio de igualdad de trato y la no discriminación en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. La Sala IV del TS, en un esfuerzo constante por materializar la igualdad sustantiva entre géneros dentro del marco de protección social, ha venido adoptando una perspectiva de género y el interés supremo del menor en sus fallos. Sin embargo, un análisis de su jurisprudencia reciente en la materia arroja un resultado menos favorable de lo que cabría esperar en teoría y sugiere que la implementación práctica de dichos principios adolece de limitaciones. Así, en 2023 ha dictado varias sentencias que ponen de manifiesto los retos inherentes a la concretización efectiva de la perspectiva de género (e interés superior del menor) en el ámbito de la SS.

En primer lugar, sobre el complemento por maternidad en las pensiones, en la STS 167/2023 de 27 de febrero (Rec. 3225/2021), una mujer que tiene reconocida una pensión de jubilación con complemento de maternidad del 10% por el nacimiento de 3 hijos/as, formuló reclamación previa solicitando el incremento hasta el 15% por el nacimiento de un cuarto hijo desgraciadamente, nacido sin vida. Tras la negativa del INSS y la subsiguiente desestimación judicial por el JS de Santander, el TSJ Cantabria estimó su petición y reconoció su derecho a incrementar el complemento. Por tanto, se trata de determinar si el neonato que desgraciadamente no sobrevive al parto tras un embarazo a término, debe ser considerado a efectos de calcular el complemento de maternidad regulado por el art. 60 LGSS.

Pues bien, el TS, revocando la decisión del TSJ, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina del INSS y determina que los hijos nacidos sin vida no generan derecho al complemento por maternidad para las pensiones de jubilación, basando su doctrina en los siguientes argumentos:

- a) No se cumplen los requisitos del art. 60 LGSS que establece que sólo se computarán los hijos nacidos con vida.
- b) La interpretación teológica de la norma lo exige porque, en el caso de nacimiento sin vida, no se cumple la finalidad perseguida de reconocer la contribución demográfica.
- c) El complemento se fundamenta en la necesidad de atención y cuidado de los hijos.
- d) Por último, descarta la aplicación de la perspectiva de género porque carece de sentido invocarla, pues la interpretación beneficia, o perjudica por igual a mujeres y hombres, y perdería la finalidad que justifica la utilización de tan fundamental herramienta.

La sentencia cuenta con el voto particular de la presidenta de la Sala, Rosa María Virolés, la cual defiende que la perspectiva de género apoya la concesión del complemento incluso en casos de nacimiento sin vida, en consonancia con la doctrina de la Sala y las desventajas específicas que la maternidad impone en la trayectoria profesional de la mujer.

Por otra parte, en cuanto a los permisos dobles en familias monoparentales, en la STS 169/2023 de 2 de marzo (Rec. 3972/2020), una madre soltera, progenitora de una hija, sostiene que su condición de familia monoparental le otorga el derecho a recibir una prestación adicional de la misma naturaleza y de duración de 8 semanas, que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido para el cuidado de la menor. No

obstante, la solicitud fue denegada por el INSS y la decisión fue ratificada por el JS de Bilbao. No obstante, en instancia de suplicación el TSJ País Vasco reconoció su derecho a la prestación adicional. La sentencia estimatoria se fundamenta en el principio del interés superior del menor, entendiendo que, de manera indirecta, la mujer al frente de una familia monoparental sufre una discriminación en comparación con las familias biparentales en los que respecta a la conciliación de la vida laboral y familiar. En este sentido, se trata de determinar el derecho de una progenitora, perteneciente a una familia monoparental, a una prestación adicional que correspondería al otro progenitor en el contexto de una familia biparental para cuidado del menor.

La doctrina del TS estima el recurso interpuesto por la Fiscalía, anulando y revocando la sentencia del TSJ País Vasco, y declara la imposibilidad de que las familias monoparentales acumulen prestaciones adicionales a las ya disfrutadas por nacimiento y cuidado del menor. En cuanto a la argumentación jurídica de la Sala de lo Social, se subrayan los siguientes puntos:

a) Compete al legislador y no al poder judicial, la reforma del régimen de suspensión contractual (Art. 48.4 ET) y del sistema de prestaciones de la Seguridad Social. Permitir tal acumulación significaría “crear” una prestación no contemplada legalmente, alterando así la estructura organizativa empresarial y el equilibrio económico del sistema de protección social contributivo.

b) Los artículos analizados (art. 48 ET y 177 LGSS) no contravienen la Constitución Española, ni el marco normativo internacional y europeo, dado que no existe legislación que obligue a determinar un nivel específico de protección para las familias monoparentales.

c) El interés del menor, si bien es un criterio importante, no es el único factor determinante para la concesión de dicha protección. Tanto el interés del menor como el de la conciliación y la corresponsabilidad están contemplados en la regulación de la prestación, sin que se aprecie una infracción al derecho del menor de ser cuidado en igualdad de condiciones en familias monoparentales frente a las biparentales.

d) La circunstancia de la demandante no representa la única configuración de familia monoparental y se debe considerar que las prestaciones contributivas requieren un periodo mínimo de cotización, lo que podría resultar en que las familias biparentales también se beneficien de una única prestación.

e) Por último, la interpretación desde una perspectiva de género no resulta aplicable tampoco, al no existir una discriminación directa hacia la mujer, sino una

protección específica limitada por decisión legislativa.

La sentencia cuenta con el voto particular formulado por el magistrado Ignacio García Perrote Escartín, al que se suma Rosa María Virolés, en el cual plantea que era posible realizar una interpretación integradora de las normas aplicables, en conformidad con la consideración primordial que debe tener el interés superior del menor y la perspectiva de género dado que se trata de una familia monoparental en la que la madre biológica es la única progenitora. Añade que el Tribunal Supremo ha identificado previamente lagunas o deficiencias legales en la protección que posteriormente han sido incorporadas por el legislador.

Como reflexiones finales, cabe señalar que, con referencia a la STS 167/2023, emerge una paradoja jurídica en la que simultáneamente, en la STS 135/2023 de 15 de febrero, el mismo TS concede un complemento por maternidad del 15% a otra demandante, bajo la circunstancia de que sus hijos, trillizos, nacieron vivos, pero lamentablemente fallecieron pocas horas después del parto. La Sala IV sostiene que no existe contradicción con su fallo anterior. Desde una perspectiva estrictamente formal, se reconoce una diferencia fáctica entre ambos casos. No obstante, desde un enfoque material y aplicando un criterio razonable, podría argumentarse que no existen diferencias sustanciales que justifiquen de manera objetiva y razonable la disparidad de trato. Si es el eje central sobre el que gira el complemento, ¿qué atención y cuidado de los hijos se da en el caso de fallecer a las pocas horas del parto? Además, al examinar la cuestión desde una óptica de género y considerando una interpretación amplia de la “condición subjetiva de hijo nacido”, parece contradictorio mantener la exigencia de un nacimiento para efectos del complemento por unas pocas horas, otorgando dicho complemento a los que fallecen tras el parto y negándolo a los que no sobreviven al mismo. Es importante destacar que el nacimiento, incluso en casos de fallecimiento del neonato, viene precedido por un embarazo de nueve meses y una necesaria recuperación física y psicológica, la cual puede prolongarse y afectar significativamente el ámbito laboral de la madre. Por lo tanto, si la normativa en materia de prestaciones sociales, dictada para eliminar la brecha de género en las pensiones derivada de una brecha salarial histórica por razones de género, ha considerado el nacimiento de un hijo para el otorgamiento del complemento, esta expresión debe comprenderse en su sentido más amplio para incluir todo parto después de 180 días de gestación.

Respecto a la STS 169/2023, en línea con los votos particulares discrepantes, cabe disentir del argumento de que la función de los jueces y tribunales se limita únicamente a juzgar y ejecutar lo juzgado, sin más consideraciones. Históricamente, la interpretación judicial ha identificado lagunas o deficiencias en la protección social que, en última

instancia, fueron incorporadas a la legislación. Aunque la creación normativa es responsabilidad del legislador, esto no impide que el poder judicial pueda adoptar una interpretación integradora de las normas para ajustarlas al interés superior del menor y a la perspectiva de género. De hecho, existen precedentes en la propia Sala IV donde dicha interpretación integradora, favorable a la protección del menor, se ha aplicado a prestaciones de la Seguridad Social y a causas de suspensión del contrato de trabajo en supuestos no previstos explícitamente por el legislador, como es el caso de la maternidad subrogada. Similarmente, la interpretación con perspectiva de género ha facilitado la extensión de la protección del sistema de SS a casos no contemplados expresamente por el legislador. En consecuencia, debería abogarse por una reforma legislativa que contemple las circunstancias particulares de las familias monoparentales y la necesidad de un apoyo adicional para el cuidado proporcionado por otros familiares o convivientes.

Por último, indicar que las sentencias analizadas han suscitado críticas inmediatas por parte de algunos sectores políticos, organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres, así como la doctrina científica, las cuales consideran que estas interpretaciones del TS, carentes de perspectiva de género y de consideración hacia el interés superior del menor, podrían resultar perjudiciales para las mujeres y que esa interpretación de la Ley de Seguridad Social no tiene en cuenta la realidad social, además de mostrar una falta de sensibilidad hacia la complejidad de la maternidad.

5.3. Accidente de trabajo y la ocasionalidad relevante como principio esencial en la calificación de la etiología de las lesiones sufridas: STS 126/2023, de 9 de febrero de 2023

El concepto de accidente de trabajo constituye un elemento fundamental en el ámbito jurídico-laboral y prestacional, siendo definido en el art. 156 LGSS como toda lesión corporal que el trabajador sufra “con ocasión o por consecuencia” del trabajo que ejecute por cuenta ajena. Este artículo ofrece en su segundo apartado una precisa pero insuficiente “catalogación” de aquellos supuestos (7) que son considerados como de etiología laboral (entre otros, los accidentes *in itinere* y los accidentes en misión), teniendo en cuenta en todo caso que se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra la persona trabajadora durante el tiempo y en el lugar de trabajo (art. 156.3 LGSS). Si bien esta base legal resulta incompleta, lo cierto es que deja un margen de interpretación amplio a los operadores jurídicos, a la doctrina académica y, fundamentalmente, a las y los jueces y magistrados que han venido a enjuiciar, desarrollar, completar y matizar este marco

esencial, enfrentando un sinfín de situaciones diversas que son y seguirán siendo objeto de análisis específico.

En este contexto, la denominada como “teoría de la ocasionalidad relevante” emerge como un principio esencial. Este concepto de creación doctrinal y jurisprudencial sostiene que, aunque un accidente no se produzca en el lugar de trabajo propiamente dicho, este puede ser considerado de origen laboral si existe una relación causal entre la lesión y la actividad laboral. Esta relación deberá, no obstante, ser probada, permitiendo calificar la contingencia, como derivada del trabajo. En este sentido, no solo deberá examinarse el momento y el lugar del accidente, sino también considerar la naturaleza y necesidad de la actividad realizada durante el tiempo de trabajo.

Son abundantes los casos enjuiciados y la jurisprudencia conectada con la calificación del accidente de trabajo y la aplicación de la teoría de la ocasionalidad relevante. La reciente STS 126/2023, de 9 de febrero de 2023 (Rec. 2617/2019), proporciona un buen ejemplo de su aplicación práctica y sigue la estela de pronunciamientos judiciales anteriores. Y es que, esta sentencia resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por una Mutua contra la STSJ Andalucía, Málaga, de 22 de mayo de 2019 (Rec. 2250/2018), que vino a confirmar la SJS núm. 1 de Málaga, de 27 de julio de 2018, la cual calificó como derivado del trabajo un accidente sufrido por una trabajadora en su tiempo de descanso.

Los hechos y antecedentes de hecho de este caso son los siguientes: la trabajadora en cuestión sufrió una caída el 8 de noviembre de 2016 sobre las 18,15 horas cuando se dirigía desde su centro de trabajo a un bar cercano (a 60 metros) para merendar. Esta caída le provocó lesiones y una incapacidad temporal calificada inicialmente por la Mutua como no laboral. No estando conforme con esta calificación, la trabajadora inició un expediente administrativo para la determinación de contingencia que finalmente concluyó con la declaración de accidente de trabajo y responsabilidad de la Mutua. Esta entidad demandó esta calificación ante el JS núm. 1 de Málaga, órgano que desestimó la pretensión de la Mutua concluyendo que el accidente tuvo lugar, “con ocasión” del trabajo, en la media hora de bocadillo, considerado por el convenio colectivo de aplicación, a todos los efectos, como tiempo de trabajo.

Cabe advertir que, en el recurso de unificación de doctrina presentado por la Mutua, se presentó como sentencia de contraste la dictada por el TSJ Asturias, de 28 de noviembre de 2016 (Rec. 2263/2014). En este caso, la trabajadora sufrió una caída cuando se encontraba en la pausa del café; en esta sentencia no se cuestiona que este descanso sea tiempo de trabajo, como tampoco en la sentencia recurrida. Ahora bien, los procesos de IT que generaron uno y otro suceso sí que se calificaron de forma dispar, ya que, en la sentencia emitida por el TSJ de Asturias se niega que exista

presunción de laboralidad al no haberse producido el siniestro en lugar de trabajo, con lo que la inversión de la carga de la prueba obligó a la trabajadora a acreditar que su salida del lugar de trabajo fue para atender una tarea laboral; por el contrario, en la sentencia objeto de comentario se atribuye la situación de IT como derivada de accidente de trabajo *in itinere*, por ocurrir el accidente en un trayecto derivado (“con ocasión”) del trabajo.

Como puede verse, los hechos en ambos casos guardan relación (accidente ocurrido en tiempo de descanso dentro de la jornada de trabajo), no obstante, la calificación de la contingencia en ambos casos difiere. De ahí que el TS haya conocido y entrado a enjuiciar este recurso que, puede anticiparse ya, viene a emplear la teoría de la ocasionalidad relevante para calificar el accidente como de trabajo, respaldando su aplicación a partir de una interpretación conforme con remisión a otras de sus sentencias recientes y consolidadas, tales como, la STS 1052/2018, de 13 de diciembre de 2018 (Rec. 398/2017); la STS 3676/2020, de 13 de octubre de 2020 (Rec. 2648/2018) o la STS 1669/2021, de 20 de abril de 2021 (Rec. 4466/2018).

En todas estas sentencias, donde se producen hechos similares (descanso durante la jornada y lesiones provocadas fuera del centro), la calificación definitiva fue la de accidente de trabajo producido “con ocasión del trabajo”, es decir, se reconoció la existencia de accidente de trabajo, en tanto que las circunstancias (producirse en el tiempo de trabajo del que dispusieron las personas trabajadoras para reponer fuerzas) derivan de la actividad laboral, sin que el hecho de que los lugares en los que acontecieron los diversos siniestros no fueran propiamente el lugar en el que desempeñaban su actividad profesional *estricto sensu*. Circunstancia esta última que, dicho sea de paso, no altera la vinculación del suceso con el trabajo, debido a que, precisamente su salida del centro -ida y vuelta-, en este caso para ir a merendar, se debe entender como una actividad normal fruto de la prestación de servicios que, evidentemente, no se hubiera producido si no estuviera prestando dicha actividad.

Conviene recordar que la teoría de la ocasionalidad relevante “se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla” (Fundamento segundo STS 437/2023). Pues bien, entiende el TS que, para este caso, este principio es indudablemente aplicable porque la trabajadora se accidentó cuando salió de la empresa dirigiéndose desde su centro de trabajo a un bar a merendar y en la media hora convencionalmente establecida (considerado tiempo efectivo de trabajo), siendo el trabajo la condición sin la que no se hubiera producido el

evento (caída-lesión). Es decir, el nexo de causalidad entre trabajo y lesión existió y nunca se rompió, porque, primero, la pausa era necesaria y, segundo, la utilización de los treinta minutos por la trabajadora se produjo con criterios habitualidad y normalidad laboral.

La Sala aclara que no se opone a la calificación de accidente de trabajo el hecho de que en la sentencia de instancia y la recurrida se hubiera obtenido la consideración de laboralidad partiendo de la concurrencia de un accidente *in itinere*. Se concluye en el pronunciamiento definitivo del TS que esto no significa que la decisión administrativa que se adoptó, calificando el accidente como laboral, deje de serlo, así como las notas que configuran la contingencia declarada, que existieron y eso no se cuestiona. De hecho, en las sentencias que utiliza la Sala para confirmar el criterio, no se descarta la aplicación del artículo 156.3 LGSS, que era, por cierto, lo que la parte actora (la Mutua) negaba en vía administrativa, acudiendo al accidente en misión para, a partir de ahí, desvirtuar también que por esa vía se pudiera reconocer la existencia de accidente de trabajo. Con todo ello, el TS en esta sentencia, que viene a dar continuidad a otros pronunciamientos sobre la misma materia (los accidentes sufridos durante el tiempo de descanso-café-bocadillo) confirma la sentencia recurrida y consolida la calificación de la incapacidad temporal como derivada de accidente de trabajo, tal y como se adoptó en vía administrativa.

En definitiva, de este pronunciamiento del TS y sus análogos se desprende que sí constituye accidente de trabajo el ocurrido en el tiempo de trabajo del que disponen las personas trabajadoras para reponer fuerzas, aunque el lugar en que acontezca el siniestro no sea propiamente el lugar de su actividad profesional en tanto que su salida del centro con ese fin se debe entender como una actividad normal de la vida laboral que, de no estar prestando servicios, indudablemente, no se hubiera producido.

Este enfoque se alinea con la evolución jurisprudencial que, entre otras, busca abordar situaciones donde la lesión, aunque ocurra fuera del lugar de trabajo principal, sigue vinculada al desempeño laboral y, por ende, debe ser considerada como un accidente de trabajo. Esta sentencia refuerza, por tanto, la consistencia y continuidad de la jurisprudencia en la materia, la cual aplica la teoría de la ocasionalidad relevante en casos similares.

5.4. Aunque existan criterios orientadores, para calificar el grado de una incapacidad permanente es necesario el análisis específico de las concretas tareas de la persona trabajadora afectada por dolencias oculares: STS 731/2023, de 10 de octubre de 2023 (Rec. 1037/2021)

La STS de 10 octubre 2023 (Rec. 1037/2021) tal vez sea una de las más destacadas del año: por un lado, por apreciar la existencia de contradicción y contenido casacional, aun cuando la doctrina general del TS pasa por negar la existencia de contradicción donde únicamente se discute el grado de incapacidad permanente que corresponde a las dolencias de la persona trabajadora (por todas, la STS de 17 septiembre 2013, Rec. 2212/2012); por otra parte, por su contribución para refrenar la aplicación de los criterios orientadores de una forma genérica y abstracta a la hora de calificar una incapacidad permanente.

El supuesto de hecho parte del accidente de trabajo que sufre un oficial 1º de la construcción cuando, al sustituir una bomba de agua, se produce un estallido que lanza una parte de la tapa contra su cara, causándole fracturas y la pérdida de visión en uno de sus ojos. Situación que es calificada como incapacidad permanente parcial tanto por el EVI y el INSS, como por las posteriores sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Por el contrario, la pretensión del actor es que se califique la IP en grado total para la profesión habitual, dado que la visión monocular resulta incompatible con su presencia continua a pie de obra.

A falta de otros instrumentos legales que regulen la materia, cuando hay incapacidades o mutilaciones, ha sido costumbre del INSS acudir como elemento orientador al derogado Reglamento de Accidentes de Trabajo del Decreto de 22 de junio de 1956. En su art. 37 calificaba como IP parcial la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste el otro; mientras que su art. 38 consideraba como IP total la pérdida de visión de un ojo, cuando queda reducida la del otro en menos de un cincuenta por ciento. De manera similar, a la hora de valorar déficits y discapacidades visuales es aplicada la Escala de Wecker, la cual atribuye un porcentaje de pérdida visual global del 33% a la situación en la que el ojo sano mantiene una agudeza visual de 1, calificando como incapacidad permanente parcial la pérdida de visión comprendida entre el 24-36% y como total la incluida entre el 37 y el 50%.

Entiende la sentencia actual que estos valores indicativos son orientativos para todo tipo de profesiones, de manera que no cabe su abstracta traslación a cualquier oficio, por lo que deben completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual de la persona trabajadora, teniendo en cuenta las concretas particularidades de las funciones y tareas a desempeñar. Por ejemplo, la ausencia de una completa visión binocular, en

algunos casos puede que ni siquiera alcance a generar una disminución de la capacidad laboral superior al treinta y tres por ciento requerido para el reconocimiento de la incapacidad permanente parcial, mientras que en oficios que exigen una gran agudeza visual puede resultar sin duda incapacitante, ya fuere para el correcto desempeño del trabajo o para garantizar la seguridad de los trabajadores o de terceros. Para ratificar esta consideración, la Sala echa mano de cinco de sus sentencias recientes frente a una misma situación de visión monocular sustancialmente coincidente, recordando el diferente resultado alcanzado en cada uno de los asuntos: en dos de esos casos entendió que las lesiones no eran tributarias del grado de incapacidad permanente parcial; en otros dos ha reconocido esa incapacidad; y en uno de ellos determinó el grado de total para la profesión de gruísta.

Aplicando estas consideraciones a los concretos requerimientos de la profesión de oficial 1º de la construcción, la sentencia tiene en cuenta que el trabajador utiliza maquinaria y herramientas cortantes, punzantes o perforantes, para lo que sin duda constituye un serio peligro la falta de una adecuada visión binocular; al igual que el hecho de trabajar en alturas y en edificios en construcción con espacios en los que hay huecos y zonas, con el riesgo de caída desde alturas muy considerables que eso supone, en este caso agravado porque la visión monocular reduce el campo de visión periférico, afecta a la percepción de la profundidad y del espacio, así como al cálculo de las distancias. De hecho, el tribunal indica que la propia Guía de Valoración Profesional de Incapacidades del INSS, en su 3ª edición del año 2014, recoge específicamente estos riesgos, a la vez que cifra en 3 de 4 la agudeza y el campo visual requerido para su desempeño. Motivos todos ellos que llevan a declarar al actor en situación de IP total para la profesión de oficial 1º construcción, derivada de accidente de trabajo.

5.5. Interpretación de la expresión “base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante” en el cálculo del importe del complemento de gran invalidez: STS 745/2023, de 17 de octubre de 2023 (Rec. 2285/2021)

El TS ha clarificado, por medio de la STS 17 octubre 2023 (Rec. 2285/2021), si esa alusión ha de entenderse referida bien a la base mínima de cotización de todos los grupos profesionales o bien a la base mínima de cotización del grupo de la persona beneficiaria.

En el supuesto enjuiciado la demandante ha tenido como profesión habitual la de fisioterapeuta, adscrita al grupo de cotización 2 hasta la fecha del hecho causante, donde le fue reconocida por el INSS una IP absoluta al constatarse deterioro de agudeza visual por glaucoma y alteraciones motoras debido a esclerosis múltiple, aumentada tras resolución judicial a gran invalidez derivada de enfermedad común, con derecho al cobro

del complemento “destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda”, establecido en el art. 196.4 LGSS. Este dispone que el importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente.

La Sala entiende que, así como el 30% se proyecta sobre la base de cotización del trabajador, el 45 por ciento referido en el precepto legal lo hace sobre la base mínima de cotización no del grupo del trabajador, sino la mínima común para todos los grupos profesionales, puesto que “si la ley hubiera querido que fuese la base de cotización del trabajador (y no la mínima para todos los grupos profesionales) lo habría establecido expresamente”, como lo hace con el 30 por ciento citado. Además, asume el argumento de la sentencia recurrida por la actora cuando señala que esta fórmula de cálculo aparece tras la modificación operada en el antiguo art. 139 LGSS/1994 por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, justificada en razones de la desvinculación del complemento con el importe de la pensión de incapacidad permanente absoluta, objetivo solo alcanzable considerando que ese 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante opera sobre la base mínima de cotización común para todos los grupos profesionales.

5.6. El recargo por infracción de las normas de seguridad y salud de la prestación de IP absoluta derivada de AT, se traslada a las prestaciones por muerte y supervivencia: STS 741/2023, de 11 de octubre de 2023 (Rec. 1719/2021)

La STS 11 octubre 2023 (Rec. 1719/2021) vuelve a confirmar la doctrina de la Sala en el sentido de que el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, impuesto a la precedente prestación por incapacidad permanente absoluta derivada de contingencias profesionales, se traslada a las posteriores prestaciones por muerte y supervivencia, con independencia de cuál haya sido la causa de la muerte de la persona causante.

El supuesto de hecho del reciente pronunciamiento contempla un accidente de trabajo del cónyuge de la actora, ocurrido en 2003, que resultó en la declaración de IP absoluta para él y la existencia de responsabilidad para su empresa por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, por lo que a la pensión por la incapacidad se le añadía un complemento del 40%, a costa de la empresa, por el recargo de prestaciones contemplado en el art. 164 LGSS. Tras el fallecimiento del trabajador, quince años después del accidente, su viuda vio reconocidas las correspondientes prestaciones por muerte y supervivencia, pero sin atender a su pretensión de percibir el recargo de

prestaciones sobre ellas, pues el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades consideró que el fallecimiento no derivaba de las lesiones causadas por el accidente.

La sentencia echa mano de la doctrina contenida en la STS 9 junio 2015 (Rec. 36/2014), sin ser relevante que esta haga referencia al art. 172.2 LGSS/1994 pues la redacción de éste es idéntica al actual art. 217.2 LGSS, ambos insertos en el capítulo dedicado a las situaciones de muerte y supervivencia, los cuales declaran que “se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una incapacidad permanente absoluta o la condición de gran inválido”, configurando así una presunción *iure et de iure* donde es evidente que la prestación básica no experimenta variación al devenir en muerte y supervivencia. En cuanto al incremento por falta de medidas de seguridad, como bien razona la sentencia de 2015, al “llevar en bloque a la muerte y supervivencia la situación vigente en vida del causante sin establecer ninguna restricción al respecto, no existe una razón para conjeturar que en la mente del legislador pueda estar presente la exclusión del recargo”, lo que conduce a establecer el porcentaje del recargo del 40% en las prestaciones reconocidas a la actora.

5.7. No debe considerarse como renta, a efectos del requisito de carencia de rentas del subsidio de desempleo, el pago de la indemnización de despido a través de una póliza de seguros de rentas diferidas: STS 694/2023, de 3 de octubre de 2023 (Rec. 4058/2020)

El art. 275 LGSS, en materia de subsidio de desempleo, dispone que el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo, no tendrá la consideración de renta, y ello con independencia de que el pago se efectúe de una sola vez o de forma periódica. Eso sí, cabe excluir de este concepto de “indemnización legal” aquellos otros importes percibidos por el mismo motivo que superen esa cuantía (por todas, STS 3 diciembre 2008, Rec. 99/2008).

La cuestión suscitada ahora en la STS 3 octubre 2023 (Rec. 4058/2020) consiste en determinar si ante una indemnización por despido abonada durante siete años mediante cantidades progresivas mensuales, como consecuencia de la póliza de seguros suscrita por la empresa de la que es beneficiario el trabajador, la imputación fiscal como rendimiento de capital mobiliario de una parte de esa cantidad que percibe anualmente el trabajador, efectuada en cumplimiento de la legislación fiscal, debe ser considerada o no como renta a efectos de percepción de rentas superiores al 75% del SMI, incompatibles con la percepción del subsidio.

En el supuesto de hecho, el trabajador fue despedido inicialmente por causas económicas, aunque luego se reconoció su improcedencia, pactando con la empresa una indemnización fraccionada en plazos mensuales de cuantía creciente, cuya garantía de pago fue asegurada mediante póliza de seguros suscrita por la empresa y de la que era beneficiario el trabajador. Cumplido el tiempo máximo de prestación contributiva de desempleo, el actor solicitó el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, el cual fue reconocido por el SPEE. A final de año, en cumplimiento de sus obligaciones fiscales, la compañía de seguros certificó el abono al trabajador de las cantidades brutas, con su respectiva retención de IRPF, por el concepto de rendimientos del capital mobiliario, lo que el contribuyente hizo constar en su correspondiente declaración del IRPF. Llegada ésta a conocimiento del SPEE, se inicia expediente administrativo por presunto cobro indebido de prestaciones, el cual concluye en la pérdida del derecho del trabajador a seguir percibiendo esa prestación de desempleo y en la solicitud de devolución del importe total indebidamente ingresado.

La sentencia del JS repone el derecho y ordena el archivo del expediente, pero el posterior recurso de suplicación, tras dejar sentado que las cantidades percibidas en concepto de indemnización por despido no tienen el carácter de renta computable a los efectos de la LGSS, estima que el tratamiento fiscal que corresponde, según la Ley del IRPF, a las sumas percibidas por el trabajador en virtud de la póliza concertada, es el de rentas temporales inmediatas, declaradas como rendimiento de capital mobiliario en el IRPF y, por todo ello, tienen que ser computadas a efectos del percibo de rentas del subsidio.

El TS comienza recordando cierta jurisprudencia sobre cuestiones conexas, para luego describir como el abono de las indemnizaciones derivadas del despido a través de un seguro de rentas diferidas contratado por parte de la empresa, determina legalmente un cambio, desde el punto de vista fiscal, de la naturaleza jurídica de la indemnización, pasando de ser renta del trabajo a ser renta del capital mobiliario, pues las cuotas que percibe se componen de capital e intereses debido a esa naturaleza de prima de seguro. Sin embargo, este cambio no constituye una renta percibida por el beneficiario que signifique en ningún momento la existencia de ingreso adicional alguno por su parte, lo que no supone modificación de la naturaleza de las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato y, en concreto, de su carácter de cantidades exentas a efectos del cómputo de ingresos a efectos de la percepción del subsidio por desempleo. De hecho, la sentencia afirma que, de la literalidad del segundo párrafo del art. 275.4 LGSS, “resulta evidente que la norma no ha querido penalizar ni tratar de forma distinta la indemnización que se reciba de forma periódica, sin distinciones respecto de la forma de

dicho pago aplazado ni de quien asuma finalmente el pago”, motivo por el cual se declara la firmeza de la sentencia del JS.

VI. CORRESPONSABILIDAD ⁵¹

6.1. Reconocimiento de permisos parentales en diferentes modelos de familia: reacciones en la jurisprudencia

La corresponsabilidad se ha abierto paso en la normativa interna en los últimos años, a unos niveles que otean desde lo alto lo que impone, con carácter de mínimos, el ordenamiento jurídico laboral europeo, en particular la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019. Sin embargo, la realidad siempre va más allá de la imaginación del legislador y es por ello por lo que los conflictos que rodean la garantía del derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar no cesan. Uno de ellos es el resuelto por la STS 3218/2023 de 11 de julio (Rcud. 3532/2019).

El asunto parte de la solicitud de una trabajadora del permiso de lactancia reconocido en el art 37.4 ET, que le es denegado porque el otro progenitor se encontraba en situación de desempleo. Como consecuencia de esta negativa, la trabajadora pidió unos días de vacaciones que no tenía previstas, pues la situación era complicada. A modo de ejemplo, destaca que la misma se sacaba leche en el propio centro de trabajo, en un aseo. Interpuesta la demanda ante tal negativa, la SJS nº 2 de Cádiz, 9 de julio de 2018, la estimó declarando el derecho de la demandante al permiso del art 37.4 ET. La empresa recurre en suplicación, siendo su petición estimada y consecuentemente, revocada la sentencia de la instancia. Finalmente, la trabajadora se alza en casación para la unificación de doctrina.

La Sala IV del TS, antes de resolver sobre el fondo del asunto recuerda, a través de su sentencia 646/2022, de 12 de julio de 2022 (Rec. 1367/2019), las diversas versiones que ha tenido el art. 37.4 ET y que parece oportuno traer a colación:

- El Estatuto de los Trabajadores de 1980 disponía el derecho de las trabajadoras por lactancia de un hijo menor de nueve meses, a una hora de ausencia del trabajo, que podían dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podía sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad.

⁵¹ Han colaborado en la redacción de este apartado: Óscar REQUENA MONTES (coordinador), Ana DOMÍNGUEZ MORALES; Mónica RICO CASAL, Laura CASANOVA MARTÍN, Priscila MARTÍN VALES y Thereza Christina NAHAS.

- Tras la redacción dada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, se introduce una importante innovación en el tema que nos ocupa, al admitir que también el varón puede disfrutar de este permiso, aunque solo en el caso de que también trabaje la madre.

- Operando ya sobre el texto refundido de 1995, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo un matiz que mejoraba la regulación precedente, al clarificar que la reducción del tiempo de trabajo no operaba sobre la jornada "normal", sino sobre la propia de la mujer trabajadora, sin alterar el tema de la titularidad.

- La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), reordenó la institución de manera importante: contempla el supuesto de parto múltiple y admite el disfrute acumulado del permiso. Respecto de la titularidad, mantiene la opción de que cualquiera de los progenitores disfrute del permiso si ambos trabajan.

- Posteriormente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, añadió cierta complejidad al precepto que examinamos, desvinculando el permiso del nacimiento biológico (abarca también a la adopción o acogimiento) y refuerza el carácter indistinto de la titularidad, aclarando que el permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podría ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

- Operando ya sobre el vigente texto refundido de 2015, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación introdujo finalmente importantes novedades respecto de la titularidad del permiso de forma tal que se configura como un derecho individual de ambos progenitores y solo si los dos trabajan en la misma empresa puede restringirse el disfrute simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito. A mayor abundamiento, si ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejercen este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

A continuación, el TS atiende a la a STJUE de 30 septiembre 2010 (C-104/09), *Roca Álvarez*, en la que se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el TSJ Galicia en la

que se concluyó considerando contraria al Derecho comunitario la Ley española con arreglo a la cual las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena. En particular, interesan dos consideraciones de este asunto. La primera es que el hecho de que sólo la madre asalariada sea titular del derecho, que no el padre, ayuda a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. En segundo lugar, denegar el disfrute del permiso a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que si la madre es autónoma se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre (o el otro progenitor) del niño.

Por tanto, si bien es cierto que la doctrina constitucional pone en manos del legislador el modo en que haya de evolucionar el disfrute de permisos asociados al nacimiento o la lactancia y admite que el legislador pudiera concederlos a los varones solo si la madre también está trabajando (y no lo disfruta)⁵², el TJUE sí considera inconciliable con el Derecho de la UE la exclusiva atribución de permisos parentales (incluyendo la pausa por lactancia) de un modo distinto a los hombres y a las mujeres, entendiéndose que eso perpetúa los roles tradicionales de división de tareas.

Apuntando en la misma dirección del caso ahora enjuiciado, se sitúa un supuesto muy parecido que fue resuelto por la STS 224/2020, de 10 marzo (Rec. 221/2018), en cuyo caso el solicitante era el padre. En aquel asunto, se estimó la pretensión del trabajador, utilizando unos argumentos que son trasladables al que ahora nos ocupa. Hasta por tres veces el precepto discutido advierte que estamos ante un derecho que pertenece, de forma originaria, a la persona que trabaja: 1) El permiso se configura como “un derecho individual”. 2) Las decisiones acerca de la modalidad de disfrute corresponden a “quien ejerza este derecho”. 3) En caso de que ambos trabajen el ejercicio solo puede llevarlo a cabo “uno de los progenitores”.

No hay, por el contrario, atisbo alguno de que deba condicionarse la titularidad del derecho en cuestión a las circunstancias del otro progenitor. Si el legislador quisiera

⁵² STC 75/2011, de 19 mayo (Pleno) aunque respecto del permiso por maternidad y la diferencia de trato entre hombres y mujeres a efectos de la titularidad del derecho (la madre podía ceder al padre una parte solo en caso de que ambos trabajen, quedando excluida la posibilidad de cesión al padre trabajador cuando la madre no fuese trabajadora por cuenta ajena).

eliminar el permiso en tales casos, debiera haberlo explicitado. Pero es que, una vez que el derecho se ha desvinculado de la condición biológica de la mujer, carece de sentido atender a la situación en que se encuentre el progenitor que no activa el disfrute del permiso lo que conecta con la finalidad del permiso por lactancia que conduce a la irrelevancia jurídica de cuál sea el sexo de quien lo disfruta. El objetivo general de corresponsabilidad en las tareas familiares aconseja una interpretación favorable al ejercicio indistinto del derecho. Choca con esta idea la argumentación acogida en la sentencia recurrida, conforme a la cual el padre (al estar en desempleo) puede encargarse del cuidado del menor y no tiene sentido que la madre active su permiso. Como colofón a todos los argumentos esgrimidos, recuerda que por imperativo del art 4 LOI, deben aplicar principio o canon hermenéutico de perspectiva de género. Esto es, la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres refuerzan la decisión finalmente adoptada concluyendo que “restringir el permiso por lactancia a la madre, so pretexto de que el otro progenitor y padre del menor no desarrolla actividad productiva por encontrarse en situación de desempleo y puede encargarse de cuidarlo comporta los peligros de perpetuación de roles tradicionales, sexistas, y opuestos a los objetivos equiparadores de la LOI”. Por todo lo anterior, finaliza por desestimar el recurso formulado por la empleadora, confirmando la sentencia de instancia.

Cabe entender que la sentencia antes comentada supone un nuevo avance en torno a la equiparación de derechos derivados del nacimiento de un hijo, lo que sin duda es motivo de satisfacción, siendo deseable que al mismo tiempo se exploren otros asuntos sobre los que aún no existe una visión consensuada por parte de la doctrina, ni expresa regulación legal, pero que generan litigiosidad en el plano jurisprudencial y que pone en evidencia la diversidad en cuanto a modelos de familia hoy existentes. Uno de ellos es el relativo a las familias monoparentales, consideradas ya como colectivo prioritario de atención en las políticas de empleo (art. 50 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo), a quienes, en virtud de las previsiones legales, se le reconocen exclusivamente las semanas de permiso por nacimiento de hijos o lactancia previstas en el ET con carácter general⁵³, así como los preceptos correspondientes de las prestaciones vinculadas a esta situación familiar en la LGSS. Las familias monoparentales exigen al respecto una extensión de la duración de tales permisos, entendiendo que se las coloca en una posición de peor condición con respecto a las familias biparentales, pues en ellas, el tiempo se duplica si los dos progenitores trabajan. Algunas sentencias de tribunales inferiores comienzan a reconocer derechos adicionales a este tipo de familias

⁵³ Excepcionalmente se reconoce en el art. 182.3 LGSS, la ampliación de la duración del subsidio por nacimiento, de naturaleza no contributiva, en 14 días naturales en caso de nacimiento de hijo en familia monoparental.

con un solo progenitor, como es el caso de la suspensión y correspondiente prestación por nacimiento del hijo (por ejemplo, la STSJ Castilla y León 541/2022 de 21 de julio, Rec. 446/2022, reconoce 26 semanas de suspensión por nacimiento de hijos a una trabajadora madre soltera).

Sin embargo, esta cuestión no es pacífica, pues no ha recaído a la postre una sentencia unificadora de doctrina por parte del TS que imponga un criterio común, razón que justifica la reciente cuestión de constitucionalidad elevada por el TSJ Cataluña en la que se somete al criterio del máximo intérprete de la Constitución Española la regulación actual de la suspensión y prestación por nacimiento de hijo ante la denegación de su ampliación a una madre soltera. El Tribunal autonómico considera relevante esta cuestión a objeto de debate constitucional porque la determinación de la extensión temporal de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, correspondiente a la mujer titular de una familia monoparental, debe efectuarse necesariamente atendiendo al contenido del art. 177 LGSS en relación con el art. 48, apartados 4º, 5º y 6º ET, dándose la circunstancia de que la literalidad de los preceptos comporta dispensar al menor nacido en una familia monoparental un tiempo de atención y cuidado muy inferior al correspondiente a los menores nacidos en familias biparentales, exclusivamente como consecuencia del modelo familiar al que pertenecen.

Cuenta la resolución con un voto particular que sustenta la inexistencia de la relevancia constitucional de la cuestión atendiendo a las SSTS 169/2023 de 2 de marzo (Rec. 3972/2020) y 434/2023 de 14 de junio (Rec. 1642/2022), en las que precisamente se niega la contradicción de la normativa actual (arts. 48 ET y 177 LGSS) con las previsiones constitucionales (arts. 14 y 39 CE) manteniéndose al margen de consideraciones propias sobre si el sistema legal es justo o no. Por tanto, aceptar la pretensión, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales sin modificar los condicionantes legales, así como modificar la duración de la suspensión con el impacto correspondiente sobre la capacidad de organización productiva del empresario, alterando en ambos casos la configuración diseñada por el legislador.

Consideran los magistrados que sostienen el voto particular que no resulta procedente apartarse de aquella jurisprudencia simple y llanamente para plantear una cuestión de constitucionalidad que rechazó ya el TS. Habrá que esperar a la siguiente crónica para conocer el resultado de la cuestión de constitucionalidad planteada y/o de su impacto sobre la legislación aplicable al supuesto planteado.

6.2. El derecho a la reducción de jornada por guarda legal: ¿el ejercicio corresponsable del derecho como criterio de ponderación? La STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2023 (Rec. 792/2022) y la STS de 21 de noviembre de 2023 (Rcud. 3576/2020)

Con ánimo de recoger y analizar el mayor número de resoluciones judiciales recaídas durante el año 2023 en materias vinculadas a la corresponsabilidad en las tareas domésticas y de cuidados, aquí se ha querido realizar un comentario conjunto de dos sentencias que, si bien desde diferentes perspectivas, abordan una cuestión similar. Con motivo de su análisis se invita a reflexionar acerca de la incidencia y el tratamiento que merece el principio de corresponsabilidad.

6.2.1. Sobre el derecho a reducción de jornada por guarda legal: similitudes y diferencias entre los arts. 34.8 y 37.6 ET

El art. 37.6 ET reconoce el derecho “a la reducción de jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”, a aquellas personas trabajadoras que tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, si bien es cierto que el sujeto causante del derecho se ha venido extendiendo y actualmente tiene dicha condición, asimismo, cualquier “familiar (incluido expresamente el cónyuge o pareja de hecho) hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”. Igualmente, si bien con un régimen jurídico ciertamente distinto (véase el porcentaje de reducción de jornada exigido, los requisitos o la documentación acreditativa) se reconoce tal derecho ante otros infortunios (cáncer u otra enfermedad grave) que padezcan personas que estén a cargo de la persona trabajadora solicitante.

Lo relevante, en todo caso, será la acreditación del hecho causante y de la obligación de hacerse cargo de la persona dependiente, motivo este por el que en ciertos casos (separación, divorcio, etc.) “el derecho a la reducción de jornada se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor con quien conviva la persona enferma, siempre que cumpla el resto de los requisitos exigidos”.

En este punto, cabe plantear si estamos ante un derecho de conciliación de naturaleza -cuasi- absoluta y automática por cuanto, pese a lo indicado y a salvo de los puntuales supuestos donde la norma legal precisa el medio de acreditación (v. gr.,

informe del servicio público de salud): por un lado, el ejercicio de este derecho exige un esfuerzo económico por parte de la persona que lo ejerce -reducción proporcional del salario- que, sin eliminar el esfuerzo adaptativo de la empresa, ayuda a paliar las consecuencias que sobre esta tendrá la reducción de su jornada. Por otro lado, pero en relación con lo anterior, a diferencia de otros derechos conciliatorios, en su redacción solo se aprecia la supeditación del mismo a su compatibilidad con el “funcionamiento de la empresa”⁵⁴ cuando se solicite su ejercicio de manera simultánea por dos o más trabajadores de la misma empresa en virtud del mismo sujeto causante, por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, debidamente motivadas por escrito, debiendo en tal caso la empresa ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación. Por último, el artículo 37.7 ET afirma que “dentro de su jornada ordinaria”, la concreción horaria y la determinación de la reducción de jornada corresponde a la persona trabajadora.

Por otra parte, tal y como reza el art. 34.8 ET, “sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37...”, “para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral” puede “solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación”. Sin embargo, como se desprende de su desarrollo legal, estamos ante dos derechos paralelos e independientes, pues cada uno de ellos cuenta con un régimen jurídico particular.

Apuntadas estas breves notas, debemos abordar la que constituye la principal cuestión litigiosa de las dos resoluciones judiciales seleccionadas: el alcance de las facultades de que dispone quien se encuentra en uno de los supuestos de hecho previstos en los arts. 34.8 y 37.6 ET. En concreto, si estos preceptos estuviesen reconociendo únicamente el derecho a reducir la jornada de trabajo o si, por el contrario, también facultarían a su titular a elegir el horario de trabajo que mejor se adapte a las necesidades de cuidados.

Aunque existen ciertas diferencias entre el caso sobre el que se debió pronunciar el TSJ Castilla-La Mancha con fecha de 25 de mayo de 2023 y aquel que llegó a la Sala de lo Social del TS, cuya resolución data de 21 de noviembre de 2023, en ambos supuestos nos encontramos con una trabajadora que, al ejercer su derecho a reducción de jornada con motivo de tener a un menor de doce años a su cargo, la propuesta no se limita a la reducción de jornada sino que también implica un cambio de horario. Ya sea, en el

⁵⁴ Debiendo la empresa, en primer lugar, motivar por escrito las razones objetivas que le impiden acceder al cumplimiento total de las solicitudes de reducción de jornada y, en segundo lugar, ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación.

primer caso, cambiar los días de prestación de servicios, pasando a ser de lunes a viernes (y disfrutando de los festivos) en lugar de hacerlo de miércoles a domingo, o bien dejando de realizar turnos rotatorios de mañana y tarde y empezar a prestar servicios exclusivamente en el turno de mañana, como sugería la trabajadora del caso que llega a la Sala Cuarta de nuestro Alto Tribunal.

Sin embargo, en el supuesto del tribunal de Castilla y León la solicitud se hace en virtud del art. 34.8 ET, mientras que el derecho alegado por la trabajadora del segundo caso, examinado por el TS, es el recogido en el art. 37.6 ET. Y esto es importante porque, sin perjuicio de los condicionantes a los que pueda estar sometido uno u otro, atendiendo al tenor literal de sus respectivas redacciones no cabe duda de que el alcance objetivo del art. 34.8 ET es sustancialmente más amplio (“conciliación de la vida familiar y laboral” a través de una pluralidad de mecanismos como son las “adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia”) que el del art. 37.6 (concretas “razones de guarda legal” que dan “derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario...”).

Completa la redacción de este último derecho el apartado séptimo del art. 37 ET, que, en primer lugar, afirma que la concreción horaria y la determinación de la reducción de jornada corresponderá “a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria”, y, en segundo lugar, que los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de dicha reducción de jornada, en atención tanto de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora como de las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

6.2.2. Resumen de los antecedentes de hecho y los fundamentos jurídicos

Como se ha señalado, el TSJ Castilla-La Mancha examina una petición de reducción de jornada por la vía del art. 34.8 ET. Concretamente, la reducción solicitada es de 15 horas (de 40 horas a la semana pasaría a realizar 25), con concreción de lunes a viernes (ya no de miércoles a domingo) y exceptuando los festivos en dichos días, deseando asimismo que el nuevo horario fuese de 10:00 a 15:00 horas, para poder compatibilizar con la guardería de su hija menor. La empresa contestó que no podía solicitar una reducción de jornada en la que se modificaran los días de trabajo, dado que esa no era su jornada habitual establecida contractualmente, si bien estaba “dispuesta a realizar un gran esfuerzo, aceptando su solicitud de trabajador de lunes a viernes, pero sin excluir los festivos que le correspondan y en horario de 11:00 a 16:00 h”. Es decir, como se señala en la propia sentencia, la respuesta de la empresa contenía una contrapropuesta que en realidad coincidía en lo sustancial con la solicitud (incluyendo el eximirle de

trabajar los fines de semana), salvo en lo relativo al marco temporal de realización del trabajo, que se retrasaba una hora, y en no admitir su ausencia en los festivos de lunes a viernes; lo cual el tribunal termina interpretando como razonable, habida cuenta el esfuerzo organizativo y/o económico que realiza la empresa.

Adicionalmente, en los antecedentes de hecho se recoge que la trabajadora demandante es la única cocinera del local (por lo que su ausencia obliga a la contratación de otra persona), que el horario de la guardería en la que se deja a la menor es hasta las 16:30 horas y -atención- que no consta que el padre de la menor (conductor de autobuses en turnos rotativos de mañana-tarde, de lunes a domingo, en horario aproximado de 6:00 a 15:00 horas y de 15:00 a 23:00 horas) haya presentado solicitud alguna sobre conciliación de la vida laboral y familiar.

Por su parte, a diferencia de la anterior, en la segunda sentencia aquí analizada -esta es, la dictada por el TS con fecha de 21 de noviembre de 2023-, el derecho se alega en virtud de lo dispuesto en el art. 37.6 ET -y no en los términos del art. 34.8 ET-, aunque también se trata, parafraseando el fundamento jurídico primero de la sentencia, de determinar si el derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un menor lleva, o no, aparejada la posibilidad de que dicha reducción se proyecte sobre el horario de trabajo y, concretamente, sobre el sistema de trabajo a turnos de la trabajadora, de suerte que pase a realizar su jornada en un único turno cuando venía realizándola en turnos alternos de mañana y tarde. Aquí se solicita reducción de jornada a cuatro horas diarias en turno fijo de mañana cuando su jornada habitual era en turnos alternos de mañana y de tarde, de 8:00 a 15:00 horas y de 15:00 a 22:00 horas, como vendedora en la sección de "electro" del establecimiento donde trabaja. La empresa accede a la reducción de jornada por guarda legal, no así a la concreción horaria porque, en primer lugar, entiende que la reducción de jornada debe ser en cada turno que le corresponda trabajar; en segundo lugar, no existe en la empresa ningún caso comparable donde se haya aceptado tal solicitud; y, en tercer lugar, la empresa acredita razones organizativas y productivas suficientes, en el sentido de que acatar su petición implicaría una descompensación de personal.

La sentencia recaída en instancia y la derivada del recurso de suplicación entendieron que la trabajadora podía ejercer la concreción horaria en los términos descritos, mientras que el TS estimará el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por la representación legal de la empresa por entender, con certero apoyo jurisprudencial - con cita de la STJUE de 18 de septiembre de 2019 (Asunto C-366/18)- y en el mismo sentido que lo hace la sentencia invocada de contraste -STSJ de Madrid, de 15 de enero de 2018 (Rec. 936/2017)-, que el derecho reconocido en el citado precepto no alcanza, en principio y por sí solo, a tanto, sino que la reducción de jornada por cuidado de hijo

sólo es posible dentro de la jornada ordinaria (art. 37.7 ET) y la pretensión de proyectar tal reducción en un único turno implica desbordarla.

Llegados a este punto resulta fácil adivinar que ambas resoluciones fallan a favor de la empresa, bien por entender que la redacción del derecho alegado encuentra su límite en la “jornada ordinaria” (STS, en relación con los apartados 6 y 7 del art. 37 ET), bien -o adicionalmente, en el caso anterior- porque se logra acreditar el esfuerzo organizativo de la empresa junto a la razonabilidad de sus contrapropuestas. Desde luego, son varias las conclusiones que cabe extraer de la lectura conjunta de las dos sentencias. Así, por ejemplo, de interés resulta, por ejemplo, el hecho de que el Tribunal Supremo, con un fin principalmente pedagógico y con acopio de jurisprudencia, se esmere en recordar que la actora podría haber optado por solicitar la adaptación de su jornada de trabajo en los términos previstos en el art. 34.8 ET⁵⁵, sometiéndose al régimen jurídico previsto en el mismo.

En cambio, por lo que aquí interesa y habida cuenta la limitación de espacio del presente estudio, conviene centrarse en el espacio que en cada una de las resoluciones se ofrece a la cuestión de la corresponsabilidad y, a partir de ahí, formularse algunas preguntas.

6.2.3. Sobre el principio de corresponsabilidad

Con ocasión de la entrada en vigor del RDL 5/2023, de 28 de junio, se procedió a incluir un último párrafo -el undécimo- al apartado sexto del art. 37 ET, según el cual: “En el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género”. Desde luego, este contenido no estaba incluido en la redacción del precepto vigente en el momento en el que suceden los hechos analizados en las sentencias que protagonizan el presente análisis. Sin embargo, ello no es óbice para que ambas se refieran de algún modo al principio de corresponsabilidad, si bien es cierto que en el caso de la sentencia de nuestro Alto Tribunal apenas se menciona con ocasión de la cita a la STC 26/2011, de 11 de abril, que subrayaba la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores y recordaba, con mención a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre y a la

⁵⁵ Aclarando que en el ámbito aplicativo de dicho precepto la Sala ha admitido la conversión en jornada continuada de la que no lo es (STS 661/2017, de 24 de julio, Rec. 245/2016); la modificación del horario de trabajo (STS de 13 de junio de 2008, Recud. 897/2007); o, el horario flexible a la entrada y la salida del trabajo (STS 454/2016, de 31 de mayo, Rec. 121/2015).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, la necesidad de interpretar las normas con perspectiva de género y la finalidad de fomentar la efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares.

Por el contrario, a esta concreta cuestión dedica exclusivamente el apartado “D” de su Fundamento Jurídico Tercero la STSJ Castilla y León. Y es tajante al entender que “el criterio de corresponsabilidad puede y debe utilizarse como un criterio hermenéutico en la interpretación de las normas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, valorando por tanto si, al momento de solicitar la concreción del tiempo de trabajo por razones familiares, la persona trabajadora acredita o no que la pareja asume también una responsabilidad sino estrictamente proporcional, al menos significativa”, matizando que “[n]o se trata en modo alguno de imponer ciertas conductas o actuaciones a los interesados, en este caso una mujer trabajadora”, pues reconoce que ello invadiría “el ámbito de la estricta autodeterminación de la persona en sus asuntos privados y familiares de acuerdo con su propio universo de principios morales e intereses” (que más tarde califica como “una opción vital completamente respetable”), sino de “hacer notar” que deben ponderarse no solo los esfuerzos que hace la persona solicitante y la empresa, sino también los que efectúa la pareja de la persona solicitante, de modo que si esta no ha solicitado un derecho similar repartiéndose así las responsabilidades familiares, entonces aquella “no puede pretender que la integridad del perjuicio derivado de la adaptación del tiempo de trabajo recaiga en exclusiva sobre su empresa empleadora”.

6.2.4. *Reflexiones finales*

La lectura conjunta de ambas sentencias nos suscita algunas dudas que requieren de una reflexión mayor a las permitidas en estas breves líneas. En primer lugar, si el principio de corresponsabilidad es suficiente o no para ampliar el ámbito objetivo del derecho recogido en el art. 37.6 ET, a pesar de que su tenor literal es meridiano, aunque la respuesta resulta, en principio, negativa. En segundo lugar, la confrontación de ambas resoluciones permite plantear el debate acerca de si, en ese análisis con perspectiva de género, debe tomarse en consideración -o no- los datos acerca de la profesión y demás circunstancias concurrentes en los/las demás titulares del derecho; y, en especial, si estas personas han ejercido el mismo o similar derecho o, por el contrario, solo lo está solicitando la persona trabajadora cuyo caso se está juzgando. En tercer lugar, si, de

alegarse y tenerse en cuenta tales datos, jugaría en contra de la persona solicitante del derecho el hecho de que esta sea mujer y el/los otro/s titular/es sea/n hombres o si, con independencia del sexo o género de los otros titulares, también podría o debería perjudicarlo -o beneficiarlo- el hecho de las demás personas titulares no hayan -o sí ejercido el mismo derecho o similar respecto al mismo sujeto causante. Finalmente, y en relación con lo anterior, si tal criterio no es contrario a la máxima de que no corresponde a los tribunales inmiscuirse en cómo una determinada persona o familia decide organizarse desde el punto de vista del reparto de las labores productivas, reproductivas o domésticas.

6.3. La conciliación laboral y familiar como derecho humano. La STSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 1º 768/2023 de 15 de septiembre de 2023 (Rec. 74/2023)

Para contextualizar la Resolución y su fallo hay que atenerse al siguiente marco jurídico necesario. En primer lugar, la Constitución española y sus arts. 18.1 -"Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen"- y 18.4 sobre protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales -"La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"-; la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, donde el derecho a la protección de los datos se configura como una facultad de la persona ciudadana para que sus datos personales no sean usados para fines distintos de los que justifican su obtención; el art. 37.6 ET en su apartado segundo, el cual reza que "tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razón de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida"; y el Convenio Colectivo del grupo marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021).

6.3.1. Breve síntesis del supuesto de hecho

Se centra en el derecho a la reducción de jornada y concreción horaria para poder realizar las labores de cuidado de una persona mayor dependiente (requiere ayuda para las tareas más esenciales de la vida), suegra de la solicitante. En el caso enjuiciado el

hijo no tiene posibilidad de atenderla por el horario y régimen de trabajo de guardias de su profesión de bombero. Se acredita que la actora era la única persona de la familia que podía atender a su suegra.

La demandante prestaba sus servicios para la empresa demandada MANUFACTURAS LOEWE SL disfrutando de un tercio de reducción de la habitual por cuidado de menor, en base también al Plan de Igualdad 2019-2022. Una vez finalizada ésta solicitó reducción de jornada por cuidado de familiar, su suegra, coincidiendo la concreción horaria de la reducción por cuidado de menor.

La responsable de RRHH de la empresa entendió en base a la documentación aportada que la expresión “necesitaba apoyo” no podía equivaler a “no puede valerse por sí misma”. Desde estas líneas hay que señalar que sí se debe vigilar por parte de la empresa la documentación cuando se solicita una reducción de jornada, no obstante, las interpretaciones se deberían fundamentar en el principio operativo y más a la hora de interpretar términos más médicos que jurídicos. Sin perjuicio que un uso no razonable de la solicitud de documentación podría llevar a la vulneración del art. 18.4 CE.

La empresa demandada se negó a aceptar lo solicitado porque la persona por la cual se solicitaba los cuidados no tenía el reconocimiento de persona dependiente. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda declaró que la demandante sí tenía derecho a reducir su jornada en un tercio mientras se mantuviesen las circunstancias actuales y con el máximo de dos años.

6.3.2. *Clave de la posición judicial*

Merece destacar el énfasis con el que prescribe la no necesidad de valorar cómo se organiza la familia en lo que atañe a sus labores de cuidados. En caso contrario habría una intrusión en la vida privada de un hogar familiar. Éste sería el punto clave de la resolución judicial: “sería permitir a la empresa, como se ha señalado por autorizada doctrina judicial, la intromisión en la vida privada de matrimonios y parejas, convirtiéndola en una suerte de guardián de la corresponsabilidad (ni por derivación, ello se debe permitir a los Juzgados de lo Social)” (FJ 4).

Se desestima con razón el período temporal de la reducción temporal en dos años. No se hacía referencia a que la reducción de jornada se mantuviera en dos años. Tampoco sería lógico acotarla ya que si bien es cierto que las circunstancias que generan el reconocimiento del derecho pueden cambiar durante ese período.

Así las cosas, la suegra de la demandante era beneficiaria de una pensión no contributiva de jubilación. Además, cuenta con secuelas físicas probadas y acredita impotencia funcional secundaria a la artroplastia total, con dificultad para la deambulaci3n y para la realizaci3n de actividades b3sicas de la vida diaria (informe de 29 de julio de 2022).

En efecto, un derecho de conciliaci3n cuenta con una dimensi3n constitucional. Deben prevalecer los derechos a lo no discriminaci3n por raz3n de sexo o por raz3n de circunstancias personales, protecci3n a la familia y a la infancia. Resulta necesario ponderar las concretas circunstancias personales y familiares que cada persona trabajadora alegue y la organizaci3n del tiempo de trabajo en la empresa. En consecuencia, se puede discernir si existe compatibilidad para la vida familiar y profesional.

6.3.3. *Trascendencia ad futurum*

Esta relevante sentencia, cuyo fallo se comparte, debe significar un paso adelante hacia el derecho a la corresponsabilidad en las tareas de cuidados. No podr3a ser de recibo que un derecho de este calibre quedase a la decisi3n de la empresa cuando no existen causas justificadas de organizaci3n o econ3micas. Como se ha indicado a lo largo de este comentario hay l3mites como la protecci3n de datos en la documentaci3n que deben exigir las empresas sobre estados de salud y su insistencia en exigirlos o en realizar interpretaciones sobre criterios m3dicos.

Las personas trabajadoras cuando tienen responsabilidades familiares deben cubrirlas ya sea de menores, personas con discapacidad, personas mayores, etc. Sino se facilitan los cuidados y se cumple la normativa vigente puede que se vuelva al patriarcado m3s radical, es decir, d3nde hab3a una persona en este caso la mujer que deb3a asumir los cuidados y otra persona, el hombre, con el rol de productor. Las decisiones y pol3ticas deben ir siempre precedidas de un enfoque transversal de g3nero.

La clave de la sentencia tiene su caracterizaci3n m3s importante en la no intromisi3n en la vida privada de las familias por parte de la empresa. Es decir, no es deber de la empresa analizar las posibilidades de corresponsabilidad familiar de ninguna de sus personas trabajadoras, sino un derecho de éstas. En el caso enjuiciado se pon3a en tela de juicio por la parte empresarial que no se hab3a alegado que el hijo de la causante del derecho ten3a una profesi3n que por sus razones de organizaci3n imped3an la conciliaci3n. Ser3a muy peligroso incluso problem3tico que cada departamento de RRHH tuviese que preocuparse de la corresponsabilidad de las obligaciones familiares y laborales de su personal trabajador.

Como apunte final señalar la importancia que tienen en este sentido los planes de igualdad que se negocien en las empresas para poder dar una aplicación efectiva y real a la conciliación vida familiar y laboral. Desde mi juicio las empresas con menos de 50 personas trabajadoras no deberían estar exentas de la obligación de elaborar y registrar planes de igualdad adecuados a su tamaño en forma y fondo. Los cuidados a las personas se incardinan dentro de los derechos humanos⁵⁶ y se debería ir siempre un paso adelante para abordarlos de una forma responsable.

6.4. Garantía de indemnidad y derechos de conciliación: la STSJ Asturias (Sala de lo Social) núm. 309/2023, de 28 de febrero de 2023

La sentencia aborda la naturaleza de la garantía de indemnidad, como vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Las represalias prohibidas en nuestro ordenamiento se producen en este caso a través de la actuación de la empresa durante el periodo de negociación previsto en el art. 34.8 ET para la adaptación de jornada por cuidado de hijo menor y de la propuesta alternativa, e inamovible, de una distribución de jornada que, en la práctica, imposibilita la conciliación de la vida familiar y laboral del trabajador.

En relación con los hechos probados, el trabajador ocupa el cargo de Director Comercial General y su centro de trabajo se encuentra en Oviedo, a 15 minutos andando desde su domicilio. Tiene a su cargo dos oficinas, cada una con una Directora de oficina. Sus funciones son la gestión de personal y la dirección de los equipos comerciales de ambas oficinas, la captación y conservación de clientes mediante el asesoramiento y la asistencia permanente. Es padre de dos hijos, nacidos en 2017 y en 2022. El mayor está escolarizado y su colegio tiene horario partido, de octubre a mayo (de 9:00 a 13:00 y de 15:00 a 17:00), y jornada continuada, de septiembre a junio (de 9:00 a 13:15). Acude al colegio en transporte escolar y, además, de septiembre a junio tiene actividades extraescolares los lunes y miércoles (de 17:30 a 18:30). La hija menor sigue lactancia materna.

Su esposa, trabajadora por cuenta de la misma empresa, tiene reducida la jornada y vio reconocido judicialmente su derecho a jornada continuada (de 9:00 a 16:00) y la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo el 75% de la jornada. En esta misma sentencia, de fecha 27 de mayo de 2022, al actor se le reconoció también el derecho a una jornada continuada (de 9:00 a 17:00), distribuida el 50% entre las modalidades presencial y de teletrabajo.

⁵⁶ Arts. 12 y 25 de la Declaración universal de los derechos humanos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

En aras de ejercitar este derecho, el trabajador se puso en contacto con la empresa para establecer la distribución de la jornada, de conformidad con el art. 34.8 ET, solicitando que se dividiesen a la mitad las horas de trabajo diario entre las dos modalidades: de 9:00 a 13:00 trabajo presencial en la oficina y de 13:00 a 17:00 teletrabajo desde su domicilio. Por su parte, la empresa ofreció una alternancia continuada en una y otra modalidad: de 9:00 a 11:00 trabajo presencial, de 11:00 a 12:30 teletrabajo, de 12:30 a 14:00 trabajo presencial, de 14:00 a 16:30 teletrabajo y de 16:30 a 17:00 trabajo presencial en la oficina. El periodo de negociación se inició el 10 de junio de 2022 y se prolongó hasta el 15 de julio, cuando el actor recibió la última comunicación empresarial previa a la presentación de la demanda, el 19 de julio de 2022.

El cauce litigioso fue el procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación (art. 139 LRJS), al que se acumuló la acción de tutela de derechos fundamentales. La jueza de instancia estimó parcialmente la demanda, reconociendo al actor su derecho a prestar servicios con una jornada continuada de lunes a viernes distribuida como sigue: de 9:00 a 13:00 en modalidad presencial en la oficina de Oviedo y de 13:00 a 17:00 en modalidad de teletrabajo; aunque desestimando la pretensión de vulneración de derechos fundamentales y la consecuente indemnización. Ambas partes presentan recurso de suplicación ante el TSJ, la empresa cuestionando la estimación de la pretensión de adaptación de la distribución de la jornada y el trabajador, la desestimación de la pretensión de vulneración de derechos fundamentales.

Pues bien, la Sala se adhiere a la fundamentación llevada a cabo por la jueza de instancia sobre la adaptación de la distribución de jornada (art. 34.8 ET), quien resaltó la naturaleza de este derecho como “expectativa de derecho estimable si resulta razonable y proporcional en relación con sus necesidades personales y con las necesidades organizativas y productivas de la empresa, en una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, dirigida a compatibilizar los intereses en juego, si bien contemplado todo ello desde la dimensión constitucional del derecho a compatibilizar la vida familiar y laboral de los trabajadores, para que quede salvaguardado el derecho de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y cumplido el mandato de protección de la familia y la infancia (art. 39 CE)” (FJ 3). En este caso, queda acreditada la necesidad de la parte actora de adaptar la distribución de su jornada de manera que pueda dejar y recoger a su hijo en la parada del autobús escolar, quedando probado el horario escolar y la dedicación de la madre a la hija lactante. Además, considera que la petición del trabajador es razonable y proporcionada, ya que así puede satisfacer esta necesidad sin perjudicar la organización del trabajo. El ejercicio de sus funciones directivas no requiere de presencialidad, teniendo en cuenta que hasta

ahora el actor las ha desempeñado en relación con dos oficinas, una de ellas en Gijón y para la que no se le exigió, ni se le exige, la referida presencialidad.

Sumado a lo anterior, la Sala recuerda la doctrina constitucional que ha de regir la interpretación del art. 34.8 ET (FJ 3): i) en materia de conciliación se han de valorar las circunstancias personales y familiares de la persona trabajadora y las eventuales dificultades que la empresa puede tener para acceder a la medida solicitada; ii) siempre hay que tener en cuenta la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación (art. 14 CE), como desde el mandato de la protección de la familia y la infancia (art. 39 CE); y iii) el logro efectivo de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional (SSTC 26/11 y 119/21). Asimismo, trae a colación la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, en materia de conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores y las garantías exigidas en su artículo 8 en relación con el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de las responsabilidades de cuidados de sus hijos menores.

En este asunto, contrariamente a lo argumentado por la empresa, el trabajador acredita la necesidad de que su jornada (dentro de lo reconocido por sentencia) se adapte al horario escolar de su hijo y su propuesta permite hacer efectivo el derecho a conciliar, sin sustraer tiempo de trabajo a la jornada ordinaria y sin alterar la organización del trabajo de manera que pueda perjudicar a la empresa. De hecho, la Sala apunta que “no se trata de una adopción rígida o extrema, como la que pretende elaborar la empresa [...], para que los datos sobre el horario escolar se ajusten al minuto con la jornada laboral del demandante” (FJ 3).

Asimismo, la empresa alegó que esta propuesta reconocida por la sentencia de instancia resultaba contraria a la corresponsabilidad promovida por la ley (asumiendo que su esposa podía perfectamente asumir estas necesidades familiares) y, en concreto, al art. 44, LO 3/2007, de 22 de marzo, que regula los derechos de conciliación y establece que se reconocerán “en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio” (apartado 1). Poco cabe comentar al respecto, salvo reproducir lo que acertadamente sentencia la Sala: este argumento “desvía la dirección de la corresponsabilidad como mecanismo de igualdad entre mujeres y hombres, que está encaminado a corregir la mayor carga familiar que históricamente vienen asumiendo las mujeres en detrimento de su vida laboral. *El planteamiento de la recurrente pone en tela de juicio la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares y aboca a la discriminación que la norma quiere evitar*” [énfasis añadido] (FJ 3).

En cuanto a la vulneración de derechos fundamentales el trabajador argumenta que, ante la petición formulada sobre derecho de conciliación en la vertiente de adaptación horaria para cuidado de los hijos menores, la empresa limita, obstaculiza y se resiste al derecho del trabajador. Entiende que existen indicios de la violación del derecho a no ser discriminado (art. 2, Ley 15/2022, de 12 de julio, art. 14 CE y art. 17.1 ET), a la protección de la familia y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En relación con esta última, sostiene que, ante su petición, la empresa primero guarda silencio y luego da una “respuesta ridícula”, con el propósito de evitar un acuerdo y abocar de nuevo al trabajador a un proceso judicial para hacer valer sus derechos, con el coste que ello supone (salud, tiempo y dinero), lo cual implica la vulneración de la garantía de indemnidad (represalia de la empresa ante el legítimo ejercicio del derecho del trabajador). Finalmente, solicita una indemnización que recoja el daño moral y económico derivado de la alegada vulneración. Por su parte, la empresa apela a lo establecido por la jueza de instancia, que entiende que no se ha producido vulneración de derechos fundamentales, al tratarse de una discrepancia en el proceso negociador que impone el art. 34.8 ET.

De manera análoga a la sentencia de instancia, la Sala no considera que se haya vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, al no haber indicios suficientes para ello. Ahora bien, su pronunciamiento difiere del de primera instancia en lo que a la garantía de indemnidad se refiere. Esta garantía emana del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, en el ámbito de las relaciones laborales, se traduce en la prohibición de adoptar medidas de represalia derivada del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. Siguiendo la doctrina constitucional, la garantía de indemnidad se entiende lesionada tanto si se acredita una reacción o una represalia frente al ejercicio previo del derecho, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva. Si se aprecian indicios fundados, se invierte la carga de la prueba.

En este caso, los antecedentes judiciales constituyen un sólido y fundado indicio de que la empresa vulneró el derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva como represalia por el ejercicio previo de acciones judiciales en defensa de sus intereses laborales (FJ 4). La reacción de la empresa a la solicitud realizada por el trabajador el 10 de junio de 2022, que acabó convirtiéndose en propuesta inamovible en el proceso de negociación, suponía para el demandante el constante ir y venir de casa a la oficina y de la oficina a casa, imposibilitando la conciliación y el trabajo mismo. No sólo negaba el derecho a conciliar, sino que generaba la imposibilidad real de trabajar de manera continuada y efectiva, repercutiendo también en la organización empresarial y en la

productividad, necesidades alegadas por la propia empresa como razón objetiva para denegar la propuesta del trabajador.

Por lo tanto, no sólo queda demostrado que no existía tal necesidad organizativa y/o productiva para denegar la solicitud, sino que la empresa no tenía causa objetiva, justificada ni proporcionada para actuar de ese modo, poniéndose de manifiesto “la burla de un derecho del alcance del derecho a conciliar vida laboral y familiar [...] sobradamente conocidos por la empresa que contaba ya en su haber con una sentencia anterior y reciente que versaba sobre el mismo derecho” (FJ 4). No se trata de una colisión de intereses legítimos empresa/trabajador en un proceso de negociación regulado por ley, sino de la “tendenciosa denegación de un derecho, que tiene implicaciones mayores por la repercusión laboral y familiar que ello supone, que se muestra como reacción resentida de la empresa hacia un trabajador que antes hubo de solicitar la tutela judicial de sus derechos [...] en lo que se muestra como reacción empresarial adversa y continuada en el tiempo” (FJ 4). Como consecuencia, se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad y se condena a la demandada al pago de una indemnización por daño moral por valor de 10.000€ (siguiendo los criterios establecidos recientemente por el Tribunal Supremo).

Conviene apuntar que, con la entrada en vigor del RDL 5/2023, de 28 de junio, se introdujeron modificaciones relevantes en el art. 34.8 ET, en lo que al proceso de negociación se refiere. El referido precepto ahora recoge expresamente que estas negociaciones se deben celebrar con la máxima celeridad y durante un periodo máximo de 15 días (antes eran 30 días), presumiéndose la concesión de la adaptación de la jornada si no concurre oposición motivada en este plazo. Asimismo, esta norma modificó el art. 4.2 ET (pero no el art. 17.1 ET), donde se establece el derecho de las personas trabajadoras a la igualdad y no discriminación, incluyendo entre las causas de discriminación “el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. Estas modificaciones podrían haber determinado, en el asunto que se ha comentado, un pronunciamiento diferente, aunque similar, al poder entrar a valorar la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación (art. 4.2. ET), si bien las consecuencias habrían sido prácticamente las mismas: reconocimiento de la vulneración de DDFF y su consecuente indemnización por daño moral.

6.5. La excedencia por cuidado de hijo y el derecho al reingreso en la empresa: la STS 312/2023, de 26 de abril de 2023 (Rec. 292/2020)

La presente sentencia está dotada de gran relevancia ya que en ella se dirime la interpretación y aplicación del derecho al reingreso en la empresa con posterioridad al disfrute del derecho a excedencia por cuidado de hijo a cargo derivado de la interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina.

El trabajador recurrente prestaba servicios para una entidad bancaria con un contrato indefinido y a jornada completa. El 26 de julio de 2013 se le concede una excedencia voluntaria de seis meses de duración, finalizando el 28 de febrero de 2014. Posteriormente, el día 3 de marzo de 2014 el trabajador solicitó a la empresa una segunda excedencia por cuidado de hijo nacido en ese mismo año, cuyo periodo de disfrute data del 3 de marzo de 2014 al 27 de febrero de 2017. Es de notoria relevancia indicar que la fecha de reingreso estaba delimitada al 28 de febrero de 2017. No obstante, el trabajador solicitó su reincorporación con antelación a la fecha indicada anteriormente, mediante correo electrónico de fecha 10 de junio de 2016, señalando su reincorporación el 1 de agosto. Sin embargo, la empresa contesta al trabajador con la negativa a su solicitud de reincorporación. A lo cual, el trabajador insta la correspondiente demanda ante el JS Granada por despido nulo.

Empero, el JS en su resolución considera que la acción de impugnación del despido ha caducado, la cual fue posteriormente recurrida ante el TSJ de Andalucía, Granada, no apreciando en su sentencia la caducidad de la acción, sino la inadecuación del procedimiento. Por lo cual, el trabajador se ve abocado a solicitar *ad cautelam*, el 23 de febrero de 2017, la reincorporación tras la excedencia por cuidado de hijo por el plazo inicialmente concedido por la empresa, denegando esta su reingreso. En consecuencia, el trabajador inicia el procedimiento de invocación de tal derecho, junto con una reclamación de cantidad. No obstante, el presente análisis se centrará en el derecho a la excedencia por cuidado de hijo y el correspondiente derecho al reingreso, dejando a un lado el procedimiento de reclamación de cantidad. El cual deriva en un recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS, debiendo este determinar si el trabajador tiene derecho al reingreso pasado el primer año de disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijo, estando este condicionado a la existencia de una vacante del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

El art. 46 ET en su apartado tercero consagra el derecho a la excedencia por cuidado de hijo, siendo su duración máxima de tres años. Durante el primer año la persona trabajadora solicitante tendrá aparejado el derecho al reingreso en su puesto de trabajo habitual, mientras que en los dos siguientes, dicho derecho se verá delimitado a un

puesto de trabajo del mismo grupo profesional o de una categoría equivalente. De manera que, se debe de establecer si el derecho de reingreso durante el primer año de disfrute de la excedencia por cuidado de hijo es incondicionado a la existencia de vacantes en el mismo grupo profesional o equivalente, cuya cuestión ya fue resuelta con carácter positivo en las sentencias del Alto Tribunal de 21 de febrero de 2013⁵⁷ y de 23 de septiembre de 2013⁵⁸. Junto con la interpretación de estas resoluciones el tribunal se ve abocado a traer a colación la STC 26/2011, de 14 de marzo, la cual sostiene que las medidas de conciliación familiar han de aplicarse en relación con el mandato constitucional “tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia”, debiendo prevalecer y servir de orientación ante cualquier duda interpretativa en relación a la aplicación de cualquier medida relacionada con la conciliación profesional y familiar.

El TS procede a casar la sentencia del TSJ de Andalucía junto con la sentencia del mismo TSJ de Andalucía, Málaga, de 29 de octubre de 2015 (rec. 1190/2015), que junto con las sentencias del Alto Tribunal de 21 de febrero de 2013 y de 23 de septiembre de 2013, concluye que el derecho al reingreso contenido el art. 46.3 ET ha de aplicarse de manera incondicional, tanto a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año, como a un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría profesional durante el segundo y tercer año. Además de añadir, que dicho derecho incondicional opera, aunque no haya vacantes en la empresa. De lo cual extraemos que la decisión más acertada para los empleadores en estos supuestos es la formalización de un contrato de sustitución para suplir a las personas trabajadoras en excedencia por cuidado de hijos, ya que estas tienen el derecho de reingreso incondicionado. En caso contrario, se vería abocada a crear un nuevo puesto de trabajo, bien para ingresar a la persona trabajadora en

⁵⁷ “En conclusión, si como ya hemos señalado, la excedencia por cuidado de hijo garantiza al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo en la empresa, no nos encontramos ante un derecho potencial o expectante que depende de la existencia de vacantes en la empresa, sino ante un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa, al tener ésta la obligación de reservarle (conservarle) su puesto de trabajo durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente si la excedencia se prolonga transcurrido el año, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, ya que el puesto de trabajo del excedente, en los términos ya indicados ha de existir por imperativo legal”. STS de 21 de febrero de 2013, Rec. 740/2012, fundamento de derecho 2º.

⁵⁸ “A juicio de la Sala, existe pues siempre reserva del puesto de trabajo, y en su consecuencia, por imperativo legal, la empresa está obligado a reservarlo, si bien durante el primer año la reserva es del mismo puesto de trabajo que el trabajador venía desempeñando, y una vez superado el primer año, la reserva queda referida un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, lo que, evidentemente, implica, que siendo incondicionado el reingreso en los dos casos, es decir, de manera automática, sin supeditación a la existencia de vacante”. STS de 23 de septiembre de 2013, Rec. 2043/2012. ECLI:ES:TS:2013:5405.

situación de excedencia a su reingreso, o bien para proceder a duplicar un mismo puesto y que la nueva persona trabajadora no contratada con un contrato de sustitución no se vea perjudicada ante el reingreso de la persona en situación de excedencia por cuidado de hijo.

Por el otro lado, y con relación a la negativa de la empresa al reingreso, únicamente esta negativa puede calificarse como despido cuando se pueda establecer dicha manifestación como la voluntad extintiva inequívoca de la relación laboral con la persona trabajadora en situación de excedencia por hijo y su invocación del correspondiente derecho al reingreso. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el empleador proceda únicamente a indicar su negativa de reingreso, esta no es suficiente para considerar que se da tal voluntad extintiva. En consecuencia, en el primer supuesto, el procedimiento adecuado sería la impugnación del despido, mientras que, en el segundo supuesto sería la incoación de la acción declarativa del derecho al reingreso.

En consecuencia, el TS procede a estimar parcialmente el recurso e indicar que el trabajador tiene derecho al reingreso en el su mismo grupo profesional o categoría equivalente, condenando a la empleadora a la inmediata reincorporación del trabajador. Sin embargo, desestima que la negativa del reingreso del trabajador conlleve el despido de este.

6.6. Reflexiones sobre el cambio del artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores

Uno de los temas más polémicos del Derecho del Trabajo actualmente es el relativo al tiempo del trabajo. Este tema, especialmente durante y después de la pandemia, fue uno de los que ganó la mayor dimensión, pues el uso cada vez más intenso de la tecnología de la comunicación e información, resultó en una desorganización del tiempo del trabajo, diseñado por la era fordista de producción que había uniformado formalmente las horas de trabajo debido a la producción estandarizada de los productos. Desde ahí que la rigidez del sistema binario que se instituyó señalando el tiempo de trabajo y el tiempo libre se ha desarticulado completamente, en una verdadera mezcla del tiempo libre y laboral ante de la economía "24/7/365" (veinticuatro horas al día, siete días a la semana y trescientos sesenta y cinco días al año).

Según el Convenio nº 01 OIT (1919) las horas de trabajo designan el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador. Quedaron excluidos los períodos de descanso u otros periodos en que el trabajador no esté realizando una actividad o servicio en concreto en beneficio del empleador, esto es, se proponía que la duración que el personal (trabajador) esté a disposición del empleador no puede ser superior al tiempo allí determinado (art. 3 del Convenio).

El tiempo del trabajo y su duración es una de las preocupaciones más antiguas de la OIT que en el primer convenio que ha publicado, llamaba la atención para el hecho de que trabajar demasiadas horas se convertía en un peligro para la salud física y psíquica del trabajador y de su familia. Esto explica por qué el convenio nº 1 se preocupa con la cantidad de las horas de trabajo y no directamente, con otros temas que están relacionados a ello, como las horas en que el trabajador no ejecuta sus tareas, pero cobra del empleador como si estuviera trabajando. El desarrollo del tema hace con que la preocupación se extienda sobre las horas de intervalo, de descanso y periodo de ausencia cobrados sin la prestación en concreto del trabajo. Ello conduce a la necesaria comprensión acerca de la actividad productiva contemporánea, en armonía con el compromiso de las empresas (públicas y privadas), dar cumplimiento a los derechos fundamentales según los principios rectores sobre las empresas y derechos humanos⁵⁹ y la diligencia debida⁶⁰.

La organización del trabajo, impactada por la globalización y la tecnología, conlleva el tema del tiempo de trabajo desde la perspectiva de la calidad de vida del trabajador y el imprescindible equilibrio entre su vida personal y laboral. Así que se reconocen las modalidades modernas y flexibles del tiempo de trabajo, animando a las empresas y los gobiernos a buscar medidas que permitan “adecuar las horas de trabajo según las necesidades familiares del trabajador, sin afectar negativamente a las empresas (...).

⁵⁹ “Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de: a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeña funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento (...) El deber de protección del Estado es una norma de conducta. Por consiguiente, los Estados no son en sí mismos responsables de las violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes privados. Sin embargo, los Estados pueden estar incumpliendo sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando se les puedan atribuir esas violaciones o cuando no adopten las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados”. Naciones Unidas, “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, 2011, p. 3.

⁶⁰ “La diligencia debida se ha convertido en los últimos años en la piedra angular del marco jurídico internacional en construcción para la regulación del comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos. Y, por tanto, en uno de los componentes nucleares del nuevo Derecho Transnacional del Trabajo. Su lanzamiento en 2011 por los Principios Rectores de las Naciones Unidas, inicialmente como una expresión de una aspiración o expectativa de la comunidad internacional más que como una obligación jurídica, responde a una doble convicción (...) la de que la mejor - o quizá la única - manera de promover la vigencia de los esos derechos en el espacio económico global es recabando el compromiso de las propias empresas (...) Pero también de que esta es una tarea que no puede e abandonada a la sola iniciativa y voluntad de aquellas, sino que requiere de instrumentos que la ordenen y encaucen (...) supone la ratificación de la estrategia de utilización del poder privado como herramienta de tutela, originalmente impulsada en relación con los derechos laborales y su proyección al espacio de los derechos humanos en general” (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, La construcción de un Nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las Cadenas Globales de Valor, Aranzadi, España, p. 70, en *Diligencia Debida y Trabajo Decente en las Cadenas Globales de Valor*, Directores Wilfredo Sanguinetti Raymond y Juan Bautista Vivero Serrano).

Los acuerdos del tiempo de trabajo para facilitar la conjugación del trabajo con los compromisos familiares se pueden lograr a través de múltiples y diferentes medios complementarios. Estas medidas incluyen una variedad de políticas, desde una reducción colectiva de las horas de trabajo, el trabajo a tiempo parcial, e incluso un derecho individual de reducir o adaptar el tiempo de trabajo por motivos familiares⁶¹.

Es en este contexto que el artículo 37.3.b) ET disciplina las reglas sobre descanso semanal, fiestas y permisos. En él se prevé que es un derecho del trabajador, entre otras situaciones, ausentarse del trabajo, conservando el derecho a remuneración, por cinco días cuando algún familiar suyo se accidente o enferme gravemente, se someta a hospitalización o a una intervención quirúrgica sin hospitalización pero que precise reposo domiciliario. El legislador ha ampliado los días y el rol de las personas sujetas al cuidado del trabajador, extendiendo el permiso cuando se trate de “cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”.

La actualización fue publicada en 29/06/2023 y, además de la discusión de si el cambio legislativo ha cumplido o no íntegramente la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores⁶², es cierto que representa un importante avance en el cumplimiento de las orientaciones de la OIT sobre las cinco dimensiones del trabajo decente⁶³ en relación al tiempo de trabajo, o sea, el tiempo de trabajo debe ser distribuido de modo conveniente para la familia (*family-friendly*).

El alargamiento de la norma española interpretada con el art. 34.8 ET suele garantizar el derecho a las personas trabajadoras de solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida laboral y familiar⁶⁴. De hecho, el trabajo con el uso de la tecnología de la

⁶¹ OIT, “Tiempo de Trabajo Decente: el equilibrio entre las necesidades del trabajador con las exigencias de los negocios”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, p. 12.

⁶² La Directiva establece como derechos mínimos: el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores, fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores, y protección jurídica para quienes soliciten o hagan uso del permiso por motivos familiares y de las fórmulas de trabajo flexible.

⁶³ Las cinco dimensiones son: “la distribución del tiempo de trabajo debe promover la salud y la seguridad; ser conveniente para la familia (*family-friendly*); promover la igualdad de género; aumentar la productividad y la competitividad de las empresas; y facilitar la elección y la influencia del trabajador en sus horas de trabajo” (OIT: Tiempo de Trabajo Decente *opus cit.*, p. 2).

⁶⁴ Hay dos casos en derecho comparado de sentencias dictadas por el Tribunal Superior del Trabajo (TST) de Brasil que considero interesante mencionar. El primero ha servido como importante precedente en la demanda en que se reconoció el derecho a la madre de un nicho de 6

comunicación e información, especialmente el teletrabajo, es un importante instrumento para viabilizar el cumplimiento de ese objetivo, pues podrá permitir al trabajador adaptar las hora de trabajo a sus necesidades, lo que también, es cierto, que puede ser beneficioso al empleador que en situaciones de enfermedades del trabajador o algún familiar suyo, por ejemplo, puede acordar con el trabajador la flexibilidad del tiempo ejecutado a la distancia, situación esa que puede atender a los dos intereses sin prejuicios a nadie.

Se puede concluir que las políticas a nivel nacional, sectorial y/o empresarial, si bien aplicadas e interpretadas conforme el programa del tiempo de trabajo deciente, seguramente serán un importante instrumento para alcanzar la satisfacción de los intereses económicos y sociales, cumpliendo con los objetivos para el trabajo sostenible y el desarrollo económico deseado.

VII. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES ⁶⁵

7.1. Introducción

El interés en la siniestralidad laboral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales es dual. En primer lugar, se persigue la anticipación a la materialización del riesgo como el método más adecuado para lograr el objetivo fundamental de proteger la salud y la integridad física de los trabajadores. En este sentido, se establece el marco normativo preventivo contenido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En segundo término, cuando se produce una infracción de los deberes preventivos por parte de los sujetos involucrados y el riesgo se concreta en daños a la salud del trabajador, se activa un sistema de reparación, compensación y sanción.

años portador de síndrome de down que necesitaba de reducción de la jornada laboral para acompañar el hijo en los tratamientos que hacen falta a su desarrollo físico y mental. Aquí se discutía el contenido de la adaptación razonable del tiempo del trabajo y la necesaria conciliación de la vida privada y laboral (TST: PROCESSO N° TST-RR-11204-62.2017.5.15.0144, Relator: Juez Alexandre Agra Belmonte, en 2/12/2020. En la otra decisión, proferida en procedimiento administrativo, el Tribunal Superior se ha manifestado sobre la situación de la trabajadora del Tribunal Regional de Bahia que tenía una condición especial de trabajo por ser la responsable por acompañar el tratamiento de su hijo pequeño que sufre de autismo en alto grado. La trabajadora tenía la autorización para el teletrabajo integral y la presidencia del Tribunal Laboral a que pertenece ha cambiado de manera anticipada y sin autorización médica, las condiciones de trabajo para que volviese al sistema híbrido (3 veces a la semana presencial y dos veces teletrabajo). La decisión iba en contra las determinaciones médicas y antes del periodo previsto para la revisión del niño. El Tribunal ha decidido mantener las condiciones especiales del teletrabajo por ser la trabajadora imprescindible al soporte familiar y considerando la inalterabilidad de la situación clínica del niño (TST: PROCESSO N° CSJT-PCA - 2702-83.2023.5.90.0000, em 24/11/2023, Juez Relator, Cláudio Mascarenhas Brandao).

⁶⁵ Han colaborado en la redacción de este apartado: Cristina GONZÁLEZ VIDALES (coordinadora), Marta NAVAS-PAREJO ALONSO y Daniel REDONDO TORRES.

La ausencia o deficiencia en materia preventiva tiene su reflejo en los accidentes y las enfermedades profesionales. Durante este 2023, según los avances de la Estadística de Accidentes de Trabajo facilitados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, hasta septiembre hubo 405.724 accidentes totales con baja en jornada, lo que supone unos 9.530 menos con respecto al mismo periodo del año pasado, situándose la variación en el -2,3%. El reparto de estos en virtud de la gravedad de los mismos han sido 2.779 accidentes graves y 431 accidentes fueron mortales, 98 accidentes graves y 83 accidentes mortales menos respectivamente. La desagregación por sexo de los datos revela que el 71% de los accidentes en jornada con baja afectaron a varones, mientras que el 29% los sufrieron las mujeres. Por su parte, en cuanto a los accidentes mortales en jornada se distribuyeron del siguiente modo, 405 fallecidos fueron varones y 26 mujeres, disminuyendo con relación al año anterior unos 82 y 1 respectivamente.

Por otra parte, ha sido un año negro en lo que se refiere a los accidentes *in itinere*, estos han experimentado una variación al alza en relación con el mismo periodo del año anterior del 8,8%. En valores absolutos, los accidentes de este tipo han ascendido a 62.351 (5.018 más), de los cuales 693 fueron graves (aumentaron en 26) y 93 mortales (16 menos que en 2022). En atención al sexo, el 54% de los accidentes *in itinere* con baja afectaron a mujeres y el 46% restante afectó a varones, mientras que los mortales se distribuyeron en 76 casos en varones y 17 en mujeres⁶⁶.

Por cuanto hace a las enfermedades profesionales, la estadística del Observatorio de las contingencias profesionales de la Seguridad Social indica que, hasta la fecha, el total de partes comunicados asciende a 23.486, de los cuales 13.297 han sido sin baja, mientras que 10.189 han sido con baja. En cuanto al reparto en función del agente que las desencadena, el grueso se concentra en las producidas por agentes físicos —Grupo 2— y dentro de este, el agente D —Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo: enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas—, cuyo subgrupo alberga a 3.117 enfermedades profesionales comunicadas con baja⁶⁷.

Bajo este contexto, las líneas que prosiguen ahondan en aquellos aspectos que durante el año 2023 han suscitado mayor litigiosidad, iniciando con la jurisprudencia relativa a las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo; siguiendo la relativa a la acumulación del crédito horario de los Delegados de Prevención, la protección de la seguridad y salud en el ámbito de las nuevas formas de trabajo y el

⁶⁶ Datos disponibles en https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/EAT/welcome.htm#.

⁶⁷ Datos disponibles en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST231/2082/EST238/3727>.

recargo de prestaciones. Finalmente, se cerrará el apartado con el análisis de las novedades normativas en materia de seguridad y salud laboral y una breve mención a las notas técnicas de prevención más significativas en la materia.

7.2. Enfermedad profesional

La enfermedad profesional se define según el artículo 157 LGSS como aquella que resulta “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”. Este concepto se complementa con el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro. En consecuencia, para que una enfermedad sea reconocida como profesional, se deben cumplir ciertos requisitos: el trabajo debe realizarse por cuenta ajena, la profesión debe estar incluida en el cuadro establecido por el RD 1299/2006, y los elementos o sustancias causantes de los daños deben coincidir con los especificados en dicho decreto.

Durante este año los pronunciamientos han sido abundantes, analizándose, por todos, la STS 731/2023 de 10 octubre (Rec. 1037/2021), en la cual el TS ha tenido que resolver si la visión monocular debe calificarse como constitutiva de incapacidad permanente total para la profesión habitual, aun cuando, como recoge la jurisprudencia de la Sala IV, se niega “la existencia de contenido casacional cuando lo que se discute es únicamente la calificación del grado de incapacidad permanente que merecen las dolencias que padece el trabajador” (FD 2).

En este supuesto, no obstante, hay una total y absoluta coincidencia entre las profesiones y las lesiones que permite, a su vez, la existencia de contradicción y contenido casacional. La sentencia recurrida, pese a valorar que la profesión del trabajador no requiere de una agudeza visual especial y calificar su situación de incapacidad permanente parcial (FD 4), resuelve atendiendo a otros factores de riesgo aparejados al desarrollo de la profesión que podrían repercutir no solo en el propio trabajador, sino también en los compañeros, “ya sea por la utilización de maquinaria potencialmente peligrosa que requiera de una adecuada visión binocular, ya fuere porque lo exijan las condiciones, circunstancias o lugares donde deben realizar las

tareas propias del oficio, o incluso, en su caso, por el cumplimiento de los requisitos normativos de naturaleza administrativa que condicionan el ejercicio de determinadas profesiones a unos ciertos niveles de agudeza visual”. A ello se une la necesidad de disponer de una agudeza visual de 3 o 4 para utilizar maquinarias y equipos de trabajo y herramientas cortantes, punzantes o perforantes, según la Guía de Valoración Profesional de Incapacidades del INSS y por la peligrosidad de sufrir daños en el ojo sano, para que el TS estime el recurso y declare al trabajador en situación de IP total.

7.3. Accidente de trabajo

Conforme al artículo 156.1 LGSS, se considera accidente de trabajo toda lesión corporal sufrida por el trabajador en relación con su empleo asalariado. Además, el apartado 2 del mismo artículo amplía la consideración de accidente de trabajo a otros casos específicos. Se establece la presunción de accidente de trabajo para los daños ocurridos durante el tiempo y en el lugar de trabajo, salvo prueba en contrario (art. 156.3 LGSS). A pesar de estas disposiciones normativas, la interpretación de los accidentes de trabajo sigue siendo ambigua, lo que se refleja en la elevada litigiosidad y la complejidad jurisprudencial para determinar si un incidente se clasifica como accidente laboral o no.

En la STS 278/2023, de 18 abril (Rec. 3119/2020), el Alto Tribunal matiza su doctrina sobre “ocasionalidad relevante”. En este caso, una trabajadora en misión para un seminario formativo, sufre un accidente al resbalar y caer en la ducha del hotel donde se aloja. La Mutua en un primer momento califica el accidente de trabajo. Sin embargo, la empresa recurre dicha calificación y la sentencia de instancia confirma la resolución del INSS y el origen profesional de la incapacidad temporal, al igual que el recurso de suplicación, por ello la Mutua interpone recurso de casación.

En primer lugar, el TS recuerda que el accidente en misión involucra dos elementos esenciales, por un lado, el desplazamiento, similar a la protección del accidente *in itinere*: de otro, la ejecución del trabajo correspondiente a la misión sujeta al régimen general del art. 156 LGSS y a la presunción de laboralidad. Sin embargo, subraya que “no todo lo que ocurre durante la misión se considera actividad laboral ni tiene conexión con el trabajo” (FD 3, C y E). Al tiempo, no todo el desarrollo de la misión está amparado por la presunción de laboralidad y no toda lesión durante la misma se clasifica como un accidente laboral (FD 2 y 3).

Por ello, habrán de examinarse las reglas sobre determinación del carácter laboral del accidente, debiendo existir una conexión, directa o indirecta, entre el trabajo realizado y el accidente, es decir el suceso deberá haber acaecido con ocasión o por consecuencia del trabajo realizado. De tal modo que, solo cuando se establezca la conexión directa y

necesaria entre el accidente y el trabajo (ocasionalidad relevante) podrá calificarse la contingencia como profesional.

El Alto Tribunal recalca que corresponde acreditar la ocasionalidad relevante a la parte que sostiene la laboralidad del accidente (FD 3). En este caso no se acredita la existencia de “instalaciones deficientes o en mal estado (suelo deslizante, ausencia de iluminación adecuada, etc.)”, ni “datos fácticos relacionados con la misión de la trabajadora que pudieran indicar que estaba afectada por alguna circunstancia (cambio sobrevenido de horarios, escaso tiempo disponible para el descanso, etc.)”, que pudieran explicar las prisas en el aseo y, por ello, dieran lugar al accidente.

En consecuencia, el TS estima el recurso y concluye que la caída sufrida por la trabajadora mientras se duchaba durante un desplazamiento en misión no constituye un accidente laboral, ya que en aplicación de la doctrina sobre "ocasionalidad relevante" no existen datos adicionales que permita dicha calificación. Así mismo, el tribunal manifiesta que no puede generalizarse a todos los casos similares, ya que es necesario considerar las múltiples circunstancias específicas de cada situación, especialmente la falta de una conexión especial entre el desplazamiento laboral y el accidente (FD 4).

En la STS 476/2023, de 4 julio (Rec. 3749/2020), se dirime si tiene la consideración de accidente de trabajo o no el atropello sufrido por un trabajador al cruzar una vía con doble carril en ambos sentidos —por un lugar no habilitado— para coger su coche tras terminar su jornada laboral.

En este supuesto, el TS examina si de la conducta del trabajador se deriva dolo o imprudencia temeraria, ya que como prevé el art. 156.4.b) LGSS, de existir, no podría considerarse accidente de trabajo. Así, el Tribunal explica, según se recoge en la jurisprudencia de la Sala IV, la distinción de la imprudencia temeraria en el orden social y penal, siendo más intensa en el ámbito penal pues los “bienes protegidos en uno y otro son distintos” (FD 3.2). Además, en el caso de infracciones de tráfico, por si solas, no bastan para apreciar una conducta imprudente calificada de temeraria. Para que la conducta tenga la calificación de temeraria el autor debe de asumir “los riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves ajenos al usual comportamiento de las personas; en otras palabras, puede concebirse como el patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible” (FD 3.2).

En base a la anterior definición y el hecho causante, el TS concluye que de la acción que llevó al accidente no se aprecia que el trabajador haya observado la “más elemental diligencia, prudencia y cautela, asumiendo un riesgo evidente e innecesario de puesta en peligro de su vida, que llega a materializarse en un accidente”. En consecuencia, el fallo estima el recurso para la unificación de doctrina y califica como no laboral el accidente de trabajo.

7.4. Protección de la seguridad y salud en el ámbito de las nuevas formas de trabajo. Especial mención del trabajo a distancia y el teletrabajo

Siguiendo la tónica del año anterior, corresponde realizar una referencia a aquellas resoluciones judiciales relacionadas con las “nuevas formas de trabajo”, que de nuevas ya tienen poco. En este sentido, a continuación, se recogen algunos pronunciamientos relacionados con la protección de la salud de las personas que trabajan a distancia o teletrabajan.

La primera de las resoluciones que conviene examinar es la STSJ Castilla la Mancha 1616/2023, de 23 de junio (Rec. 1012/2022). Esta no examina aspectos relacionados con la prevención frente a los riesgos en el trabajo, sino cuestiones relacionadas con la reparación de estos. Específicamente, se enfoca en la consideración o no de un accidente sucedido en el domicilio de la persona que trabaja a distancia como laboral o no laboral. El accidente examinado en la sentencia sucede a una persona adscrita a una prestación de servicios a distancia, mientras acudía a la cocina del domicilio a por un vaso de agua. El incidente sucedido, que se detalla, es una caída que provoca una torcedura de tobillo, se presenta en tiempo de trabajo, durante el horario convenido para la prestación de servicios a distancia. La trabajadora acude a urgencias donde se emite parte de baja donde consta que se trata de una contingencia no laboral. A los pocos días la persona trabajadora acude a la mutua por dolores relacionados con la torcedura, la mutua reafirma la consideración de la contingencia. Finalmente, la trabajadora acude a la Dirección Provincial del INSS donde se considera que lo acontecido no tiene encaje en el art. 156 LGSS. Acudiendo a la jurisdicción social en primera instancia para la reconsideración de la contingencia como profesional, se pronuncia el Juzgado de lo Social en este sentido. La mutua recurre la resolución al considerar que el art 156.3 LGSS se había aplicado inadecuadamente, al no quedar acreditado que el accidente sucediera en tiempo y lugar de trabajo. El TSJ resuelve pronunciándose a favor de la consideración del accidente como laboral: en primer término, por considerar que no resulta imprescindible, a efectos de la consideración de un accidente de trabajo, que éste se produzca como consecuencia directa del trabajo realizado; en segundo lugar, aludiendo a la teoría de la “ocasionalidad relevante” aprecia que el trabajo es elemento sin el que no habría acontecido el accidente, existiendo por tanto un vínculo entre el trabajo y el siniestro. Sucediendo además dicho accidente durante una pausa necesaria, para atender necesidades que las personas que trabajan presencialmente también tienen, no rompiéndose por tanto el nexo de causalidad. En un sentido muy similar se resolvió el año pasado la STSJ Extremadura de 26 de octubre de 2022, considerando

como accidente de trabajo la caída sucedida en tiempo de trabajo al regresar del baño al lugar de trabajo a distancia en el domicilio.

Una segunda resolución por analizar es la STS 3765/2023, de 19 de septiembre (Rec. 565/2023). Esta se centra en aspectos relacionados con la protección de la salud de las personas que trabajan a distancia o teletrabajan, en concreto con los descansos y pausas asociadas al trabajo, que como dispone la Directiva 2003/88, son aspectos estrechamente unidos a la salud de las personas trabajadoras. Esta sentencia reafirma lo establecido por la SAN de 14 de mayo de 2021, en relación con la consideración de las interrupciones de la prestación de servicios por problemas técnicos no imputables a la persona trabajadora, así como el tiempo que éstas necesitan para acudir al lavabo y satisfacer necesidades fisiológicas. En este sentido el tribunal considera que las personas que trabajan a distancia o teletrabajan tienen los mismos derechos que las personas que trabajan presencialmente y en este sentido, igual que sucedería presencialmente, aquellas personas que realizan su prestación a distancia, si se ven afectadas por situaciones no permiten el desarrollo de la prestación y no les resultan imputables, no tienen la obligación de recuperar el tiempo que impliquen estas situaciones. Ello además porque es la empresa la obligada a aportar medios de trabajo y encargarse de que funcionen correctamente, como consecuencia de lo previsto en el art. 7 LTAD y la propia ajenuidad en los medios asociada a las prestaciones de servicio por cuenta ajena. Por otro lado, aclara que las pausas asociadas a la atención de necesidades fisiológicas tienen una consideración particular y diferenciada del resto de descansos y pausas laborales, por lo que deben registrarse autónomamente y de manera diferenciada, cumpliendo así con la obligación prevista en el art. 34.9 ET.

En último término, conviene atender a la SAN 105/2023, de 3 de octubre (Rec. 168/2023). De esta resolución interesa examinar la obligación de aportar ciertos medios por parte de la empresa, destinados a prevenir riesgos de carácter ergonómico, como son las sillas ergonómicas. La resolución establece que la pretensión expuesta, que solicitaba la aportación, por parte de la empresa, de los equipos mencionados, atendiendo a los posibles riesgos ergonómicos que las personas que trabajan a distancia pueden padecer, no debe prosperar. Ello en primer término porque no queda acreditado que todas las personas que trabajan a distancia se vean afectados por riesgos ergonómicos que impliquen necesariamente esta dotación de medios ergonómicos. En segundo término, porque la empresa, en relación con la dotación de medios permite la solicitud de medios adicionales a los previstos en el acuerdo de trabajo a distancia o en el convenio colectivo, sometiendo la consideración de su necesidad al servicio de prevención, por lo que, en caso de requerirse, cabría su solicitud.

7.5. Recargo de prestaciones

Dentro de la disciplina de la prevención de riesgos laborales, y como una de sus medidas especiales de responsabilidad, el recargo de prestaciones ha ocupado tradicionalmente un lugar especial por las interesantes cuestiones que plantea ya sea por su particular naturaleza jurídica, ya por su funcionamiento e interpretación.

A lo largo de 2023 se han producido interesantes pronunciamientos que merece la pena señalar. Para su análisis, debe comenzar recordándose brevemente las bases principales del funcionamiento de esta especial figura, enmarcada en la LGSS como heredera de la antigua Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 -como así recuerda la STSJ País Vasco, de 28 de febrero de 2023 (Rec. 2305/2022)- y que presenta una naturaleza jurídica híbrida, entre lo sancionador y lo indemnizatorio, a pesar de que desde hace ya muchos años fuera declarada como propia de la primera de ellas. Una naturaleza que aun actualmente sigue planteando muchas dudas y ciertas dificultades de ajuste, como es el caso de la compatibilidad con algunas responsabilidades.

En todo caso, debe recordarse, como punto de partida, que el recargo de prestaciones consiste en la imposición al empresario, y exclusivamente a él, esto es, no a los trabajadores, del pago de una cuantía que oscila entre el 30 y el 50% de las prestaciones de la Seguridad Social reconocidas al trabajador que sea víctima de una contingencia profesional. Un pago que debe realizarse a la propia víctima del suceso y que no es asegurable en ningún caso y que, al menos en la teoría, se reserva para los incumplimientos preventivos de gravedad.

La especialidad de la medida justifica una abundante jurisprudencia. En concreto, y para el año 2023, pueden destacarse una serie de pronunciamientos que tratan cuestiones como las relativas a la incidencia de la conducta de la víctima del accidente o enfermedad en la determinación e imposición del recargo de prestaciones, cuestión habitualmente presente en la jurisprudencia sobre responsabilidad empresarial, supuestos de interés acerca del concepto de empresario infractor y la proporcionalidad del porcentaje del recargo con la gravedad de la falta, como así establece la STSJ Andalucía 2165/2023, de 8 de marzo (Rec. 1646/2022), la aplicación del recargo a las prestaciones de muerte y supervivencia en caso de fallecimiento de la víctima, o supuestos relativos a la aplicación de la cosa juzgada positiva.

Comenzando por las cuestiones en torno a la conducta de la víctima del accidente, hay que entender que se trata de uno de los elementos alegados de forma habitual para la ruptura del nexo causal del comportamiento empresarial con el accidente de trabajo. Debe señalarse, que la imprudencia de un trabajador, víctima de un accidente o enfermedad, solo puede romper y eliminar la responsabilidad empresarial en caso de

tratarse de una imprudencia temeraria, tal y como establece la LRJS. De manera que, siendo más leve el tipo de imprudencia desplegada por la víctima, la solución, de acuerdo con la Ley, no podrá ser la exoneración del empresario. En este punto resulta interesante la STSJ Islas Canarias 2007/2023, de 7 de julio (Rec. 526/2022), pues, señalando este aspecto, llama la atención y recuerda que el recargo de prestaciones no puede ser excluido por imprudencia profesional de la víctima, determinando en este caso la existencia del mismo al fallar principalmente la obligación de formación al trabajador, de manera que esto neutraliza cualquier tipo de imprudencia. En la misma línea argumentativa, se encuentra la STSJ Andalucía 1625/2023, de 18 de enero (Rec. 1254/2021), en este caso excluyendo el recargo por cumplirse con la obligación de formación.

Sin embargo, cabe señalar al contrario de lo anterior, la STSJ País Vasco 548/2023, de 28 de febrero (Rec. 2305/2022), que trae a colación sentencias muy anteriores, las cuales consideran posible que el empresario sea exonerado del recargo de prestaciones en casos incluso de imprudencia profesional. Esto es claramente contrario a la LRJS, por supuesto, y las sentencias que en los últimos años afirmaban esto de manera tajante son cada vez menos, pero sí es cierto que se trata de una solución que parece más adecuada que la establecida por la norma, al menos en lo que hace a los fines del recargo. Pues debe aclararse que el recargo de prestaciones no tiene una naturaleza reparadora, al menos no totalmente y no oficialmente. Ya que el TS, como así recuerda la propia sentencia autonómica, le atribuye una naturaleza punitiva y calificación de sanción -o de cuasi sanción, según la STSJ Andalucía 1625/2023, de 18 de enero (Rec. 1254/2021)-. De esta manera, el intento de salvaguarda de intereses económicos o de reparación del daño del trabajador no se cubren en realidad con el recargo de prestaciones sino con la indemnización civil. Un supuesto en que, ahí sí se está de acuerdo, la única manera de excluir la responsabilidad por la conducta de la víctima imprudente es la de tipo temerario. Y es que debe recordarse que el origen del recargo era otorgar un plus de responsabilidad al empresario incumplidor frente a aquél que, cumpliera o no la normativa preventiva, debía hacerse cargo de reparar el daño causado por el suceso, es decir, en el marco de un sistema de responsabilidad objetiva que actualmente no existe (salvo en lo relativo a las prestaciones de SS). Es cierto que es posible exonerarse del recargo de prestaciones por circunstancias diversas a la de la culpa de la víctima, como es el caso de que el incumplimiento no tenga relación causal con el accidente, supuestos fuerza mayor o caso fortuito, etc. Pero si de la víctima se habla, teóricamente lo correcto debería ser el poder quedar exonerado del recargo por una imprudencia menor, si se parte por ejemplo de un porcentaje de un 30%, algo que no sucede con la responsabilidad civil. Pues, en caso contrario, nos encontraríamos en

una situación en que la exoneración de del recargo conllevaría también la de la responsabilidad civil, pues una imprudencia temeraria también excluiría, no solo la responsabilidad civil, sino también la calificación del suceso como accidente de trabajo.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el funcionamiento del recargo, siendo teóricamente una sanción, tiene especialidades frente a la responsabilidad civil. Por ejemplo, en lo que hace al sujeto responsable, pues si en la responsabilidad civil el responsable es tradicionalmente el empresario, también puede dirigirse la responsabilidad directa o indirectamente contra otros sujetos, como es el caso de trabajadores, mandos, otras empresas, etc. En el recargo el funcionamiento es algo diverso. Por ejemplo, si el directo causante del daño es un trabajador, aunque sea mando, sin incumplimiento añadido del empleador, no habría recargo, aunque sí puede haber responsabilidad civil por hecho de otros. Esta es una cuestión cuyo motivo inicial reside en que la responsabilidad por hecho de los dependientes no opera en el recargo de prestaciones y, por tanto, sin incumplimiento o negligencia empresarial, no puede haber recargo. Pero la realidad es que, en la teoría al menos, el art. 1903.4 CC exige un mínimo de culpa del empresario para que pueda ser activada. Es precisamente el motivo por el cual una imprudencia temeraria de un trabajador que causa un accidente de trabajo a otro no activa la responsabilidad de dicho precepto. Pues, aunque en la práctica funcione casi como una responsabilidad objetiva, no lo es. En una línea similar, la mencionada STSJ País Vasco 548/2023, de 28 de febrero (Rec. 2305/2022), afirma también que “del mismo modo, la responsabilidad tampoco surge si el trabajador accidentado era, por sus especiales características y cargo, quien debía velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad inobservadas (podría tratarse de un encargado o un delegado especial), o cuando el accidente se produce por fallo de otro empleado (STSJ Asturias de 14.11.91 y STSJ Navarra de 30.07.96)”.

Por otro lado, el hecho de que el recargo sea dirigido exclusivamente al empresario no debe llevar a confundir este sujeto con el empleador de la víctima del accidente, como así establece la STSJ Andalucía 2165/2023, de 8 de marzo (Rec. 1646/2022). En efecto, el recargo también puede extenderse incluso solidariamente a casos de subcontratación o también a fabricantes de maquinarias o equipos.

Además de lo anterior, y en cuanto al funcionamiento del recargo, se han producido en 2023 también interesantes pronunciamientos en lo que hace a la cuantía del recargo de prestaciones. Cabe destacar aquí el relativo a la base de referencia para la aplicación de ese porcentaje, esto es, la prestación. Una prestación que en principio debe estar determinada para que pueda aplicarse el recargo de prestaciones pero que, de acuerdo con la LGSS, puede ir modificándose con el tiempo. Y no se habla aquí de las situaciones de variación de la evaluación del tipo de incapacidad que sufra el trabajador

en cada situación, sino incluso de aquellas situaciones en que se produce el fallecimiento de la víctima. Una de estas situaciones fue la contemplada por la STS 741/2023, de 11 de octubre (Rec. 1719/2021), en que se reclama la aplicación del porcentaje del recargo, más de 10 años después del accidente, a la pensión de viudedad de la esposa del trabajador fallecido años después. Dicho trabajador había sufrido un accidente de trabajo en el año 2003 al caer desde una altura de 10 metros con resultado de una Incapacidad Permanente Absoluta derivada de accidente de trabajo y un recargo de prestaciones de un 40%.

En el año 2018, el trabajador fallece por un “ictus hemorrágico del tronco encefálico” y el Equipo de Valoración de Incapacidades propuso al INSS que el fallecimiento no derivaba del accidente de trabajo. No obstante, la viuda de la víctima sostuvo que no procedía realizar dicho análisis. Esto es, sosteniéndose que no es necesario entrara siquiera a discernir si dicho fallecimiento se había producido por causas ajenas a la contingencia profesional, dado que el art. 217.2 LGSS establece una presunción *iuris et de iure* que determina la causalidad entre ambos sucesos y, por tanto, el que el recargo deba aplicarse en función de dicha pensión. De esta manera, en los casos de recargo de prestaciones en supuestos de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, la imposición del recargo se traslada a las prestaciones de muerte y supervivencia, como es el caso de la viudedad, dado que, “en consecuencia, y tal como establece el párrafo primer del art. 217.2 LGSS, se presume que, a los efectos de las prestaciones de muerte y supervivencia, se reputan de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo quienes tuvieran reconocida por tal contingencia una incapacidad permanente absoluta. Y, de conformidad, con el párrafo segundo del artículo 217.2 LGSS, solo si no se da el supuesto anterior, es cuando hay que probar que la muerte ha sido debida a accidente de trabajo. De donde se infiere, con toda claridad, que no habrá que probar que la muerte ha sido debida a accidente de trabajo si el fallecido tenía reconocida por esa contingencia de accidente de trabajo una incapacidad permanente absoluta. Se trata, como dijera la STS 9 de junio de 2015 (Rec. 36/2014), de una presunción *iure et de iure*”.

Debe finalizarse con una cuestión esencial que continúa planteando problemas, para los cuales los tribunales tienen desde hace unos años una línea sostenida. Se trata del supuesto de la aplicación de la cosa juzgada. Se ha dicho anteriormente la cercana relación que tiene el funcionamiento de la responsabilidad civil indemnizatoria por daños frente al recargo de prestaciones. En estas situaciones, los hechos sucedidos y los incumplimientos cometidos son los mismos, pero podría darse el caso en que una demanda por responsabilidad civil tuviera como resultado una sentencia firme de exoneración de responsabilidad, pero apreciarse la existencia de recargo de

prestaciones. Esta situación genera una relevante disfunción del sistema de manera que la jurisprudencia desde hace unos años insiste en el efecto de cosa juzgada positiva de las sentencias de responsabilidad civil sobre las de recargo de prestaciones y viceversa, esencialmente en lo referido al nexo de causalidad entre el incumplimiento empresarial y el accidente, como fue el caso de las SSTS 15 de diciembre de 2017 (Rec. 4025/2016) y 14 de febrero de 2018 (Rec. 205/2016).

Pues bien, en el 2023, debe mencionarse como relevante la STS 26 de abril (Rec. 1865/2020), que trataba el supuesto de un trabajador con funciones de tubero, en lugares cerrados donde se levantaba polvo de amianto, produciéndose como resultado una sentencia de imposición de recargo de prestaciones y, posteriormente, exoneración de responsabilidad civil empresarial. De acuerdo con el TS, es cierto que se pueden tener en cuenta distintas consideraciones, pero estas podrán afectar a la cuantía de la indemnización, pero no desconocer el efecto de cosa juzgada, de manera que no se podrá determinar la ruptura del nexo causal.

7.6. Prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas

Cabe hacer una mención especial al RDL 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas, el cual, aunque no trajo muchas novedades en materia preventiva si su puso un revuelo mediático.

Este RDL, en vigor desde el 13 de mayo, introdujo novedades en materia de prevención de riesgos laborales, que afectan no solo a las “elevadas temperaturas”, sino también a las “condiciones ambientales en el trabajo al aire libre”. Ahora bien, las modificaciones no son tan novedosas como pudiera parecer, ya que anteriormente existía legislación previa en la materia que contemplaban medidas preventivas en situaciones similares.

Por otro lado, aunque se justifica la modificación debido a las altas temperaturas registradas durante el verano de 2022 y los riesgos para la salud de los trabajadores, se señala una cierta incoherencia en la normativa, ya que las modificaciones van más allá de las altas temperaturas y afectan a otras condiciones ambientales al introducir la DA única en el RD 486/1997, la cual establece medidas para proteger a los trabajadores ante fenómenos meteorológicos adversos.

En cuanto al contenido de la DA única, cabe destacar los siguientes puntos:

a) **Ámbito de aplicación:** se aplica tanto al trabajo al aire libre y en lugares que por su actividad no puedan cerrarse, como a los incluidos en el art. 1.2 del RD 486/1997 que mayoritariamente se refieren a trabajos como agricultura, construcción y pesca.

b) **Medidas preventivas:** deben tomarse medidas para proteger a los trabajadores de riesgos relacionados con fenómenos meteorológicos adversos, incluyendo temperaturas extremas. Estas medidas se derivarán de la evaluación de riesgos laborales, teniendo en cuenta la tarea, las características personales y el estado biológico del trabajador.

c) **Prohibición de tareas:** en caso de condiciones adversas, las medidas preventivas pueden incluir la prohibición de realizar ciertas tareas durante las horas del día en que se produzcan fenómenos meteorológicos adversos, si no se puede garantizar la debida protección del trabajador de otra manera.

d) **Adaptación de condiciones de trabajo:** cuando se emita un aviso de fenómenos meteorológicos adversos de nivel naranja o rojo, y las medidas preventivas anteriores no sean suficientes, será obligatoria la adaptación de las condiciones de trabajo, incluso reduciendo o modificando las horas de la jornada laboral prevista.

Para finalizar cabe señalar que, de no observarse dichas medidas, los empleadores responderán de los accidentes laborales causados por condiciones ambientales adversas, como viene estableciendo la jurisprudencia.

7.7. Representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales

El derecho de representación y participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, según la LPRL, se ejercerá bien a través de la representación ya existente en la empresa o centro de trabajo o bien mediante la representación especializada: los Delegados de Prevención y el Comité de Seguridad y Salud (art. 34 LPRL).

Los Delegados de Prevención para realizar las distintas competencias y facultades asignadas cuentan con prerrogativas que los protegen frente a posibles actuaciones que pudieran sufrir por el desempeño independiente y reivindicativo de esa actividad que puede llevarlos a desencuentros importantes con su empleador. La LPRL aborda esta necesidad en su art. 37, donde establece las garantías y las herramientas para que estos

representantes puedan ejercer sus funciones y facilitar la participación de los trabajadores en asuntos relacionados con la prevención.

La LPRL concede a estos representantes las garantías establecidas en el art. 68 ET para la representación unitaria, independientemente del sistema de designación, debido a su papel como representantes específicos en prevención de riesgos laborales. No obstante, surge una complicación al indicar que el tiempo dedicado a sus funciones se considerará como ejercicio de sus responsabilidades representativas para el cálculo del crédito de horas mensuales retribuidas, con excepciones para ciertas actividades específicas, incluyendo el tiempo empleado en reuniones del Comité de Seguridad y Salud, aquellas convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos, así como el tiempo destinado al acompañamiento a técnicos de prevención o la Inspección de Trabajo cuando sea necesario (art. 37.1 LPRL).

Con la redacción del art. 37 LPRL, la norma introduce una restricción al tiempo necesario para el ejercicio de las funciones de los Delegados de Prevención, agravándose si estos no tienen la condición previa de representantes unitarios, ya que solo dispondrían del tiempo añadido para funciones concretas. Sin embargo, al ser una norma de mínimos, la negociación colectiva podrá aumentar el número de horas hasta un límite razonable. Al tiempo la jurisprudencia del TS ha matizado que las garantías del art. 68 ET no están exclusivamente vinculadas al ejercicio de la acción sindical por parte de los representantes legales de los trabajadores, sino que son extensibles a quienes ejercitan tareas de protección y prevención de riesgos laborales, dado que la remisión que hace el art. 37.1 LPRL al art. 68 ET determina que sean aplicables a los delegados de prevención los mismos derechos, garantías y prerrogativas contenidos en ese. Además, cuando la negociación colectiva permita la acumulación del crédito horario entre los representantes unitarios, esta previsión debería aplicarse también a los delegados de prevención si el convenio colectivo lo admite, de acuerdo a la STS 956/2016, de 16 de noviembre (Rec. 3757/2014).

En este mismo sentido, y aplicando los parámetros jurídicos de la mentada sentencia, el TS se ha pronunciado en la sentencia 4444/2023, de 17 de octubre (Rec. 257/2021), donde se reconoce que a pesar de la falta de referencia expresa a los delegados de prevención en el convenio colectivo, la omisión no debería interpretarse como una negación del derecho a la acumulación, sino más bien como un reconocimiento implícito, respaldado por la equiparación de garantías según lo dispuesto en el art. 37.1 LPRL. Debiendo de destacar la necesidad de interpretar de manera favorable y menos restrictiva las normas que se relacionan con derechos fundamentales de libertad y acción sindical (art. 28 CE), según jurisprudencia previa, entre otras, las SSTS 417/2023, de 9 de junio (Rec. 263/2021) y 347/2019, de 8 de mayo (Rec. 42/2018).

7.8. Otras novedades de interés

Al margen de las novedades normativas y la jurisprudencia *supra* estudiadas, cabe hacer una mención especial, aunque breve, a las notas técnicas más significativas. Aunque no es menester analizar todas y cada una de las notas, pues aun cuando solamente ascienden a catorce las publicadas durante este 2023, la mayoría se circunscriben a un riesgo, herramienta o máquina o EPI concreto⁶⁸, no siendo objeto de este informe su estudio, algunas de ellas sí arrojan luz sobre temas conflictivos, como la prevención de riesgos psicosociales en el caso de la doble presencia o la prevención en atención a la edad.

Por cuanto hace a la NTP 1185 “Conflicto trabajo-familia o doble presencia como riesgo psicosocial: Marco conceptual y consecuencias” y la NTP 1186 “Conflicto trabajo-familia o doble presencia como riesgo psicosocial: Evaluación y medidas preventivas”, la primera de ellas fija el marco teórico en base a justificar las necesidades de abordar el riesgo; en la segunda de ellas se sugieren varias estrategias para mitigar el conflicto trabajo-familia o la doble presencia, tales como: evitar los tiempos de trabajo asociales, respetado los horarios extralaborales; adaptar las demandas laborales ya sean cuantitativas o cualitativas a los recursos personales, para evitar desequilibrios que imposibilite atender las responsabilidades familiares y que no implique un alargamiento de la jornada de trabajo; aumentar la autonomía y el control de la persona trabajadora sobre su jornada y ritmo de trabajo, a través de la flexibilidad horaria para disminuir la tensión generada por el conflicto trabajo-familia.

Por su parte, la NTP 1176 “Edad y diversidad generacional en la gestión de la seguridad y salud: Acciones”, tiene como objetivo incorporar la perspectiva de edad a las políticas y estrategias empresariales a través de la gestión preventiva. La guía propuesta por el INSST busca erradicar cualquier situación discriminatoria por razón de la edad y fomentar la diversidad generacional para la sostenibilidad del empleo. Entre las acciones para ayudar a integrar la edad y la diversidad generacional en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo se mencionan: utilizar estadísticas e indicadores desagregados por edad para mejorar la gestión preventiva; conocer la distribución etaria de la plantilla y

⁶⁸ NTP 1189: *Evaluación del riesgo de estrés térmico: Índice WBGT*; NTP 1188: *Vitrinas de gases: requisitos de seguridad, tipos y selección*; NTP 1187: *Brotos epidémicos: Algoritmo para su estudio por exposiciones profesionales*; NTP 1184: *Agentes químicos: evaluación cualitativa del riesgo químico por inhalación (IV). Método Stoffenmanager® (Parte 2)*; NTP 1183: *Agentes químicos: evaluación cualitativa del riesgo químico por inhalación (IV). Método Stoffenmanager® (Parte 1)*; NTP 1182: *Picadoras de madera: seguridad*; NTP 1181: *Productos cosméticos. Identificación de agentes químicos peligrosos (II)*; NTP 1180: *Productos cosméticos. Identificación de agentes químicos peligrosos (I)*; NTP 1179: *Protectores de la cabeza. Cascos forestales y de rescate técnico*; NTP 1178: *Barreras de protección para la gestión de la circulación en los lugares de trabajo*; NTP 1177: *Guantes de protección: requisitos generales*.

realizar proyecciones de su evolución a medio plazo; integrar la edad en la evaluación de los riesgos laborales para diseñar la adaptación de los puestos de trabajo; considerar la edad en la planificación de la actividad preventiva y en su seguimiento; gestionar las compras de material teniendo en cuenta la edad; gestionar y ordenar el tiempo de trabajo con perspectiva de edad, analizando la exposición a horarios o jornadas atípicas, trabajo a turnos y nocturno, y jornadas prolongadas: implantar políticas de conciliación para todas las edades: implementar el *mentoring* generacional; planificar planes de acogida, formación, capacitación y de transición a la jubilación con perspectiva de edad; y finalmente, incorporar la perspectiva de edad en la vigilancia de la salud individual y colectiva, y planificar programas de promoción de la salud con perspectiva de edad.

VIII. PROCESAL, SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL Y ADMINISTRACIÓN LABORAL ⁶⁹

En la presente parte del informe se abordarán las cuestiones atinentes al procedimiento judicial, tanto en la modalidad ordinaria como en cualquiera de las especiales, por lo que se comentarán una serie de sentencias que consideramos de interés. Una de las cuestiones que más controversia generan en términos procesales es el cómputo de los plazos, sobre todo cuando, a través de estos, se establecen las reglas de la prescripción y la caducidad. Como ejemplo, sirva citar en este momento la importancia del plazo para reclamar las deudas salariales en un ámbito tan complejo como es la sucesión de empresa.

Asimismo, se analizarán las consecuencias que puede tener en la resolución judicial el hecho de que el trabajador demandante no indique en su demanda si contará o no con la representación de la asistencia letrada y del procurador. Se trata de una cuestión que puede modificar el resultado del proceso judicial y que, en todo caso, conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva, regulado en el art. 24 CE.

Una vez que se ha abordado este aspecto, y de nuevo conectando con dicho precepto constitucional, conviene traer a colación recientes sentencias del TC sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Sobre el particular, tendríamos que señalar que contamos con una consolidada jurisprudencia, a la que se refiere el máximo intérprete de la Constitución. No obstante, que contemos con resoluciones sobre esta materia no puede calificarse como “rara avis”, sino que, más bien, ha de interpretarse como una consecuencia más la saturación por el que atraviesa nuestra Administración de Justicia. El volumen de los procedimientos (y no solo por su extensión) y la falta de medios materiales y personales repercuten directamente en la ciudadanía, pues los

⁶⁹ Han colaborado en la redacción de este apartado: Julia DORMIDO ABRIL (coordinadora), Manuela ABELEIRA COLAO, Lucía DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Raúl LÓPEZ BAELO, Fulgencio PAGÁN MARTÍN- PORTUGUÉS, José Alberto RIVAS MORENO.

asuntos acaban eternizándose y dilatándose en exceso en el tiempo. Para ello, resulta conveniente potenciar las fórmulas alternativas de solución de conflictos, sobre todo en una disciplina como la nuestra en la que los mecanismos extrajudiciales se encuentran en un estado de madurez importante.

En conexión con esta idea, se ha considerado oportuno abordar alguna resolución judicial en la que se haga mención de la solución extrajudicial de conflictos, aunque sea de un modo indirecto. La mediación y el arbitraje son fórmulas de resolución de controversias que pueden conocer de un buen número de conflictos, tanto jurídico como de intereses, individuales o colectivos y no solo atinentes a la relación de trabajo estricta, sino que también pueden acudir a los mismos otros sujetos, como pueden ser los trabajadores autónomos económicamente dependientes o los trabajadores sometidos a una relación laboral de carácter especial.

Por último, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social realiza una labor importantísima en temas de candente actualidad. En concreto, la ITSS resulta clave para la determinación de los números fraudes que se producen en las relaciones de trabajo. Para ello, se traen a colación algunas resoluciones de candente actualidad, relacionadas con aspectos clásicos de nuestra disciplina, tal y como es el reconocimiento de la laboralidad en la prestación de servicios o las inscripciones en determinados regímenes de la Seguridad Social para simular una determinada actividad.

8.1. Acceso a la jurisdicción y acceso al recurso: dos cambios de criterio en cuestiones de orden público procesal

Uno de los tantos indicios que evidencian que nuestro Derecho del Trabajo es un Derecho vivo, en la conocida expresión que en su día acuñara el profesor Borrajo, es la existencia de rectificaciones o cambios de criterio por la Sala de lo Social del TS, que se producen con cierta frecuencia. Y ello, ya sea en el plano sustantivo como en cuestiones de índole estrictamente procesal. Hablamos de cambios en la doctrina jurisprudencial que, si bien no puede decirse que sean significativos desde un punto de vista cuantitativo, lo cierto es que tampoco son infrecuentes. Pero qué duda cabe que son inevitables como consecuencia de la simple evolución de las normas y, también, de las eventuales contradicciones que en muchos casos hace aflorar la propia casuística de la que conocen jueces y tribunales laborales. Que esto ocurra no sólo es habitual, sino que tampoco parece plantear problemas dogmáticos. De hecho, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la licitud de estos cambios de criterio, confirmando su validez, con ocasión de la labor de interpretación de las normas que corresponde a los tribunales ordinarios (STC 145/1997, de 15 septiembre). De manera que la rectificación jurisprudencial de su propia doctrina es constitucionalmente posible y respeta el principio

de igualdad, siempre que se lleve a cabo “de modo consciente, reflexivo y con criterios generalizables”.

Pues bien, a falta tan solo de algunos días para finalizar el presente año 2023, y con la ayuda que proporcionan las bases de datos jurídicas, se han localizado dos sentencias dictadas en casación para la unificación de doctrina, que dan cuenta de las dos únicas rectificaciones jurisprudenciales de índole adjetiva que parecen haberse producido durante el referido 2023, por parte del Pleno de la Sala IV del TS. Se trata de las SSTS 20 de abril (Rec. 1080/2020) y 14 de septiembre (Rec. 2589/2020). Ambas resoluciones registran cambios de criterio importantes, en la medida en que resultan ser cuestiones de orden público procesal que tienen que ver, respectivamente, con el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de clasificación profesional, y con la irrecurribilidad de las sentencias recaídas en procesos individuales de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

El objeto de la controversia enjuiciada por esa primera STS 20 de abril (Rec. 1080/2020), se centra en determinar si las funciones desarrolladas -y esto es importante- desde el inicio de la relación laboral, se correspondían con las fijadas en el contrato de trabajo; o si, por el contrario, la demandante había venido atendiendo otras distintas que merecían por ello ser encuadradas dentro de otra categoría profesional superior. Por el supuesto de hecho sabemos que: 1) la actora comenzó a prestar servicios para su empleadora en el año 2001, con la categoría de auxiliar administrativo (nivel 3) y con unas funciones concretas, hasta que pasó a hacerlo para la Comunidad Autónoma de Madrid, con otras funciones distintas, en virtud de subrogación empresarial; 2) en el año 2019, planteó demanda en solicitud de reconocimiento de la categoría de oficial administrativo, desde el inicio de su relación laboral, junto con la reclamación de las diferencias salariales correspondientes al último año; y 3) aunque la sentencia de instancia estimó la demanda en su integridad, fue parcialmente revocada en suplicación, por STSJ Madrid de 18 de febrero de 2020 (Rec. 728/2019), al considerar ésta -a la luz del plazo general de prescripción del art. 59.1 ET- que la acción de clasificación profesional había prescrito, dado que “pudo ejercitarse por la demandante desde el inicio de la relación laboral”.

Existía sin embargo otra sentencia del mismo tribunal -la STSJ Madrid de 19 de octubre de 2018 (Rec. 335/2018), aportada como resolución de contraste en este recurso de casación para la unificación de doctrina- que, en un supuesto virtualmente idéntico, reconoció la incorrección de atribuir a una trabajadora una categoría inferior a la que le realmente le correspondía. Y ello, sobre la base de entender que “la acción de clasificación profesional puede ejercitarse en cualquier momento de la vida del contrato, sin perjuicio de las consecuencias económicas, que sí prescriben”. Hay que decir desde

ya que la Sala de lo Social del TS concluye aquí que la contenida en esta última resolución de referencia resulta ser la doctrina correcta. Pero es que al hacerlo, también rectifica de forma expresa el criterio por ella mantenido en resoluciones anteriores, que le había llevado a estimar la prescripción de la acción en procesos sobre clasificación profesional, porque las respectivas demandas se habían interpuesto más de un año después de iniciada la relación laboral o, en su caso, desde el cambio normativo o convencional que eventualmente pudiera haber experimentado el sistema de clasificación profesional en la empresa [por todas, la STS de 27 de septiembre de 2022 (Rec. 1738/2020)]. La razón por la que aquella venía estimando la prescripción extintiva era muy sencilla: consideraba que esta concreta clase de acciones se correspondían con obligaciones de tracto único.

Los argumentos de los que se sirve la Sala IV para cambiar la doctrina precedente (“no debemos mantener tal catalogación”) pueden reconducirse a los tres siguientes. En primer lugar, “la propia regulación en la que se enmarca el desempeño de trabajos de superior categoría pone de manifiesto que no se trata de obligaciones/derechos de tracto único”, como lo prueba el hecho de que el art. 39.2 ET permita al trabajador reclamar el ascenso en caso de que la encomienda de funciones superiores se llegue a prolongar por periodos superiores a un año. En segundo lugar, tampoco el objeto del contrato de trabajo, independientemente de que éste pueda fraccionarse, se concreta en “una sola obligación instantánea”, sino que se trata de la “prestación de un servicio de forma continuada y a cambio del salario que a él le corresponda, hasta la extinción de la relación laboral”. Pero es que, en tercer lugar, desde la perspectiva incluso que entraña la actuación empresarial, manteniendo a la persona trabajadora en unas funciones respecto de las que se asegura no corresponden con la categoría profesional pactada, es posible apreciar que aquélla incurre en una forma de “incumplimiento continuado que permite al trabajador accionar su adecuada clasificación mientras [el incumplimiento en cuestión] persista y no sea corregido”. De ahí, visto que “no es posible entender que la determinación de la categoría profesional que debe corresponder a las funciones que está desempeñando el trabajador se califique como obligación/derecho de tracto único”, la Sala concluye que en el supuesto controvertido la acción planteada por la trabajadora no había prescrito.

La segunda rectificación jurisprudencial acometida por el Pleno de la Sala IV del TS, se registra en su STS 14 de septiembre de 2023 (Rec. 2589/2020), sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aquí no interesa tanto el relato fáctico como el *iter* procesal que siguió el litigio. En efecto, el asunto controvertido tiene la peculiaridad de que a la pretensión principal de modificación sustancial de condiciones de trabajo (minoración salarial, con reclamación de las diferencias salariales dejadas de percibir) -

materia esta, como se sabe, que por regla general no tiene acceso al recurso de suplicación [arts. 138.6 y 191.2.e) LRJS]- se acumuló inicialmente la de tutela de derechos fundamentales (garantía de indemnidad), junto con la correspondiente reclamación dineraria en concepto de indemnización; materia, en cambio, que abre las puertas al recurso de suplicación “en todo caso” (art. 191.3 LRJS). Ocurrió, durante la tramitación del recurso de suplicación, que el actor desistió de su pretensión de obtener la nulidad de la decisión empresarial por vulneración de derechos fundamentales, manteniendo exclusivamente la relativa a la modificación de las condiciones de trabajo, junto con las diferencias salariales. Siendo ello así, la STSJ Andalucía, Sevilla, de 8 de junio de 2020, declaró la nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo desde que el juzgado a quo dictara la sentencia de instancia, que además se declara “firme en todos sus pronunciamientos”.

La cuestión que se debate ahora en sede de casación para la unificación de doctrina se centra, pues, en determinar “si tiene acceso o no al recurso de suplicación la sentencia dictada en proceso sobre MSCT con reclamación de los salarios dejados de percibir en una cuantía mensual y a lo largo de un periodo de tiempo que excede de 3.000 [euros]”. Se trata de una cuestión de orden público procesal, que afecta directamente a la competencia funcional de la Sala de suplicación “y por ende a la propia viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y a la competencia de este Tribunal Supremo”. Precisamente por ello, el tema de la eventual procedencia del recurso de suplicación pudo ser finalmente examinada de oficio por la Sala IV, aun cuando, como acontecía en el supuesto de hecho, no concurría la contradicción con la sentencia de contraste que exigen, para su válida admisibilidad, los preceptos reguladores de tan excepcional recurso.

Hay que decir, en cuanto a la modulación de las reglas de acceso a los recursos extraordinarios, que en los últimos años el TS había venido realizando una interpretación amplia o “pro recurso”, que admitía el de suplicación en los supuestos en que a la acción impugnatoria principal (MSCT) se acumulaba una acción indemnizatoria en cuantía superior a la fijada por el propio art. 191 LRJS para acceder al referido recurso (3.000 euros). Pero, una vez más, “las consideraciones realizadas por la sentencia recurrida cuanto la nueva reflexión y debate de esta Sala, constituida en Pleno han evidenciado la necesidad de cambiar el criterio... respecto de [la] recurribilidad por razón de la cuantía”, afirmando con rotundidad un nuevo criterio: “no cabe recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en modalidad procesal de MSCT aunque incorpore reclamación de cuantía superior a 3.000 € derivada de aplicar la decisión empresarial impugnada”.

Los argumentos que invoca la Sala IV para llegar a tal conclusión parten de la premisa básica de respeto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Es verdad,

tal y como recuerda la propia Sala, que “siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales”. Se trata, de hecho, de una “tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante”, que se proyecta de forma específica cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de un recurso de suplicación. Pero también es cierto que “el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso de suplicación que en el acceso a la jurisdicción”, toda vez que el derecho de acceso al recurso es una cuestión de estricta legalidad ordinaria. De ahí que la exigencia y la necesidad de dispensar la adecuada tutela judicial efectiva a quienes pleitean en la instancia no pueda trasladarse en bloque a las previsiones para acceder al recurso extraordinario. Y ello, como es lógico, por la sencilla razón de que “también está en juego la tutela judicial a la parte que ha obtenido ya una respuesta judicial satisfactoria y desee que la misma alcance firmeza lo más pronto posible”.

Sobre la base de esa reflexión, se examina a continuación el tenor literal de los preceptos concernidos: tanto los que regulan la propia modalidad procesal de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 138 LRJS), como el propio art. 191 LRJS, donde se contiene la regla general de irrecurribilidad de las sentencias recaídas a propósito de dicha modalidad procesal. Y lo cierto es, atendiendo a la letra de lo dispuesto en el apartado 6 de dicho art. 138, que “no cabe pensar en ambigüedad o deslíz legislativo de ninguna clase: la norma ha querido excepcionar de la regla general [de irrecurribilidad] solo determinado tipo de asuntos cuando se litiga al hilo de una MSCT”; esto es, aquellas modificaciones sustanciales que tengan carácter colectivo. De manera que “iría contra la ordenación procesal diseñada por la norma el que se admitiera el recurso en un supuesto de MSCT de carácter individual que no tuviera encaje en alguna otra de las excepciones establecidas”. Todo lo cual confirma, además, el propio art. 191.2.e) LRJS, el cual es igualmente inequívoco al “dejar fuera del acceso al segundo grado a los litigios sobre MSCT de alcance individual (como el presente) o plural”.

Para apuntalar la razonabilidad de este cambio de criterio -ya de por sí suficientemente justificado-, la Sala lleva asimismo a cabo una interpretación sistemática de los preceptos mencionados, en concordancia con otros dos que inciden indirectamente en esta concreta materia. Más en concreto: 1) con el art. 138.7 LRJS, pues, aun reconociendo como reconoce el abono de los daños y perjuicios que una decisión empresarial hubiera podido generar, ello tampoco parece haber sido motivo suficiente para que el legislador decidiera permitir el acceso al recurso por razón de la cuantía; y 2) con el art. 26 LRJS, que no permite la acumulación de una reclamación salarial a la pretensión principal de modificación sustancial de las condiciones de trabajo,

de manera que si esto no es posible, “tampoco puede proyectarse sobre estos litigios la previsión de referencia”.

8.2. Salarios, subrogación y prescripción

La STS 19 de julio de 2023 (Rcud. 4083/2020), resuelve cuál es el plazo para reclamar deudas salariales en caso de sucesión de empresa y cómo opera el cómputo del plazo de prescripción en la reclamación de salarios, es decir cómo opera la responsabilidad solidaria de tres años y cómo computa el plazo de devengo de las deudas salariales en los supuestos de sucesión de empresa.

El recurso de casación para unificación de doctrina resuelve el recurso interpuesto por la mercantil Securitas contra la STSJ Canarias, Las Palmas, de 24 de septiembre de 2020 (Rec. 492/2020).

El JS desestimó en instancia la demanda por salarios interpuesta por los trabajadores contra la empresa de seguridad, así como contra las empresas sucesoras, sobre las que se había solicitado en demanda la condena solidaria. Los trabajadores en su escrito defendieron que conforme al art. 44.3 ET en caso de transmisión inter vivos las empresas debían responder solidariamente durante tres años sobre las obligaciones laborales de cedente y cesionario. La sentencia del juzgado de lo social desestima la demanda pues entiende que la reclamación salarial, desde octubre a diciembre de 2017, realizada en abril de 2019 está prescrita puesto que el plazo que fija el art. 59.2 ET es un plazo de prescripción de un año y que exigía se hubiera interrumpido de alguna forma previa a la fecha de interposición de la demanda.

Por su parte, los trabajadores interponen recurso de suplicación sosteniendo que el plazo para formular la reclamación es de tres años pues este es el plazo que resulta de redacción del art.4.3 ET en casos de sucesión de empresas.

La Sala de Las Palmas revoca la sentencia del JS, pues entiende que la reclamación está dentro del plazo de tres años y no está prescrita pues a su juicio el plazo de prescripción del art.44 ET es un plazo especial que opera autónomamente sin que esté afectado al plazo de prescripción del año del art. 59 ET.

Para este razonamiento, la Sala autonómica asume estar en posición contraria a la actual doctrina del TS, tal y como en la misma sentencia expone, argumentando el porqué de su posición contraria al referir que, en el año 1944, el legislador estableció en el art. 83 del Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, la regla de sucesión o subrogación empresarial y también reguló la prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo estableciendo entonces el plazo general de los tres años, siendo éste el mismo plazo de prescripción del art.1967 CC para las reclamaciones de abogados peritos,

menstruales, criados y jornaleros. Por otra parte, continúa la Sala, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales recoge de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, la figura de la subrogación y también el plazo de prescripción de tres años para la responsabilidad de obligaciones anteriores a la cesión, estableciendo la solidaridad entre cedente y cesionario. El ET, que sustituye a la anterior de Relaciones Laborales, transcribe también la redacción previa fijando el plazo de tres años para la responsabilidad en la subrogación realizando la norma el añadido de establecer el plazo de un año para la prescripción en su art. 59 ET.

Tras el análisis histórico procede al desglose sistemático del ET que le lleva a la Sala a establecer una regla general cual es que las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado un plazo especial prescribirán al año de su terminación, y es por tanto que a su juicio dicho plazo del año no jugará cuando haya establecido un plazo especial, siendo éste, continúa el TSJ, un criterio del TS desde su Sentencia de 13 de noviembre de 1992 (Rec. 1181/1991) hasta la Sentencia de 17 de abril de 2018 (Rec. 78/2016), fecha en la que cambia la doctrina rectificándola. Si bien, entendiendo el TSJ que dicha rectificación es errónea y considerando correcto el criterio anterior a la referida Sentencia de 2018, entiende que se está ante un plazo especial y autónomo de tres años no debiendo regir el plazo del año y, por tanto, estima el recurso de los trabajadores.

La cuestión planteada versa sobre el cómputo de los plazos en reclamación salarial y sucesión empresarial, por lo que requiere referir el art. 44.1 ET que preceptúa que el cambio de titularidad no extinguirá las relaciones laborales, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones. Asimismo, hace entrar en juego el art. 44.3 ET, el cual establece la responsabilidad solidaria durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión, y también el art. 59.1 ET, cuya redacción dispone que las acciones derivadas del contrato de trabajo sin plazo especial prescribirán al año de su terminación.

La sentencia de 19 de julio de 2023 trae a contraste respecto a la del TSJ de Canarias, Las Palmas, la Sentencia para unificación de doctrina de otra sentencia del TS de 28 de febrero de 2019 (Rec. 777/2017), en la que también se discutía si el plazo de tres años desde la sucesión establecido en el art. 44.3 ET era una regla especial respecto del plazo de un año del art. 59.1 ET, y todo en cuanto a la reclamación ejercitada contra el empresario cesionario de una deuda salarial contraída por el empresario cedente por sucesión legal de empresa.

En la sentencia traída de contraste, la de 28 de febrero de 2019, el Alto Tribunal apreció la prescripción por considerar que el plazo de tres años abarca al ámbito

temporal de la solidaridad y no al plazo singular de prescripción y por tanto el plazo de tres años temporal no afectaba al plazo de un año de ejercicio de la acción.

Evidenciada por la Sala la existencia de contradicción por la coincidencia de los hechos más relevantes entre su sentencia y la del TSJ, así como la existencia de la deuda contraída por el empresario cedente, la sucesión legal de empresa, la reclamación de la deuda a cedente y cesionario y la interposición de la acción transcurrido en exceso el plazo de un año en que pudo ejercitarse, procediendo a resolver el recurso exponiendo la doctrina correcta.

El TS se remite a su Sentencia de 9 de mayo de 2023 (Rec. 1666/2020), que compendia la doctrina fijada en esta materia, por la que la transmisión de empresa supone que el nuevo empresario se subroga legalmente en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social respecto de aquellos trabajadores cuyo vínculo estuviera vigente al tiempo de la transmisión; por otra parte recuerda además que el art. 44.3 ET no fija plazo alguno de prescripción singular y diverso al fijado por el art. 59 ET de un año; y también noticia que el precepto, art. 44.3 ET, fija un plazo de actuación que es de caducidad y por tanto delimita temporalmente la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, siendo por tanto un plazo, el de tres años, en el que la acción debe estar viva, y que por tanto la responsabilidad solidaria del adquirente únicamente podrá ser exigida durante este mencionado plazo posterior a la sucesión, exigencia que será posible siempre que la acción siga viva y se haya interrumpido su decadencia.

La doctrina fijada y reiterada por la Sala del TS desde la rectificación operada por la ya referida Sentencia de 17 de abril de 2018, que sí contó con voto particular, concluye que el art. 44.3 ET además de no fijar un plazo de prescripción singular sobre el previsto de un año, sólo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario en un plazo de tres años, pero exigiendo necesariamente que la acción se encuentre viva para el trabajador pueda accionar frente al empresario, y todo porque la acción es única y el plazo de prescripción también lo es, y por tanto, si el nuevo empresario queda subrogado en derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social respecto al anterior, esto hace que la subrogación opere como sustitución y por tanto a la asunción de la deuda anterior con todas sus singularidades entre las que se cuenta el plazo de prescripción de la acción y los avatares de la reclamación, así como las causas que hubiesen interrumpido el derecho.

La Sentencia de 19 de julio de 2023, objeto de examen en este apartado, estima el recurso de casación para unificación de doctrina de la empresa de seguridad Securitas y casa la STSJ Canarias, confirmando la de instancia del JS y declarando la presentación de la demanda realizada por los trabajadores dentro del plazo de caducidad del art. 44.3

ET de tres años, pero prescrita por haberse presentado la demanda transcurrido el plazo del año en que debió ejercitarse la acción.

La conclusión sobre la reclamación salarial y la subrogación empresarial la otorga la propia sentencia en su cita en la ya referida STS 9 de mayo de 2023, en la que establece de forma sintética la doctrina por la que la subrogación se produce sobre los trabajadores que tuvieran el vínculo vigente al tiempo de la transmisión: que el art. 44.3 ET no establece un plazo de prescripción singular; que el plazo general es de un año y que lo fija el art. 59 ET; que el art. 44.3 ET establece un plazo de actuación temporal limitando la responsabilidad solidaria a tres años, que el plazo empieza a contarse desde la fecha de la sucesión empresarial; que el trabajador ejercitará la acción de reclamación encontrándose ésta viva y que la responsabilidad se podrá exigir por cualesquiera de los medios admitidos en derecho una vez se produzca la sucesión, contando, eso sí, con el plazo de un año para accionar desde la fecha de devengo de las deudas salariales, plazo anual fijado en el art. 59 ET.

En síntesis, que el plazo de responsabilidad es de tres años, pero el de reclamación salarial es de un año, por cuanto durante tres años el nuevo empresario tendrá que asumir y soportar reclamaciones derivadas del anterior empresario por la relación laboral subrogada, si bien el plazo de ejercicio de la acción del trabajador siempre será de un año, y todo y sin perjuicio de la interrupción de la prescripción de la acción que se pueda ejercitar a fin de que no se produzca el decaimiento del derecho.

8.3. Sobre la exigencia de notificar al trabajador la intención de la empresa por comparecer con defensa letrada

El pronunciamiento judicial aquí objeto de exégesis, STS 21 de febrero de 2023 (Rec. 2097/2022), ofrece una interpretación relativa a una exigencia procesal que, en una primera lectura superficial del precepto, pudiera concebirse como inocua o de implicaciones más bien exiguas.

Se trata de la previsión contemplada en el art. 21.2 LRJS, en que se expresa: “Si el demandante pretendiese comparecer en el juicio asistido de abogado o representado técnicamente por graduado social colegiado o representado por procurador, lo hará constar en la demanda. Asimismo, el demandado pondrá esta circunstancia en conocimiento del juzgado o tribunal por escrito, dentro de los dos días siguientes al de su citación para el juicio, con objeto de que, trasladada tal intención al actor, pueda éste estar representado técnicamente por graduado social colegiado o representado por procurador, designar abogado en otro plazo igual o solicitar su designación a través del turno de oficio. La falta de cumplimiento de estos requisitos supone la renuncia de la

parte al derecho de valerse en el acto de juicio de abogado, procurador o graduado social colegiado”.

De modo más específico, el precedente del Alto Tribunal enjuicia un supuesto en que el trabajador, despedido disciplinariamente, acude sin asistencia letrada y/o de graduado social al acto de la vista ante el JS, siendo así que el Fallo desestima la demanda de despido.

Posteriormente, en sede del TSJ, se declara la nulidad de dichas actuaciones, con base en la indefensión que tal omisión en la notificación de la asistencia letrada habría irrogado al actor. Se formula, en desacuerdo con el pronunciamiento del Tribunal territorial, recurso de casación para unificación de doctrina por parte de la empresa demandada.

En efecto, la sentencia comentada desgrana el postulado histórico de la Sala ante dicho articulado -o de semejante contenido-, y sus efectos sobre la eventual celebración del acto plenario con la participación de la persona trabajadora en calidad de demandante sin la intervención de abogado o graduado social.

En primer término, es de subrayar que, conforme al criterio de la Sala IV - anteriormente sintetizado en un caso de notorias semejanzas en la STS 24 de enero de 2011 (Rec. 69/2010)- el citado art. 21.2 LRJS se subdivide ciertamente en dos mandatos: por un lado, la imposición al demandado de la carga por comunicar que asistirá al juicio acompañado de Letrado; y por el otro, la notificación por parte del Tribunal de dicha circunstancia a fin de que el demandante pueda, si así lo estima conveniente (dada la inexigencia en instancia de ello), para hacer uso de igual medio de asistencia técnica de modo tal que se garantice la igualdad de las partes en el proceso.

Pues bien, por parte del Alto Tribunal se constata, a la luz del relato fáctico de las sentencias precedentes (instancia y fase suplicatoria), que se habría conculcado el segundo de los mandatos del art. 21.2 LRJS, en tanto en cuanto no se habría posibilitado en modo alguno que el trabajador demandante pudiera hacer uso de un medio de asistencia letrada análogo al de la empresa demandada, que sí habría comparecido al acto de juicio acompañado de abogado, y de hecho así lo había participado en un primer escrito al Juzgado.

Sea como fuere, por parte de la Sala IV se incide en una circunstancia que revestirá, a la postre, una importancia central para el Fallo del Tribunal: la defensa llevada a cabo por parte del demandante -de profesión ayudante de recepción- permite deducir que no contaba con los conocimientos técnicos preciso o mínimamente exigibles para asumir su propia defensa en contraposición al letrado de la parte contraria (empresa).

Así las cosas, el elemento novedoso del presente pronunciamiento se sitúa en el hecho de que parece instituirse una suerte de presunción respecto a la concurrencia de

elemento de la indefensión, incluso una aparente automaticidad en la declaración de la nulidad de actuaciones sin necesidad de actuación probatorio a tal efecto. Más habitualmente, la inobservancia de un requisito formal de los dispuestos en la Ley procesal laboral no entraña, sin necesidad de mayores esfuerzos en su acreditación, de la nulidad de actuaciones.

Incluso en la ya mencionada STS 24 de enero de 2011, que abordaba una controversia de íntimas similitudes con la presente, se dejaba testimonio de una base documental que permitía sustentar la indefensión: se trataría del análisis de los escritos de demanda y aclaración presentados por el empleado sin asistencia alguna de representación letrada, y de cuyo contenido se podría extraer razonablemente la ausencia de dichos conocimientos jurídicos precisos para llevar a cabo la defensa en Sala sin necesidad de soporte externo especializado para ello.

En este caso, por el contrario, no se realiza dicha indagación judicial a fin de detectar notas que desvelen dicha indefensión (acaso, una mención aislada a la profesión del demandante) siendo así que se concluye sucintamente por el Alto Tribunal lo siguiente: “en el caso, es claro que se ha producido indefensión del demandante (de profesión ayudante de recepción), que como consecuencia del incumplimiento de norma procesal, no han podido intervenir en juicio las parte con igualdad de armas. Y ello obviamente, con independencia de lo que pueda resolverse respecto al fondo del asunto. Habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, no se infringen los preceptos denunciados”.

A la luz de lo anterior, se confirma por parte del TS el pronunciamiento evacuado por el TSJ, asumiendo el criterio respecto a la nota de indefensión contenido en la Fundamentación Jurídica de la Sentencia del Tribunal territorial.

Más allá del argumentario más explícito contenido en el precedente analizado -esto es, la eventualidad de que se declare la nulidad de actuaciones con base en el incumplimiento del segundo mandato exigible a la empresa y/o Tribunal en virtud del art. 21.2 LRJS-, se muestra de especial interés lo que trasluce al pronunciamiento del Alto Tribunal: la cabida de una resolución e interpretación judicial respecto a una deficiencia procesal que, en cierto modo, no precisa de la acreditación fehaciente de la indefensión para extender sus efectos hasta la nulidad de las propias actuaciones en dichos autos.

Acaso hubiese resultado de una mayor adecuación, en línea con lo que se venía realizando en pronunciamientos previos de la Sala, una mínima recapitulación, estudio y desenmarañamiento de la actuación procesal llevada a cabo por el demandante, vinculada a su impericia en lides jurídico-laborales, y que ello fuese efectivamente entroncado con su indefensión en el desarrollo del acto de juicio (tesis que permitiría huir de la apariencia de automaticidad en la concesión de la nulidad de actuaciones tras contrastarse la deficiencia procesal).

8.4. El derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas

La STC cuyo estudio ahora se aborda, versa sobre uno de los derechos fundamentales más importantes para los ciudadanos, aún más para los trabajadores: el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas recogido en el art. 24.2 CE. Se trata de un derecho íntimamente conectado con el ámbito procesal laboral pues hace referencia al proceso y que además se invoca a través del recurso de amparo cuya aplicación, aunque de manera sucinta, también es objeto de análisis en esta sentencia. Concretamente, el análisis se centra en la STC 17 de abril, (Rec. 2042/2022), la cual se encuentra conectada con la Sentencia del mismo órgano constitucional de 10 de octubre (Rec. 8133/2021).

Las meritadas sentencias no son novedosas en cuanto a su pronunciamiento, pues siguen una marcada línea jurisprudencial en la materia, pero sí resultan relevantes como recordatorio de cumplimiento para los Tribunales de la jurisdicción ordinaria. Y ello porque se detecta que, en palabras del propio Tribunal “la doctrina [...] sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria”. Esta preocupación se desprende de pronunciamientos previos donde el TC ha entrado a resolver sobre los largos periodos de tiempo que transcurren desde la admisión a trámite de la demanda y la fijación de una fecha para la conciliación y el juicio.

En este sentido debemos recordar que el art. 24 CE que es el invocado por la trabajadora, hace referencia a la tutela judicial efectiva y a un juicio sin dilaciones indebidas. Es necesario señalar que, aunque la demandante invoca el quebrantamiento de ambos derechos el TC solo reconoce la transgresión del primero de ellos. Adelantamos ya el resultado positivo del recurso para la parte trabajadora a la que se le reconoce la violación de su derecho fundamental a un proceso publico sin dilaciones indebidas.

Los hechos que dan lugar al procedimiento son reseñables en cuanto a que el tiempo y el asunto que se debía dirimir en el proceso son cuestiones claves para apreciar la vulneración del derecho. Queda probado que la demandante, el 25 de octubre de 2021, interpone demanda contra la Comunidad de Madrid para el reconocimiento de su relación laboral de carácter fijo. Además, un mes después solicita como medida cautelar que la Comunidad de Madrid no incluyera su plaza de trabajo en la convocatoria de pruebas selectivas del proceso extraordinario de estabilización de empleo temporal que estaba llevando a cabo. Admitida a trámite la demanda el día 3 de diciembre de 2021, se señala el acto de conciliación y en su caso el juicio para el 22 de noviembre de 2023, es

decir, dos años después. Unos días más tarde en el mes de diciembre le notifican también que la medida cautelar ha sido denegada y no cabía recurso.

En virtud de estos acontecimientos, el 13 de enero de 2022 la demandante invoca el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y solicita que se anticipe el señalamiento para la conciliación y el juicio. El 20 de enero de 2022 se deniega mediante providencia la petición y la demandada presenta recurso de reposición insistiendo en la vulneración del derecho recogido en el art. 24.2 CE. El recurso fue desestimado por auto de 7 de febrero de 2022. La demandante impugna el decreto de diciembre y el auto de febrero y, finalmente, la Sección Primera del TC acuerda tramitar el recurso de amparo mediante providencia el 12 de septiembre de 2022. Por lo tanto, ya se ha consumido prácticamente un año entero desde que la demandante hubiera presentado la demanda.

Las posiciones de cada una de las partes a lo largo del proceso resultan relevantes, especialmente las invocadas por la Comunidad de Madrid, pues bajo la misma subyace un importante problema de gestión de recursos en la Administración de Justicia que están afectando a principios procesales importantísimos, así como a los ciudadanos que deben padecerlo.

La Comunidad de Madrid ha basado su defensa en el cumplimiento del contenido del art. 182.4 LEC, el cual es el encargado de determinar los criterios a seguir en la fijación de señalamientos. También ha aducido el incremento objetivo del número de demandas interpuestas ante la jurisdicción social que está superando con creces el número promedio de entradas que se habían aprobado por acuerdo entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia. Señala el Tribunal que es inabordable la carga de trabajo y que, al tratarse el caso en cuestión de asuntos que no tienen la calificación de urgentes y preferentes, ello obliga a dilatar las fechas de señalamiento. Por último, insiste en que las deficiencias estructurales alegadas y los retrasos deben valorarse no sobre un ideal de funcionamiento que resulta inalcanzable, sino por los estándares de lo que es una prestación razonable exigible a un servicio público.

La defensa de la demandante señala que los intereses que se deben tutelar con el juicio retrasado son lo suficientemente importantes como para adelantar el proceso. Se va a dirimir como ya se ha comentado, si la trabajadora va a obtener una plaza fija o no, es decir, se trata de una cuestión sobre la sustentabilidad de la trabajadora y la necesidad de conocer cuál va a ser su futuro laboral. Además de ello alega que con independencia de la influencia que pudo tener la pandemia de Covid-19 en el retraso de los asuntos, esta situación ya existía con anterioridad. Y aunque como señala, esas dilaciones no sean imputables al órgano judicial eso no impide apreciar vulneración del derecho. Por último, invoca falta de motivación en las decisiones judiciales que resuelven los recursos presentados.

Por último, el Ministerio Fiscal pretende dejar sin admisión el recurso de amparo por incumplimiento del artículo 44.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), así como que en el caso de estimación del recurso se declare la nulidad de las actuaciones y se pueda fijar un nuevo señalamiento. Entiende el Ministerio Fiscal que la demandante no había denunciado la infracción constitucional contra el auto de diciembre que denegaba la medida cautelar, ni tampoco contra el decreto de admisión de la demanda ni contra el auto que desestimaba el recurso de reposición. Opina el Ministerio Fiscal que no se había agotado la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo y por ello, debía desestimarse. Según lo dispuesto en sus alegaciones la invocación de la infracción del derecho fundamental se debía de haber hecho frente al decreto de señalamiento y sin embargo, se dejaron pasar más de 20 días desde la notificación de la inadmisión de la medida cautelar, Lo considera por tanto un plazo muy amplio para reclamar la vulneración de un derecho fundamental. A pesar de solicitar la inadmisión, al entrar al valorar la cuestión de fondo reconoce la vulneración del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas reiterando los argumentos planteados en la STC 10 de octubre (a la que ya se ha hecho referencia) y que coinciden con las que luego aporta el propio Tribunal. De ahí que no se insista en su reproducción. Coincide con la demandante en que, aunque la demora se deba a razones estructurales que no pueden imputarse directamente al órgano judicial, ello no invalida la vulneración del derecho.

El TC en su sentencia de 17 de abril de 2023, es decir, habiéndose consumido prácticamente el plazo fijado para la conciliación y el juicio resuelve el meritado recurso no sin antes reseñar que sí concurre en el presente caso la especial trascendencia constitucional del recurso exigida en el art. 50 LOTC. Así en primer lugar, el Alto Tribunal considera que no puede, tal y como requiere el Ministerio Fiscal, inadmitir el recurso porque la demandante esperase a impugnar después del auto que denegaba la medida cautelar. Y ello porque la demandante siempre ha impugnado de manera oportuna las resoluciones referidas al momento del señalamiento de la conciliación y el juicio. Desde el punto de vista procesal, objeto de este apartado del informe interesa recordar, tal y como señala el TC, que para dar cumplimiento al art. 44.1 LOCT se deben seguir los siguientes requisitos: invocarse la vulneración del derecho en el momento procesal inmediatamente siguiente a la lesión, que se trata de un recurso subsidiario que posibilita la reparación temprana del derecho fundamental que se invoca y que la causa de inadmisión no debe interpretarse de forma rigurosa.

Basándose en este último apartado, el Tribunal considera que el hecho de que la demandante esperase a la resolución sobre la medida cautelar para interponer el recurso no es causa de inadmisión que pueda quedar subsumida en un incumplimiento del art.

44.1 LOTC. Es más, se reconoce que el interés arriesgado había aumentado su relevancia al denegarse la medida cautelar. También niega a la demandante el reconocimiento de una vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva puesto que las quejas de la recurrente en sus escritos se centran en el quebrantamiento del derecho a un proceso publico sin dilaciones indebidas que es sobre lo que entra a resolver.

En sus fundamentos de derecho el TC se centra en los criterios para valorar si existe o no vulneración de un proceso publico sin dilaciones indebidas puesto que se trata de un concepto jurídico, el de dilaciones indebidas, indeterminado. Para ello remite a los argumentos expuestos en la importante STC 10 de octubre de 2022. Queda acreditado por lo tanto que existe un incumplimiento por los siguientes motivos: porque el plazo de dos años es muy superior a los tiempos medios de resolución de asuntos semejantes fijada según informes del CGPJ en 14 meses; que el interés arriesgado es muy relevante pues impacta de forma directa en la vida de la demandada más aun cuando su plaza se ha ofertado tras la denegación de la medida cautelar; que la demandante no ha favorecido la demora del procedimiento en ningún momento y que los motivos aducidos por el órgano judicial relativos a la gran cantidad de trabajo y la inexistencia de los recursos humanos necesarios para abordarla no pueden justificar la vulneración de un derecho fundamental.

Por todo ello el TC admite el amparo. Sin embargo, aquí no reconoce la nulidad de las resoluciones impugnadas ni ninguna medida que tenga como finalidad anticipar el señalamiento en base a que esto podría dañar a otros recurrentes. Se diferencia así de lo señalado en la STC 10 de octubre, donde consideró la anulación de las actuaciones y obligó a un nuevo señalamiento. Si bien es cierto que, en ese caso, todavía quedaba más de un año para la celebración del juicio y en el actual tan solo unos meses. No obstante, llama la atención que el Tribunal se justifique en la propia causa aducida por el órgano judicial, es decir el retraso estructural que sufren los órganos de justicia, para no anular las actuaciones ni adelantar el señalamiento para el que aún faltaba medio año.

Como comentario final, quedaría poner de manifiesto la preocupación que supone el aumento de los plazos para conseguir celebrar un juicio acerca de materias tan importantes como las que se resuelven en el ámbito laboral. Quizá sea hora, como ya se está haciendo con algunos asuntos como los relativos a convenios colectivos, de acudir a otras vías extrajudiciales de resolución de conflictos. El arbitraje o la mediación podrían permitir, en determinados casos, la adopción más rápida de acuerdos *inter partes* sin perjuicio de que posteriormente puedan acudir también a la vía judicial. Creemos que, de este modo, se podría descargar a los Tribunales de un peso importante de asuntos y conseguir un mejor y más eficaz funcionamiento de los mismos. Ello no es óbice, para insistir en la necesidad de un aumento de los recursos humanos en la carrera judicial si

no queremos ver crecer el número de recursos de amparo por vulneración a un derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas.

8.5. La Administración laboral

Según el Convenio sobre la administración del trabajo núm. 150, 1978 OIT, el sistema de administración del trabajo será responsable de la formulación, aplicación y supervisión de las normas nacionales del trabajo, del desarrollo del empleo y de los recursos humanos, de los estudios, investigaciones y estadísticas sobre el trabajo, y deberá apoyar las relaciones laborales. En este sentido, y en nuestro territorio nacional, es el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OEITSS o ITSS) quien asume la posición de fiscalizador y supervisor, en su condición de servicio público, al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, de acuerdo con el art. 1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOSITSS).

Para el cumplimiento de sus funciones resultará determinantes los pronunciamientos judiciales, que depurarán sus actuaciones administrativas y el ejercicio de su potestad sancionadora, por lo que se han seleccionado, en este sentido, tres sentencias correctivas del ejercicio 2023.

La primera, la STS 17 de enero de 2023 (Rec. 3291/2020), en la que se declara que no existe relación laboral en la prestación de servicios de odontología que discurre entre la clínica franquiciada (Vitaldent), y los profesionales (odontólogos). Esta rompe con sus fundamentos y decisiones inequívocas entre las clínicas dentales y los profesionales odontólogos, ya que habitualmente venía pronunciándose a favor de la laboralidad, con una prestación de servicios por cuenta ajena y no por cuenta propia -*vid.* STS 6415/2009, de 7 de octubre de 2009 (Rec. 4169/2008), sobre existencia de relación laboral entre los médicos odontólogos y la clínica dental, dándose los requisitos de dependencia, ajenidad y retribución-.

Ahora, y “dada la necesidad de atender a las múltiples circunstancias de cada caso”, considera adecuada la relación mercantil entre las partes, y concluye que los profesionales son trabajadores autónomos, pero advierte que esta doctrina no puede considerarse generalizable para todas las coyunturas de las clínicas dentales, sino solo para aquellos donde concurren las mismas circunstancias.

De una primera lectura se plantea un interrogante acerca de si es posible que el TS se contradiga. Entre los operadores jurídicos ya era un tema resuelto, tras sus sentencias precedentes, la existencia de laboralidad entre las clínicas dentales y los

odontólogos, por lo que, aparentemente, juzgar lo juzgado y emitir nuevas conclusiones crea confusión e inseguridad jurídica.

Para su adecuada comprensión cabe introducir, brevemente, los antecedentes de hecho: en primer lugar, el suceso tiene su origen en las actas de infracción y liquidación que levantó la ITSS de Madrid. Las siete personas que prestaban los servicios de odontología estaban integradas en el RETA y habían suscrito contratos como TRADES. Tras las actuaciones inspectoras, se constató las faltas de alta en el RGSS y la consecuente falta de cotización. Planteadas las alegaciones por la empresa se inicia el procedimiento de oficio instado por la ITSS, ya que se discutía la laboralidad.

Así, la primera sentencia de fecha 21 de febrero de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, desestima la demanda interpuesta por la TGSS y determina que la relación laboral entre AMBAR ODONTOLÓGICA, S.L. (clínica franquiciada de Vitaldent) y los trabajadores odontólogos tenía el carácter de mercantil, por lo que se admite el encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social como TRADES. A consecuencia, la TGSS interpuso recurso de suplicación con el objetivo de determinar que se trataba de un contrato laboral por concurrir la dependencia, ya que la empresa disponía de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios, estableciendo horarios, y facilitando medios materiales y personales. Además, la retribución es percibida a través de la empresa, la cual gestiona su cobro, entre otros motivos.

La Sala de lo Social del TSJ Madrid dictó sentencia, con fecha 30 de mayo de 2019, donde estimó el recurso y revocó la sentencia anteriormente mencionada, dejándola así sin efecto y determinando que se trataba de un contrato laboral. Finalmente, la clínica formuló recurso de casación para la unificación de doctrina y se consideró procedente.

Turno ahora para el TS, que mediante sus fundamentos de derecho desgrana la existencia o inexistencia de relación laboral, donde destaca un análisis y un balance de la jurisprudencia precedente, siendo de interés para futuros supuestos similares: por ejemplo, de la existencia de relación laboral en las SSTS 19 junio 2007 (Recud. 4883/2005), 19 julio 2007 (Recud. 1412/2006), 27 noviembre 2007 (Recud.2211/2006), 12 octubre 2008 (Recud. 5018/2005) y 7 octubre 2009 (Recud. 4169/2008); y de la inexistencia de relación laboral, la STS 13 noviembre 2013 (Recud. 2202/2012).

A modo de conclusión, y repasando la coyuntura concreta, determina que no existe contrato de trabajo porque estamos ante una actividad profesional en régimen de autoorganización, que asume los riesgos de impago, abona a la clínica una cantidad por el uso de sus instalaciones, sin ingresos fijos o clientela mínima garantizada por la franquiciada (ni por la franquiciadora), y sin prohibición de desarrollar la actividad en otras clínicas. No se acredita dependencia, sino libertad para fijar días y horarios de actividad. Se percibe un porcentaje de la facturación derivada de los servicios prestados

y cada profesional abona un canon a la clínica por utilizar sus instalaciones. Los precios son fijados por cada profesional, y existe una guía orientativa de la franquiciadora. De la facturación se descuenta un porcentaje por los materiales y medios personales facilitados por la empresa franquiciada. No existe dirección médica en la clínica, ni hay superior jerárquico de los Odontólogos, por lo que cada cual ha establecido su horario y gestionado su agenda conforme a su criterio personal, acudiendo uno o dos días por semana.

Finalmente, y como se apuntó previamente, no hace extensible el supuesto analizado a todas las clínicas dentales y a los profesionales odontólogos, salvo que se sucedan todas las condiciones descritas. Sin duda, un pronunciamiento que no deja indiferente a nadie, y todavía menos a las empresas que utilicen, en menor o mayor medida, la controvertida figura de los “falsos autónomos”, ya que disponen de un argumento sólido para la defensa de la configuración de sus relaciones de servicios.

La segunda sentencia, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, de 16 de mayo de 2023 (Rec. 1631/2021), tiene por objeto que la revisión de los actos declarativos de derechos de la Seguridad Social no puede llevarse a cabo por vía administrativa. La misma concluye que, “como regla general, cuando la TGSS considere que cuando una actividad profesional es simulada o fingida, la vía para anular el alta del beneficiario no es la revisión de oficio ex art. 146.2.a) LRJS, sino la formulación de la correspondiente demanda ante el órgano competente de la Jurisdicción Social”.

Se trata de la anulación del alta en el RETA de quien ha presentado la solicitud de alta y es el artífice de las omisiones e inexactitudes contenidas en su declaración, y se basa en una actuación previa de la ITSS que tiene presunción de certeza y que no fue desvirtuada. El interés casacional consiste en precisar la determinación de los supuestos en que las omisiones e inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario permiten la revisión de oficio por parte de la TGSS y, en particular, en los de simulación de actividad profesional por cuenta propia. Pues bien, sobre tal cuestión ya existía jurisprudencia de esta Sala, en las que se sintetizó una doctrina jurisprudencial que ahora se reitera, sin necesidad de corregirla, matizarla ni aclararla, siendo exponentes, entre otras, las SSTS 2213/2016, de 11 de octubre (Recud. 673/2015) y 74/2019, de 29 de enero (Recud. 2972/2016), las cuales citan, a su vez, la STS 8 de julio de 2014 (Recud. 3416/2012), y, más recientemente, las SSTS 1133/2021, de 15 de septiembre (Recud. 4068/2019), 1172/2021, de 27 de noviembre (Recud. 3043/2020) y 52/2022, de 24 de enero (Recud. 3236/2020).

En definitiva, la TGSS debió interesar la revisión de oficio ante la jurisdicción social, porque es la que detenta la competencia genuina para determinar si se falseó o no la actividad profesional por cuenta propia que da lugar al alta controvertida, y no se puede

acudir a la revisión de oficio porque no concurría la excepción prevista en el artículo 146.2.a) LRJS, al no tratarse aquí exactamente de un caso de omisiones o inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario, sino del ejercicio material de una actividad profesional independiente por parte del beneficiario necesaria para el acceso al RETA, que trasciende de una simple inexactitud u omisión en la declaración.

Su importancia subyace en la recopilación de su doctrina precedente, de interesante consulta para ocasiones similares, y principalmente por las actuaciones conjuntas y recurrentes que se materializan entre la ITSS y la TGSS respecto de las altas ficticias en el RETA, que presuntamente efectúan determinados trabajadores autónomos, donde tras una fase de investigación y distintas actuaciones inspectoras se puede concluir con la anulación de estas y, en las que el Alto Tribunal reitera que se debe acudir a la vía jurisdiccional social, sin que proceda operar de oficio en vía administrativa, no encajando para ese supuesto las omisiones o inexactitudes constatadas en las declaraciones del interesado. Coyuntura relevante, que puede encajar en aquellos expedientes que versen sobre los falsos autónomos —de la posible simulación de una relación laboral por cuenta propia cuando procedía formalizar entre empresa y trabajador un contrato por cuenta ajena—, o sobre aquellos trabajadores por cuenta propia que con su alta en el RETA pretenden hacer un uso fraudulento de las ventajas del Sistema de la Seguridad Social, sin que real y fehacientemente lleguen a prestar servicios como autónomos.

La tercera sentencia, es la relativa a la SAN 19 de septiembre de 2023 (Rec. 98/2023), la cual versa sobre la impugnación del acta de infracción por obstrucción materializada por el Cádiz Club de Fútbol, S.A.D. hacia la ITSS, donde se rebaja el importe de la sanción por “exceso de celo” de la entidad deportiva. En múltiples ocasiones el inicio de las actuaciones inspectoras tiene lugar con una visita al centro de trabajo de la empresa inspeccionada (según el art. 21 LOSITSS), que en esta ocasión fue la Ciudad Deportiva Bahía de Cádiz, donde tienen lugar, habitualmente, los entrenamientos del equipo de fútbol.

Las funcionarias actuantes vieron perjudicadas el éxito de sus funciones ante la ausencia de colaboración de los empleados del Club, sin que pudiera efectuarse las comprobaciones objeto de la visita inspectora, lo que derivó en una flagrante obstrucción, con la correspondiente acta de infracción con una sanción de 72.000 euros, ya que concurren las circunstancias agravantes previstas en el art. 39.2 LISOS, en concreto, el número de trabajadores afectados (cinco miembros del cuerpo técnico) y el volumen de negocio de la empresa (72.680.480 euros).

El propio CGPJ emitió un comunicado al respecto⁷⁰, y la noticia se expandió en la prensa nacional⁷¹, siendo compartida en múltiples canales y redes sociales, en primer lugar, por lo conocido de los sujetos implicados y, en segundo lugar, porque la SAN 18 de septiembre de 2023 (Rec. 98/2023), rebaja el importe de la sanción a 30.001 euros.

Respecto de las partes, Cádiz Club de Fútbol, S.A.D. e ITSS, se merecen una apreciación, sobre todo del sujeto responsable, que por mucha repercusión que tenga en el ámbito deportivo no puede sorprender que también pueda ser objeto de inspección en el orden social. No existe ni deben existir empresas ajenas o excluidas de una investigación y de actuaciones inspectoras. Lo que debería llamar la atención es la ausencia de colaboración que se mostró con la ITSS en el transcurso de la visita inspectora, y del forzado desconocimiento de la norma que expusieron los empleados del Club, a pesar de las explicaciones fundadas en derecho que reiteradamente aportaban las inspectoras actuantes. Se relatan en los hechos probados manifestaciones de los responsables de la empresa, del tipo: “qué queréis que pierdan en partido del domingo”, o “de que equipo sois, se nota que no sois del Cádiz”. Se mantuvo la decisión de no interrumpir el entrenamiento a pesar de la insistencia y la paciencia de las funcionarias.

Colaboración que, si prestaron posteriormente, tanto en la comparecencia que tuvo lugar en las dependencias de la ITSS de Cádiz, como en una segunda visita inspectora, pero que no evitó diluir el perjuicio causado previamente.

Y, la segunda circunstancia a valorar sería la disminución de la sanción, con una importante reducción, ya que la AN, sin discutir la presunción de certeza y de veracidad atribuida al acta de infracción, aprecia “exceso de celo” de la sociedad anónima deportiva, que pretendía “preservar la intimidad del entrenamiento del equipo”. La demanda interpuesta por el sujeto responsable se estima parcialmente, y la sanción queda fijada en 30.001 euros, ya que se considera adecuada la proporcionalidad de la sanción. Considera que la cifra de negocios hace que la sanción deba cuantificarse en su grado medio, pero que el número de trabajadores afectados (cinco) no es una cantidad destacable, se entiende que “no se ha apreciado ánimo defraudatorio alguno en la conducta, ni de ocultar eventuales lesiones que se estuviesen produciendo a los

⁷⁰ CGPJ, comunicación del 3 de octubre de 2023. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Multa-de-30-001-euros-al-Cadiz-C-F--por-impedir-acceso-a-la-ciudad-deportiva-a-dos-inspectoras-trabajo-para-no-interrumpir-el-entrenamiento-> (acceso: 03/10/2023).

⁷¹ www.elpais.com, noticia del 3 de octubre de 2023, firmada por el periodista J. J. Gálvez. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2023-10-03/multado-el-cadiz-por-impedir-una-inspeccion-de-trabajo-al-grito-de-que-queréis-que-pierdan-el-partido-del-domingo.html> (acceso: 03/10/2023).

afectados con relación a sus derechos laborales o de Seguridad Social”, y se valora positivamente la colaboración que a posteriori exhibió la entidad.

E aquí la cuestión controvertida de la sentencia, que podría abrir la puerta a específicas conductas obstructoras de las empresas en el transcurso de las visitas inspectoras, se obvia por la Sala, en la configuración de su pronunciamiento judicial, un reconocimiento expreso de las facultades de los inspectores y subinspectores, como es la entrada libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo (art. 13.1 LOSITSS), así como la colaboración que deben prestar los empresarios, los trabajadores y los representantes de ambos, en concreto: atender debidamente a los inspectores y a los subinspectores, acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo, colaborar con ellos con ocasión de visitas u otras actuaciones inspectoras, y declarar ante el funcionario actuante sobre cuestiones que afecten a las comprobaciones inspectoras, así como a facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones (art. 18.1 LOSITSS).

Se añora contundencia y reafirmación de las competencias y funciones que centenariamente ostentan los funcionarios de la ITSS, y no resulta adecuada la senda a recorrer que propone la AN porque resta importancia a la actividad inspectora que se realiza diariamente, ya que muestra un ejemplo a las empresas que no deberían copiar. La colaboración con la ITSS debe ser plena, con independencia de la empresa, de su relevancia social o de su actividad, y para ello contamos con el efecto disuasorio de las sanciones impuestas, donde los criterios de graduación del procedimiento sancionador en el orden social merecen una profunda revisión, no solo por el caso desarrollado sino por múltiples ocasiones donde resulta complejo su correcta aplicación.

8.6. La solución extrajudicial

Los sistemas de solución extrajudicial, constituidos por la mediación y el arbitraje, siguen siendo la asignatura pendiente de nuestro sistema de relaciones laborales, sobre todo en lo que al segundo de los mecanismos se refiere. Esta cuestión se pone de manifiesto cuando se comparan a simple vista el número de resoluciones judiciales con la de acuerdos resultantes de la mediación y los laudos dictados, los cuales son numéricamente inferiores.

Lo cierto es que existe un importante desconocimiento de tales vías de resolución de discrepancias por parte de los sujetos intervinientes en las relaciones de trabajo. Sigue manteniéndose la preferencia por acudir a las instancias judiciales en lugar de a un mediador o un árbitro para poner fin a la controversia. Ello, pese a las innegables ventajas que ofrecen a las partes dichos mecanismos. En el año 2023 han sido escasos

los laudos arbitrajes dictados, sobre todo a nivel estatal. De hecho, solo se ha dictado un laudo en lo que llevamos de año a nivel estatal, mientras que, en el ámbito de las Comunidades autónomas encontramos hasta un total de cuatro, tal y como se constata de la información obtenida del Registro y Depósito de Convenio Colectivos.

En esta ocasión, el objeto de atención es la STS 21 de febrero de 2023 (Rec. 3723/2021), la cual es sumamente peculiar por la normativa aplicable al caso concreto. El asunto objeto de litigio versa sobre la conducción bajo los efectos de sustancias químicas de un conductor de autobús en el que viajaban 39 pasajeros. Se detectó esta situación a través de un control rutinario de la Guardia Civil en el que se practicó al trabajador de la compañía de transporte una prueba de alcoholemia y drogas, arrojando un resultado positivo en cocaína, tras lo cual fue inmediatamente despedido.

En los hechos no solo se valora el despido disciplinario, sino también la gravedad de los hechos por incumplimiento de un deber laboral, el cual constituye una infracción administrativa en materia vial al poner en peligro la vida de las personas transportadas, así como de aquellos que circulan por la vía pública. Todo ello, sin perjuicio del daño que a la imagen pública de la empresa se podría causar.

La infracción normativa se produce, a juicio de la empresa de autobuses para la que prestaba servicios el conductor, con respecto al art. 54.2.d) ET y al Laudo arbitral de fecha de 24 de noviembre de 2000, dictado por D. Alfonso Morón Merchante en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada Ordenanza Laboral para las Empresas de Transporte por Carretera, aprobada por Orden de 20 de marzo de 1971, en lo que se refiere al Subsector de Transporte de Viajeros por Carretera. Dicha resolución arbitral viene a desempeñar las funciones de un convenio colectivo, por lo que tiene la consideración de una norma paccionada y convive con el convenio colectivo aplicable, negociado con posterioridad.

Sin embargo, la parte asalariada considera que no hubo ninguna anomalía en la conducción, por lo que lo dispuesto en el Cap. V del Laudo no sería de aplicación al indicar éste que se produce una transgresión de la buena fe cuando la superación de la tasa de alcoholemia fijada reglamentariamente en cada momento durante el trabajo para el personal conductor, así como la conducción bajo los efectos de drogas, sustancias alucinógenas o estupefacientes. Asimismo, continúa el relato con la literalidad del laudo, por cuanto que las imprudencias o negligencias que afecten a la seguridad o regularidad del servicio imputables a los trabajadores, así como el incumplimiento de las disposiciones aplicables cuando con ello se ponga en peligro la seguridad de la empresa, personal usuario o tercero, comportará una falta muy grave, sin que sea este el supuesto de hecho.

En sentencias precedentes, tal y como es la del TSJ Galicia de 10 de diciembre de 2018, se consideró como procedente el despido del conductor por el consumo de cannabis, aun siendo este consciente de que se trataba de una actuación prohibida por la empresa. También confirmó la transgresión de la buena fe la STSJ Andalucía, de 14 de enero de 2021, cuando se enjuició el supuesto de un trabajador que acudía a su puesto de trabajo de forma reiterada bajo los efectos del alcohol. Por ello, habría que extender la interpretación del laudo al supuesto ahora comentado.

Si bien, es cierto que el Laudo por el que se rige este tipo de relación de trabajo no precisa de exteriorización o percepción subjetiva por parte de terceros para que se considere que se ha llevado a cabo la conducción bajo los efectos del alcohol o de las drogas y que, por tanto, se esté cometiendo una infracción grave. En tal sentido, resulta de interés la interpretación que se puede llevar a cabo sobre la manifestación de tales influjos, la cual puede ser literal, sistemática o finalista. Sin embargo, al tratarse de una infracción que conecta con cualquiera de las tipificadas en el código de circulación vial, no cabría más que ratificar la procedencia del despido. A mayor abundamiento, si se lleva a cabo un juicio de ponderación con otra serie de derechos e intereses en juego, tal y como son el derecho a la vida y a la integridad física, queda del todo claro cuál debe ser la calificación de la extinción de la relación laboral por la transgresión de la buena fe. Esta consideración nos parece ajustada al caso concreto, pues no se trataba de un mero transporte (de mercancías), sino de personas. Entendemos que el bien jurídico protegido son los pasajeros, por lo que la consumición de alcohol o drogas debe ser calificada como una infracción grave. El Laudo habrá de interpretarse en un sentido restrictivo, sin que quepa matizar las palabras del árbitro.

Por último, conviene señalar que el asunto resulta interesante, más allá de la improcedencia o procedencia del despido disciplinario, pues se pone de relieve la función normativa del laudo que viene a sustituir a una institución, tal y como es el convenio colectivo. A su vez, la resolución arbitral, tal y como en este caso ocurre, puede venir a cubrir un vacío normativo (de convenio colectivo) durante un largo periodo de tiempo. En concreto, hablamos de un laudo dictado a principios de los años 70 que sigue siendo referente en un sector concreto, el cual se mueve entre los límites de la laboralidad y el trabajo por cuenta ajena. Por tanto, a través del comentario de dicha resolución judicial se pretende dar a conocer las posibilidades de un arbitraje, pues, en el caso comentado, el laudo vino a sustituir al convenio colectivo cuando la negociación colectiva era imposible.

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 (RGDTSS, nº 61), Gaspar Bayón Chacón (RGDTSS, nº 62), Manuel Alonso Olea (RGDTSS, nº 63) y Manuel Alonso García (RGDTSS, nº 64). 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: Efrén Borrajo Dacruz (RGDTSS, nº 65), Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (RGDTSS, nº 66) y Luis Enrique de la Villa Gil (RGDTSS, nº 67).

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 [Y LITERARIA] DEL PROFESOR LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

Por

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA
Abogado Laboralista

LuisEnrique.DelaVilla@hoganlovells.com / diego.delavilla@es.issworld.com

ÍNDICE SISTEMÁTICO ¹

- a) Manuales y Libros de carácter general (14).
- b) Monografías (7).
- c) Libros Dirigidos, Codirigidos o Coordinados (25).
- d) Libros Anuarios Dirigidos, Codirigidos o Coordinados (21).
- e) Libros de Documentos e Informes Dirigidos, Codirigidos o Coordinados (4).
- f) Libros de Materiales, Lecturas y Antologías (7).
- g) Libros de Casos y Ejercicios Prácticos (11).
- h) Libros de Comentarios a Textos Legales (5).
- i) Libros de Recopilaciones Legales (14).
- j) Libros de Recopilaciones de Doctrina Judicial y de Jurisprudencia (5).
- k) Libros Traducidos (3).
- l) Libros Inéditos (8).
- m) Artículos y Estudios (119).
- n) Artículos y Estudios en el Extranjero (11).
- ñ) Ponencias y Comunicaciones (35).
- o) Ponencias y Comunicaciones en el Extranjero (7).
- p) Dictámenes, Informes e Informes comentados (22).
- q) Escritos en Homenaje e In Memoriam (70).
- r) Comentarios de Doctrina Judicial y de Jurisprudencia (84).
- s) Conferencias, Discursos, Lecciones e Intervenciones en Mesas Redondas o similares (37).
- t) Conferencias y Discursos en el Extranjero (8).
- u) Escritos en Soporte Digital (4+34).
- v) Prólogos, Editoriales, Presentaciones y similares (127).

¹ Bibliografía inicialmente recopilada por M.^a Jesús de la Serna Ferrer en los *Cuadernos de Derecho del Trabajo*. Madrid, Sociedad de Estudios Laborales (SELSA), 1977, nº 3, pp. 385-392 (140 referencias). Revisada y actualizada por la misma autora en el libro Aavv (Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), *El Derecho del Trabajo en España*. Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981, tomo II, pp. 1.713-1.723 (173 referencias). Revisada y actualizada por la misma autora, con adición del CV completo, en Aavv. *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001, pp. 1.031-1.068 (498 referencias). Revisada y actualizada por los Coordinadores del libro Aavv (Coord. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta Estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus cincuenta años de dedicación universitaria*. Madrid, Ediciones del Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 1.873-1.931 (591 referencias). Revisada y actualizada, únicamente respecto de la obra sobre Protección Social, por Guzmán de la Villa de la Serna, en Aavv (Coord. Lourdes López Cumbre), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil, con motivo de su jubilación*. Editorial Iustel, Portal Derecho. 2007, pp. 2.313-2.332 (179 referencias).

- w) Discursos académicos de Investidura (1).
- x) Escritos literarios (21).
- y) Artículos Periodísticos (73).
- z) Obra menor (39).

a) Manuales y Libros de carácter general (14)

1 (1). *Manual de Seguridad Social*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1977, 576 pp.; 2ª edición, 1979, 758 pp.[colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

2 (2). *Introducción a la Economía del trabajo. Manual de Derecho del Trabajo para Economistas*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1976, 822 pp.[colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

3 (3). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1977, 822 pp.[colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

4 (4). *Introducción a la Economía del Trabajo*. Madrid, Editorial Debate, vol. II, 1977, 742 pp.; 2ª ed. 1982, 867 pp.[colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

5 (5). *Introducción a la Economía del Trabajo*. Madrid, Editorial Debate, vol. I, 1978, I, 819 pp.; reimpresión 1980 [colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

6 (6). *Introducción a la Economía del Trabajo*. Madrid, Editorial Debate, Addenda al vol. I, 1981, 143 pp.[colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

7 (7). *Panorama de las relaciones laborales en España*. Madrid, Editorial Tecnos, 1983, 284 pp.[capítulo I, reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios financieros, 2006, pp.219-246, con Nota introductoria del profesor y abogado Félix Herrero Alarcón, 215-217].

8 (8). *Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales*. Madrid, Editorial del Centro de Estudios Ramón Areces, 1983, 558 pp.; 1ª reimpresión, 1988; 2ª reimpresión, 1991; 2ª edición, 1991, 855 pp.[colaboración Gabriel García Becedas e Ignacio García-Perrote Escartín].

9 (9) *Lecciones de Seguridad Social*. Madrid, Editorial Akal. Iure, 1987, 160 pp; 1ª reimpresión, 1988; 2ª reimpresión, 1989; 2ª edición revisada, 1990, 124 pp.

10 (10). *La formación histórica del Derecho español de trabajo*. Granada, Editorial Comares, 2002, 512 pp.

11 (11). *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta Estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil en homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (Coord. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín). Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, 1.974 pp.

12 (12). *Esquemas de Derecho del Trabajo, 1971-1972*. Valencia, Universidad Literaria, 2007, 594 pp; Palabras del Rector, Presentación del Decano, Introducción del Profesor Jesús García Ortega y Prólogo de los Profesores Luis Miguel Camps Ruiz, José Ignacio García Ninet y Francisco López-Tarruella Martínez [reproducida su lección 5ª en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.343-359, con Nota introductoria del profesor Luis Miguel Camps Ruiz, pp.341-342].

13 (13). *Manual de Introducción al Derecho*. Unidades Didácticas para la Universidad a Distancia de Madrid, Edición en Carpeta, Centro de Estudios Financieros y Universidad a Distancia de Madrid, 2008; 2ª edición, formato libro, 2009, 351 pp.; 3ª edición, 2012, 437 pp; 3ª ed.revisada, Isabel Sánchez de Movellán Torent y María José Hernández Durán, 2024, 367 pp.

14 (14). *El Derecho del Trabajo a mis ochenta años*. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, prólogo de Manuel Carlos Palomeque López, 169 pp.

b) Monografías (7)

15 (1). *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del artículo 76 de la Ley de Contrato de Trabajo*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960, 340 pp.

16 (2). *El trabajo a domicilio*. Prólogo de Eugenio Pérez Botija, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1966, 602 pp.[reproducido su capítulo XIII A) en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.607-656, con Nota introductoria del profesor Ignacio García Ninet, pp.603-606].

17 (3). *Administración Laboral y de Seguridad Social*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, 167 pp.

18 (4). *Los orígenes de la Administración laboral en España*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, 80 pp.

19 (5). *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*. Prólogo de Andrés de la Oliva de Castro. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1971, 369 pp.

20 (6). *La amnistía laboral. Una crítica política y jurídica*. Madrid, Editorial De la Torre, 1978, 222 pp.[colaboración Aurelio Desdentado Bonete y Letrados del Bufete Laboral, Fuencarral, nº 137].

21 (7). *La participación de los trabajadores en la empresa*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1980, 299 pp.

c) Libros Dirigidos, Codirigidos o Coordinados (25)

22 (1). *Estudios de Administración Laboral*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1966, 239 pp.

23 (2). *La Seguridad Social de los funcionarios públicos de la Administración Institucional*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1968, 686 pp.

24 (3). *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*. Madrid, Subsecretaría de Planificación de la Presidencia del Gobierno, 1977, 797 pp.

25 (4). *Relaciones de trabajo. Comentarios al Real Decreto-Ley 17/77*. Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, 1977, 279 pp.

26 (5). *La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia. Informe Auroux*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, 382 pp.

27 (6). *Régimen jurídico laboral de las PYMES en España*. Madrid, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, 1985, 136 pp.

28 (7). *Contratos de trabajo temporales*. Madrid, Akal. Jure, 1987 [colaboración Jesús Mercader Uguina y Yolanda Valdeolivas García].

29 (8). *Derecho Laboral. Trabajo y Seguridad Social. Temas de ingreso a la Carrera Judicial*. Madrid, Akal, Jure, 1988 [colaboración Isidoro López Peña].

30 (9). *Derecho del trabajo, democracia y crisis en Europa occidental y en América*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, 370 pp.[colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

31 (10). *Estudios sobre jornada de trabajo*. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1991, 780 pp.

32 (11). *Estudios varios. Homenaje al Profesor Juan Velarde Fuertes*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, nº 9, 349 pp.

33 (12). *Lecciones de Seguridad Social*. Editorial Akal. Jure, 3ª ed. rev., 1992, 131 pp; 4ª ed. rev. 1994, 131 pp; 5ª ed. Rev. 1996. 138 pp.[colaboración Lourdes López Cumbre].

34 (13). *Estudios sobre el salario*. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1993, 893 pp.

35 (14) *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*. Madrid. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Marcial Pons, 1995, 571 pp.

36 (15). *Derecho de la Seguridad Social. Libro colectivo de diversos autores y cátedras de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Valencia, Tirant lo blanch, 1997; 2ª edición, 1999; 3ª edición, 2002 y 4ª edición, 2004, 1.036 pp.

37 (16). *Los principios del Derecho del trabajo*. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, 423 pp.[colaboración Lourdes López Cumbre].

38 (17). *Manuel Alonso Olea. In Memoriam*. Madrid, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Centro de Estudios Financieros, 2004, 232 pp.

39 (18). *La situación y los derechos de los sacerdotes y religiosos secularizados*. Madrid, Ediciones Cinca, 2007, 313 pp.

40 (19). *Libro Blanco sobre la Pequeña y Mediana Empresa. 83 propuestas para un Plan Marco normativo*. Madrid, Confederación Empresarial de Madrid/Fundación Cultural Banesto/Fundación Sagardoy, 2006, 329 pp.

41 (20). *El Trabajo. Dedicado al Profesor Dr. Juan Rivero Lamas*. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, 528 pp.

42 (21). *Los sindicatos. Homenaje al Profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación*. Valladolid, Editorial Lex Nova/Thomson Reuters, 2014, 461 pp.[colaboración Ignacio García-Perrote Escartín].

43 (22). *Semblanza de grandes laboralistas. Gaspar Bayón Chacón*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2015, 146 pp.

44 (23). *Semblanza de grandes laboralistas. Eugenio Pérez Botija*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, 202 pp.

45 (24). *Semblanza de grandes laboralistas. Manuel Alonso García*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, 245 pp.

46 (25). *Sagardoy Abogados. Libro Conmemorativo del 40º Aniversario*. Madrid, Ius Laboris Spain, 2021, 209 pp.

d) Libros Anuarios Dirigidos, Codirigidos o Coordinados (21)

47 (1). *La transición política y los trabajadores. Anuario de las relaciones laborales en España, 1977*. Madrid Editorial de la Torre, 1978, 395 pp.

48 (2). *Anuario Laboral para Abogados 2007*. Madrid, Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2008, 787 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

49 (3). *Anuario Laboral para Abogados 2009. Los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*. Madrid, Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2009, 892 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

50 (4). *Anuario Laboral para Abogados 2010. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*. Madrid, Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2009, 923 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

51 (5). *Anuario Laboral para Abogados 2011. Los casos más relevantes en 2010 de los grandes despachos*. Madrid, Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2011, 888 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

52 (6). *Práctica laboral para Abogados 2012. Los casos más relevantes en 2011 de los grandes despachos*. Madrid, Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2012, 975 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

53 (7). *Práctica laboral para Abogados 2013. Los casos más relevantes en 2012 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2013, 825 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

54 (8). *Práctica laboral para Abogados 2014. Los casos más relevantes en 2013 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2014, 939 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

55 (9). *Práctica laboral para Abogados 2015. Los casos más relevantes en 2014 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2015, 894 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

56 (10). *Práctica laboral para Abogados 2016. Los casos más relevantes en 2015 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2016, 854 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

57 (11). *Práctica laboral para Abogados 2015. Los casos más relevantes en 2014 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2015, 894 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

58 (12). *Práctica laboral para Abogados 2015. Los casos más relevantes en 2014 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2015, 894 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

59 (13). *Práctica laboral para Abogados 2016. Los casos más relevantes en 2014 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2015, 854 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

60 (14). *Práctica laboral para Abogados 2017. Los casos más relevantes en 2016 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2017, 791 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

61 (15). *Práctica laboral para Abogados 2018. Los casos más relevantes en 2017 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2018, 867 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

62 (16). *Práctica laboral para Abogados 2019. Los casos más relevantes en 2018 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2019, 831 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea e Ignacio García Perrote-Escartín].

63 (17). *Práctica laboral para Abogados 2020. Los casos más relevantes en 2019 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2020, 812 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y Jesús Mercader Uguina].

64 (18). *Práctica laboral para Abogados 2021. Los casos más relevantes en 2020 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2021, 774 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y Jesús Mercader Uguina].

65 (19). *Práctica laboral para Abogados 2022. Los casos más relevantes en 2021 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2022, 708 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y Jesús Mercader Uguina].

66 (20). *Práctica laboral para Abogados 2023. Los casos más relevantes en 2022 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2023, 748 pp.[colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y Jesús Mercader Uguina].

67 (21). *Práctica laboral para Abogados 2024. Los casos más relevantes en 2023 de los grandes despachos*. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer, 2024, en prensa [colaboración Salvador del Rey Guanter, Federico Durán López, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y Jesús Mercader Uguina].

e) Libros de Documentos e Informes, Dirigidos, Codirigidos o Coordinados (4)

68 (1). *Informe sobre la reforma del sistema español de Seguridad social*. Madrid, Fundación de Investigaciones Económicas y Sociales Aplicadas, 1983, 154 pp.[colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

69 (2). *Informe de diversas Universidades sobre Interrogantes del Derecho colectivo postconstitucional en España*. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, nº 73, 423 pp.

70 (3). *Informe sobre la reforma del sistema español de Seguridad social*. Madrid, Fundación de Investigaciones Económicas y Sociales Aplicadas, 1985, 296 pp.[colaboración Aurelio Desdentado Bonete; revisión y actualización Tomás Sala Franco y Juan Manuel Ramírez Martínez].

71 (4). *Informe de diversas Universidades sobre Derechos de información en materia de contratación laboral; la copia básica*. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, nº 100, 1.065 pp.

f) Libros de Materiales, Lecturas y Antologías (7)

72 (1). *Armonización de la Seguridad social en la CEE*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1975, 491 pp.

73 (2). *Materiales para el estudio del sindicato*. Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1979, 302 pp.

74 (3). *Materiales para el estudio del sindicato. Addenda*. Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981, 138 pp.

75 (4). *El Derecho del trabajo en España. Antología doctrinal, documentos, jurisprudencia, legislación básica y selección bibliográfica*. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1981, 2 tomos, 1.878 pp.[colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

76 (5). *Materiales para el estudio del sindicato*. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, 1.216 pp.

77 (6). *Los grandes pactos, acuerdos y convenios colectivos a partir de la transición democrática. Antología*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, 815 pp.[reproducidas sus pp.15-43 en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.513-543, con Nota introductoria del profesor David Lantarón Barquín, pp.509-511].

78 (7). *Documentos de Derecho del trabajo y de la Seguridad social*. Madrid, Civitas, 1992, 418 pp.

g) Libros de Casos y Ejercicios Prácticos (11)

79 (1). *El método de casos*. Documentación Administrativa. Madrid, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1960, nº 35, pp.3-10 [colaboración José Manuel Allendesalazar Valdés].

80 (2). *Casos prácticos de Derecho del trabajo y Seguridad social, I*. Madrid, Instituto de Estudios Sindicales, 1977, 885 pp.[colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

81 (3). *Ejercicios prácticos sobre el Contrato de trabajo*. Madrid, Editorial Ceura, 1984, 230 pp.; reimposición, 1986 [colaboración Aurora Domínguez González].

82 (4). *Ejercicios prácticos sobre Derecho sindical*. Madrid, Editorial Ceura, 1984, 414 pp.[colaboración Gabriel García Becedas].

83 (5). *Ejercicios prácticos sobre Seguridad social*. Madrid, Editorial Ceura, 1986, 326 pp.[colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

84 (6). *Derechos de los extranjeros en España*. Caso práctico nº 27 para el Practicum/2001 de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Programa Practicum Juris, 2001. Publicaciones UAM, 2001, pp.113-115.

85 (7). *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Caso práctico nº 12 para el Practicum/2002 de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Programa Practicum Juris, 2002. Publicaciones UAM, 2002, pp.73-74.

86 (8). *Despido, nulidad del contrato de trabajo, lesión de los derechos fundamentales a la intimidad de la trabajadora y a la igualdad de trato*. Caso práctico nº 7 para el Practicum/2004 de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Programa Practicum Juris, 2004. Publicaciones UAM, 2004, pp.61-64.

87 (9) *Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, debido al incumplimiento contractual del empleador y lesión de los derechos fundamentales a la integridad moral y conexos*. Caso práctico nº 28 para el Practicum/2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Programa Practicum Juris, 2005. Publicaciones UAM, 2005, pp.125-128.

88 (10). *Contrato de trabajo celebrado entre un pequeño empresario español y un inmigrante en situación irregular. Reclamación salarial. Denuncia a la Inspección de Trabajo. Solicitud de prestaciones por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. Posterior solicitud de prestaciones por desempleo*. Caso práctico nº 24 para el Practicum/2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Programa Practicum Juris, 2006. Publicaciones UAM, 2006, pp.115-118.

89 (11). *Contrato de trabajo, existencia y naturaleza. Contrato de arrendamiento de servicios. sociedad civil como empleadora. derechos laborales y sociales de los trabajadores extranjeros en situación irregular. demanda de despido nulo o improcedente*. Caso práctico nº 26 para el Practicum/2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Programa Practicum Juris, 2007. Publicaciones UAM, 2007, pp.129-134.

h) Libros de Comentarios a Textos Legales (5)

90 (1). *El Estatuto de los trabajadores. Antecedentes normativos, concordancias, jurisprudencia reciente y bibliografía*. Madrid, Mutua Castilla, 1980, 377 pp.[colaboración Letrados del Bufete Laboral, Fuencarral, nº 137].

91 (2). *Ley de Procedimiento Laboral. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Doctrina*. Madrid, Editorial Colex, 5ª edición, 2002, 778 pp.[colaboración Juan Damián Moreno, Profesores del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid y Letrados del Bufete de la Villa].

92 (3). *Ley General de Seguridad Social. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Doctrina*. Madrid, Editorial Colex, 2004, 1.136 pp.[colaboración Profesores del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid y Letrados del Bufete de la Villa].

93 (4). *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con Jurisprudencia*. Madrid, Editorial La Ley y Grupo Wolters Kluwer, 2006, 2.071 pp.[colaboración Magistrados Luis Ramón García Garrido, Fernando Salinas Molina y María Luz García Paredes y Catedráticos de Derecho del Trabajo Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Mercader Uguina].

94 (5). *Ley del Estatuto de los Trabajadores. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Doctrina*. Madrid, Iustel, 2010, 1.446 pp.[colaboración Profesores del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid, de otras Universidades y Letrados del Bufete de la Villa].

i) Libros de Recopilaciones Legales (14)

95 (1). *La participación de los trabajadores en la empresa. Texto y Documentos*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1979, 195 pp.[colaboración Gabriel García Becedas e Ignacio García-Perrote Escartín].

96 (2). *Leyes Laborales*. Madrid, Editorial Akal, 1981, 1.072 pp.; 2ª edición, 1986, 1.584 pp.[colaboración Aurora Domínguez González].

97 (3). *Leyes Sindicales*. Madrid, Editorial Akal, 1982, 681 pp.[colaboración Gabriel García Becedas].

98 (4). *Leyes Laborales y Sindicales. Apéndice, 1984*. Madrid, Editorial Akal, 1984, 127 pp.[colaboración Gabriel García Becedas y Aurora Domínguez González].

99 (5). *Leyes de Seguridad Social*. Madrid, Editorial Akal, 1985, 1.680 pp.[colaboración Aurelio Desdentado Bonete y Enrique Juanes Fraga].

100 (6). *Compendio de Leyes Sociales*. Madrid, Editorial Akal, 1991, 712 pp.[colaboración Gabriel García Becedas y Aurora Domínguez González].

101 (7). *Compendio de Leyes Sociales*. Madrid, Editorial Akal, 1995, 2ª ed. 750 pp.[colaboración Gabriel García Becedas, Aurora Domínguez González, Lourdes López Cumbre y Magdalena Nogueira Guastavino].

102 (8). *Leyes de Seguridad Social*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, 728 pp.[colaboración Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús Mercader Uguina, Lourdes López Cumbre y Juan de la Villa de la Serna].

103 (9). *Pensiones Privadas. Planes y Fondos de Pensiones. Seguros de Vida. Entidades de Previsión Social*. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1997, 961 pp.[colaboración Juan de la Villa de la Serna, Luis Enrique de la Villa de la Serna, y Antonio Cebrián Carrillo].

104 (10). *Leyes Laborales y Sindicales*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, 881 pp.[colaboración Gabriel García Becedas, Aurora Domínguez González, Lourdes López Cumbre y Luis Enrique de la Villa de la Serna].

105 (11). *Leyes Sociales Internacionales y Comunitarias, vol. I, Tratados y Convenios Universales y Normas Comunitarias*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, 863 pp.[colaboración Ricardo Morón Prieto y Diego de la Villa de la Serna].

106 (12) *Leyes Sociales Internacionales y Comunitarias, vol. II, Convenios de la OIT ratificados por España, Convenios en el Espacio Europeo y Anexos*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, 1.021 pp.[colaboración José Ignacio García Ninet, Magdalena Nogueira Guastavino y José Javier Morro López].

107 (13). *Leyes de Seguridad Social*. Madrid (Ceura), 2ª edición, 2000, 701 pp.[colaboración Ignacio García-Perrote Escartín, Lourdes López Cumbre, José Antonio Panizo Robles y Juan de la Villa de la Serna].

108 (14). *Leyes Laborales y de Seguridad Social*. Madrid, Iustel, 2007, 1.664 pp.; 2ª edición 2008, 1.712 pp.[colaboración Luis Miguel Camps Ruiz, Gabriel García Becedas, Ignacio García Ninet, Ignacio García-Perrote Escartín, Lourdes López Cumbre, Francisco López-Tarruella Martínez, Jesús R. Mercader Uguina, Jaime Montalvo Correa y Manuel Carlos Palomeque López].

j) Libros de Recopilaciones de Doctrina Judicial y de Jurisprudencia (5)

109 (1) *Compendio de Jurisprudencia Sistematizada, Civil, Penal, Administrativa y Social*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1962, vol. I, 305 pp.[colaboración Ricardo Ruiz Serramalera, Gonzalo Rodríguez Mourullo y Francisco González Navarro].

110 (2) *Compendio de Jurisprudencia Sistematizada, Civil, Penal, Administrativa y Social*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1963, vol. II, 525 pp.[colaboración Ricardo Ruiz Serramalera, Gonzalo Rodríguez Mourullo y Francisco González Navarro].

111 (3) *Compendio de Jurisprudencia Sistematizada, Civil, Penal, Administrativa y Social*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1963, vol. III, 445 pp.[colaboración Ricardo Ruiz Serramalera, Gonzalo Rodríguez Mourullo y Francisco González Navarro].

112 (4) *Compendio de Jurisprudencia Sistematizada, Civil, Penal, Administrativa y Social*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1964, vol. IV, 601 pp.[colaboración Ricardo Ruiz Serramalera, Gonzalo Rodríguez Mourullo y Francisco González Navarro].

113 (5). *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Selección de sentencias*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, 520 pp.[colaboración Gregorio Tudela Cambroneró].

k) Libros Traducidos (3)

114 (1). *Alfred Hueck y Hans C. Nipperdey, Grundriss des Arbeitsrechts//Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, 570 pp.[colaboración Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer].

115 (2). *Jean Claude Javillier, Droit du travail//Derecho del Trabajo*. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1982, 640 pp.[colaboración Profesores del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid (Coord. Gregorio Tudela Cambroneró) y Manuel Carlos Palomeque López].

116 (3). *Denis Carrier, La stratégie de la négociation collective//La estrategia de la negociación colectiva*. Madrid, Editorial Tecnos, 1982, 252 pp.[colaboración Teófilo Delgado López].

l) Libros inéditos (8)

117 (1). *La compensación del salario*. Trabajo para la firma de Oposiciones a Cátedra de Derecho del Trabajo en las Universidades de Valencia y Murcia, 1961 [mecanografiado], 230 pp.

118 (2). *Ordenamientos anglosajones. Memoria de Cátedra*, 1969, Apéndice I [mecanografiado], 364 pp.

119 (3) *Ordenamientos francés y de influencia francesa. Memoria de Cátedra*, 1969, Apéndice II [mecanografiado], 442 pp.

120 (4) *Ordenamientos germánicos. Memoria de Cátedra*, 1969, Apéndice III [mecanografiado], 367 pp.

121 (5) *Otros ordenamientos europeos. Italiano, comunistas, escandinavos y varios. Memoria de Cátedra*, 1969, Apéndice IV [mecanografiado], 287 pp.

122 (6) *Ordenamientos iberoamericanos y de otros continentes. América, Asia y África. Memoria de Cátedra*, 1969, Apéndice V [mecanografiado], 203 pp.

123 (7) *Encuesta acerca de la organización y funcionamiento de las "colectivizaciones" en la región valenciana*. Valencia, Facultad de Derecho de la Universidad Literaria, 1972 [ciclostil], 440 pp.(colaboración exmilitantes de UGT y CNT del País Valenciano).

124 (8). *Significado y régimen de las asociaciones profesionales no sindicales*. Madrid, 1977, 442 pp.[mecanografiado; colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y Aurora Domínguez González].

m) Artículos y Estudios (119)

125 (1). *Contratos especiales de trabajo. Particularidades extintivas*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1959, vol. III, nº 6, pp.349-415.

126 (2). *La codecisión y la cogestión en las esferas privada y pública. Un estudio descriptivo del sistema alemán. Dedicado al profesor Dr. Wolfgang Siebert*. Cuadernos de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, nº 41, pp.39-117 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.191-1.254, con Nota introductoria de la profesora Antonia Corrales Moreno, pp.1.189-1.190].

127 (3). *Hacia una reforma de la Seguridad social de los funcionarios públicos*. Documentación Administrativa. Madrid, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1960, nº 32-33, pp.25-34.

128 (4). *El humanismo en la empresa cooperativa*. Revista Jornal. Madrid, Organización Sindical, 1960, nº 82, pp.430-446.

129 (5). *Los deberes éticos en el contrato de trabajo. En torno al artículo 72 de la Ley de Contrato de Trabajo, I*. Revista de Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Tecnos, 1960, nº 38, pp.23-25.

130 (6). *Los deberes éticos en el contrato de trabajo. En torno al artículo 72 de la Ley de Contrato de Trabajo, II*. Revista de Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Tecnos, 1960, nº 39, pp.41-44.

131 (7). *El procedimiento de conciliación en la Ley alemana vigente de convenios colectivos. Proyecto de modificación y complemento*. Cuadernos de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960, nº 46, pp.145-155.

132 (8). *Teoría del receso. Problemas terminológicos acerca de la extinción del contrato de trabajo*. Fragmento del libro La extinción del contrato de trabajo. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960, pp.22-56 [reproducido en Revista de Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, 1960, nº 42, pp.81-92; y reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.037-1.070, con Nota introductoria del profesor Fernando Valdés Dal-Ré, pp.1.033-1.035].

133 (9). *Criterios determinativos del salario. ¿Salario sustantivo o salario aritmético?* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1960, vol. IV, nº 8, pp.365-405.

134 (10). *Relaciones Laborales de hecho*. Revista de Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Tecnos, 1961, nº 47, pp.3-11 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.879-900, con Nota introductoria del profesor Fernando Suárez González, pp.877-878].

135 (11). *Sistema para la cobertura del riesgo de paro forzoso*. Revista Iberoamericana de Seguridad Social. Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1961, nº 6, pp.1.407-1.436.

136 (12) *Determinación del beneficiario familiar descendiente del asegurado en el Seguro Obligatorio de Enfermedad*. Revista Iberoamericana de Seguridad Social. Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1962, nº 2, pp.3-15.

137 (13). *De nuevo sobre la cobertura del riesgo de paro forzoso*. Revista Iberoamericana de Seguridad Social. Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1962, nº 5, pp.3-21.

138 (14). *Limitaciones del sistema de previsión social de los funcionarios públicos*. Documentación Administrativa. Madrid, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1962, nº 50, pp.3-46.

139 (15). *Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública*. Documentación Administrativa. Madrid, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1962, nº 54, pp.3-12.

140 (16). *La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado*. Revista de Administración Pública. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, nº 40, pp.121-175 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios financieros, 2006, pp.45-99, con Nota introductoria de la profesora María de Sande Pérez-Bedmar, pp.43-44).

141 (17). *Las prestaciones rehabilitadoras en la Ley de Bases de la Seguridad Social. Régimen jurídico*. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, nº 61, pp.197-238 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.397-1.438, con Nota introductoria de la abogada Eva María Ces García, pp.1.395-1.396].

142 (18). *El proyecto de Ley de derechos pasivos de los funcionarios de la Administración civil del Estado y los principios de la Seguridad Social*. Revista Iberoamericana de Seguridad Social. Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1965, nº 1, pp.27-39.

143 (19). *Los convenios colectivos en la Administración Pública. La experiencia positiva de USA*. Revista de Administración Pública. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, nº 16, pp.419-428.

144 (20). *Los condicionamientos socio-laborales del desarrollo económico y su impulsión por los órganos de la Administración laboral*. Estudio Preliminar en el libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), *Estudios de Administración Laboral*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1966, pp.11-76 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de

dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.645-1.686, con Nota introductoria de la profesora Carmen Viqueira Pérez, pp.1.643-1.644].

145 (21). *Régimen de Clases Pasivas a favor de los funcionarios militares y asimilados a las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada*. Documentación Administrativa. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, nº 119, pp.77-81.

146 (22). *La Seguridad social de los funcionarios públicos en la Administración institucional*. Estudio Preliminar en el libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), sobre *La Administración Institucional*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1968, pp.9-148.

147 (23). *Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas*. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, nº 81, pp.83-135 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.903-958, con Nota introductoria del profesor Jordi García Viña, pp.901-902. Constituyó el 'trabajo de firma' de las Oposiciones a Cátedras de Universidad, septiembre 1969, Valencia, Oviedo, Murcia y Santiago de Compostela, regulado por la Orden del Ministerio de Educación Nacional de 8 de octubre de 1954].

148 (24). *Procedimientos de elaboración de las reglamentaciones de trabajo*. Aavv.(Coord. Francisco González Navarro), *Procedimientos Administrativos especiales*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, vol. II, pp.245-324 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.419-489, con Nota introductoria del profesor y magistrado Antonio Martín Valverde, pp.415-418].

149 (25). *El Derecho del trabajo en España durante la Segunda República*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1969, nº 34-35-36, pp.237-370.

150 (26). *En torno al concepto del Derecho español del trabajo*. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo, 1969, nº 26, pp.103-108 [reproducido en la edición conmemorativa de los mejores trabajos ya publicados en la Revista, 1973, nº 41-42, pp.371-386; y reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios financieros, 2006, pp.263-278, con Nota introductoria del profesor Manuel Carlos Palomeque López,

pp.261-262. Constituyó la exposición oral del segundo ejercicio de la Oposición a Cátedras de Universidad, septiembre de 1969, Valencia, Oviedo, Murcia y Santiago de Compostela].

151 (27). *El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales*. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, nº 85, pp.7-71 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios financieros, 2006, pp.281-340, con Nota introductoria del profesor Antonio Ojeda Avilés, pp.279-280. Constituyó la 'lección magistral' o tercer ejercicio de las Oposiciones a Cátedra de Universidad, septiembre de 1969, Valencia, Oviedo, Murcia y Santiago de Compostela].

152 (28). *La elaboración científica en el Derecho del trabajo*. Anuario de Ciencia Jurídica. Madrid, Centro de Estudios Universitarios, 1971, nº 1, pp.147-222.

153 (29). *Los convenios colectivos sindicales, como normas socio-profesionales desvirtuadas*. Revista Nuestro Tiempo. Pamplona, 1972, nº 217, pp.19-36 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.495-508, con Nota introductoria del profesor Jesús R. Mercader Uguina, pp.491-493].

154 (30). *Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español*. Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad Literaria de Valencia, 1972, nº 4, pp.1-88 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.659-778, con Nota introductoria del profesor Juan Rivero Lamas, pp.657-658].

155 (31). *Las Mutualidades de funcionarios públicos; régimen jurisdiccional*. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972, nº 96, pp.235-244.

156 (32). *La Ordenanza general de trabajo en el campo*. Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), *La problemática laboral de la agricultura*. Madrid, Centro de Estudios Universitarios, 1974, pp.119-185.

157 (33). *Armonización y coordinación de los sistemas de Seguridad social en la Comunidad Económica Europea*. Estudio Preliminar en el recopilatorio de estudios *Armonización de la Seguridad social en la CEE*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1975, pp.7-28.

158 (34). *La sindicación de los funcionarios públicos*. Cuadernos de Derecho del Trabajo. Madrid, Sociedad de Estudios Laborales, 1975, nº 1-2, pp.223-232.

159 (35). *Fijación judicial de indemnizaciones por despido; sobre el cómputo de 25 trabajadores fijos*. Cuadernos de Derecho del Trabajo. Madrid, Sociedad de Estudios Laborales, 1977, nº 3, pp.183-191.

160 (36) *Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Relaciones laborales y Seguridad social. De la experiencia republicana a la Constitución de 1978*. Cuadernos de Derecho del Trabajo. Madrid, Sociedad de Estudios Laborales, 1978, nº 4, pp.117-180 [colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

161 (37). *Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Relaciones laborales y Seguridad social*. Documentos y Estudios de la Fundación Friedrich Ebert, 1979, nº 14, pp.117-180 [colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

162 (38). *Legislación laboral, Seguridad social y Autonomías. Autonomía y Relaciones Laborales*. Documentos y Estudios de la Fundación Friedrich Ebert, 1980, nº 16, pp.21-31.

163 (39). *Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura*. Aavv.(Coord. Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*. Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1980, pp.67-82 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.959-978, con Nota introductoria del profesor Juan Carlos Arce Gómez, pp.957-958].

164 (40). *Nuevas organizaciones sindicales en España*. Aavv.(Dir. Juan Rivero Lamas), *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*. Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales, 1980, pp.57-86 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.257-1.274, con Nota introductoria del profesor Jaime Montalvo Correa, pp.1.255-1.256].

165 (41) *Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Relaciones laborales y Seguridad social*. En Aavv.(Dir. Manuel Alonso Olea), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp.413-441 [colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

166 (42). *Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad social*. Documentación Laboral. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1981, nº 1, pp.10-30.

167 (43). *Acción obrera y sindical en la empresa española*. En Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), *El Derecho del Trabajo en España*. Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981, tomo I, pp.647-697 [reproducido en

Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.335-1.393, con Nota introductoria del profesor Gregorio Tudela Cambroner, pp.1.331-1.333].

168 (44). *La participación social en la gestión de la Seguridad Social*. Papeles de Economía Española. Madrid, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, 1982, nº 12-13, monográfico sobre Seguridad Social, pp.197-211 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.691-1.717, con Nota introductoria de la letrada de la Administración de Seguridad social, Pilar Madrid Yagüe, pp.1.687-1.689].

169 (45). *El derecho de huelga en la Laborem Exercens*. Documentación Laboral. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1982, nº 2, pp.84-90.

170 (46). *El peligro de injerencia de la autoridad administrativa en el control de legalidad del Convenio colectivo*. Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid, Civitas, 1982, nº 9, pp.661-672 [colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

171 (47). *La suspensión del contrato de trabajo en el XIII Convenio colectivo de las Cajas de Ahorro*. Madrid, Documentación Laboral, 1982, Número especial, pp.23-37.

172 (48). *Aproximación a una crítica del Informe Auroux*. Estudio Preliminar al libro Informe Auroux. La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, pp.9-22.

173 (49). *Anotaciones sobre la demanda en juicio contra Estados extranjeros*. Revista de Política Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, nº 141, pp.7-27 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.763-1.781, con Nota introductoria del profesor Manuel Álvarez de la Rosa, pp.1.761-1.762].

174 (50). *Empresas de trabajo temporal en España. Algunos problemas jurídicos*. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, nº 74, pp.9-21.

175 (51). *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, nº 76, pp.9-30 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros,

2006, pp.363-385, con Nota introductoria del profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, pp.361-362].

176 (52). *Contrato de trabajo a domicilio*. Aavv.(Dir. Efrén Borrajo Dacruz), *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid, Edersa, 1985, t. III, pp.313-531 [colaboración Ignacio García Ninet].

177 (53). *La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar*. Documentación Laboral. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1985, número especial, pp.187-221 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), *Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.809-841, con Nota introductoria de la profesora Maravillas Espín Sáez, pp.807-808].

178 (54). *Notas sobre la represión de las conductas antisindicales en la nueva Ley Orgánica de Libertad Sindical*. Revista Claridad. Madrid, 1985, jul.-ago., pp.57-65.

179 (55). *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*. Madrid, Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, 1987, Documento 10/87, 44 pp.[colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea; actualización periódica, Eusebio Núñez Ráez].

180 (56). *Régimen especial de la Seguridad social de los trabajadores del mar*. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, nº 90, pp.93-107 [colaboración Enrique Juanes Fraga].

181 (57). *Los efectos del despido nulo*. Aavv.*Estudios sobre el despido disciplinario*. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1989, pp.631-641.

182 (58). *El concepto de hora extraordinaria*. En Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1991, pp.361-378 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), *Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.979-990, con Nota introductoria de la profesora Arantxa Vicente Palacio, pp.977-978].

183 (59). *Impugnación de los convenios colectivos tras la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*. Aavv.*Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp.779-790.

184 (60). *Los servicios de mantenimiento en la empresa*. Aavv.*Estudios sobre la huelga*. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1992, pp.101-113.

185 (61). *La modificación del convenio colectivo durante su vigencia*. Madrid, Revista Actualidad Laboral, 1992, nº 32, pp.555-565 [colaboración Ignacio García-Perrote Escartín].

186 (62). *Descuentos sobre la percepción total bruta del trabajador*. En Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), Estudios sobre el salario. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1993, pp.635-647.

187 (63). *El concepto de huelga en el Proyecto de ley*. En el libro Aavv.*Ley de Huelga*. Madrid, Instituto Sindical de Estudios, 1993, pp.19-24.

188 (64). *Pensiones Públicas y Pensiones Privadas*. Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), Pensiones Privadas. Planes y Fondos de Pensiones. Seguros de Vida. Entidades de Previsión Social. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1997, pp.XXI-LI.

189 (65). *Los llamados 'pactos de blindaje' en la relación especial de alta dirección*. Revista del Poder Judicial. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, nº 46, pp.459-476 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.173-1.188, con Nota introductoria del profesor Miguel Ángel Limón Luque, pp.1.171-1.172].

190 (66). *Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo*. Aavv.Reforma de la legislación laboral. Jornadas organizadas por la Junta de Andalucía y el Colegio de Abogados de Málaga. Sevilla, Junta de Andalucía y Universidad de Sevilla, 1997, pp.13-32.

191 (67). *La Seguridad social en España ayer y hoy*. Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil; Coords. Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina), Derecho de la Seguridad Social. Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pp.33-42, y ediciones posteriores 2ª, 3ª y 4ª.

192 (68). *Administradores sociales y Seguridad social*. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral. Valencia, Ciss, Praxis, 1998, nº 88, pp.15-20.

193 (69). *Protección social privada y protección social pública. Dos técnicas convivientes*. Aavv.Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 1998, pp.127-147.

194 (70). *El futuro del sistema de pensiones*. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral. Valencia, Ciss, Praxis, 1998, n. 94, pp.7-15.

195 (71). *La nueva regulación de las empresas de trabajo temporal*. Revista Tiempo Social. Alicante, Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales, 1999, nº 4, pp.35-42.

196 (72). *Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Asuntos Sociales, 1999, Número Extraordinario, pp.41-69 [colaboración Lourdes López Cumbre].

197 (73). *La influencia de la Ley de Accidentes de trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español*. Aavv.(Dir. Bernardo Gonzalo González y Magdalena Nogueira Guastavino), Cien años de seguridad social. A propósito del centenario de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. Madrid, Fraternidad-Muprespa, 2000, pp.3-35 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios financieros, 2006, pp.103-142, con Nota introductoria de la Letrada de la Seguridad social, María Lidón Nebot Lozano, pp.101-102].

198 (74). *El concepto de trabajador; en torno al artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. En Aavv.(Dir. Manuel Alonso Olea), El Estatuto de los Trabajadores veinte años después. Edición especial del nº 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo, 2000, pp.37-60 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.847-875, con Nota introductoria del profesor Wilfredo Sanguineti Raymond, pp.843-845].

199 (75). *Garantías de las pensiones privadas*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Cuestiones de Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales, 2000, nº 15, pp.7-45 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.611-1.642, con Nota introductoria del profesor Gabriel García Becedas, pp.1.607-1.609].

200 (76). *La inclusión en el régimen general de los trabajadores dedicados a la manipulación y comercialización del plátano*. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral. Valencia, Ciss Praxis, 2000, nº 119, pp.11-31 [colaboración Lourdes López Cumbre].

201 (77). *Las Administraciones Públicas han de cumplir las obligaciones de la Ley de Prevención de riesgos laborales*. Almería, Labor, Revista Informativa del Colegio Oficial de Graduados Sociales, 2001, nº 4, pp.4-6.

202 (78). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario. Madrid, 2001, nº 32, pp.13-34 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos

Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.573-602, con Nota introductoria del profesor Miguel Colina Robledo, pp.569-571].

203 (79). *Aclaración, subsanación e integración de Autos y Sentencias*”. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral. Valencia, Ciss Praxis, 2001, nº 130, pp.36-45 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.785-1.805, con Nota introductoria del magistrado Enrique Juanes Fraga, pp.1.783-1.784].

204 (80). *El Derecho del trabajo en España a partir de la transición*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, nº 238, pp.39-46 [reproducido en Memoria de actividades, 1977-2003, del Centro de Estudios Financieros, 2003, pp.47-57; y reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.249-259, con Nota introductoria del Técnico de Administración Civil, Isidoro López Pena, pp.247-248].

205 (81). *El sistema público de pensiones. Ámbito para las pensiones privadas*. En Aavv.(Coord. Rafael Mateos Carrasco), El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios, 1978-2003. Madrid, Instituto Nacional de Seguridad Social. 25º Aniversario, 1778-2003. Madrid, 2003, pp.217-240.

206 (82). *¿Son rescatables o transferibles los fondos internos de pensiones?* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2003, nº 1, pp.1-25.

207 (83) *El modelo constitucional de protección social*. Aavv.(Dir. Antonio V. Sempere Navarro), El modelo social en la Constitución Española de 1978. 25º Aniversario, 1978-2003. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp.67-90 [versión revisada y ampliada en Aranzadi Social, 2004, nº 3, pp.41-72; reproducida en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.533-1.572, con Nota introductoria de la profesora Lourdes López Cumbre, pp.1.529-1.531].

208 (84). *Sobre la actividad normativa de las Comunidades Autónomas y de las Universidades en materia de contratación laboral del profesorado universitario*. Revista

General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2004, nº 6, pp.1-11.

209 (85). *La protección social de los extranjeros, especialmente en el sistema de Seguridad social*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2005, nº 10, pp.1-20.

210 (86). *Las reformas estatutarias ante gobiernos de distinto signo*. Aavv.(Coord. Antón Saracibar), *25 años del Estatuto de los Trabajadores, 1980-2005*. Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2005, pp.170-180.

211 (87) *La ejecución de sentencias de despido, frente a entes públicos y en materia de Seguridad social*. Aavv.(Coord. Ana M.^a Orellana Cano), *La ejecución laboral*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp.159-204 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), *Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.837-1.872, con Nota introductoria del profesor Jesús González Velasco, pp.1.833-1.835].

212 (88). *¿Acabar con el trabajo precario, I? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2006, nº 11, 8 pp.

213 (89). *¿Acabar con el trabajo precario, II? Un aspecto concreto del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2005*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, nº 11, 5 pp.

214 (90). *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril*. Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2007, nº 14, 20 pp.

215 (91). *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad social corporativa*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2007, nº 16, pp.1-14.

216 (92). *La relación laboral especial de la abogacía. Una llamada de atención sobre nueve cuestiones polémicas*. AS Asturias Social. Oviedo, 2007, nº 1, pp.86-94.

217 (93). *La relación laboral especial de los abogados. Comentarios al Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre*. Revista Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007, nº 288, pp.3-44.

218 (94). *Comentario a los artículos 1, 2 y 3, y a la disposición adicional 16^a*. Aavv.(Dir. Margarita I. Ramos Quintana), *Comentarios al Reglamento de extranjería*. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007, pp.87 a 101 y 1.001 a 1.002].

219 (95). *El sindicato como agente negociador*. Aavv.(Dir. Fernando Valdés Dal-Ré), *30 años de libertad sindical*. Madrid, Fundación Largo Caballero, 2008, pp.68-83.

220 (96) *La reforma laboral intempestiva, transitoria, anodina y nebulosa. Comentario de urgencia al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en materia de contratación laboral.* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2008, nº 22, 15 pp.

221 (97). *Sobre la reforma del Derecho del Trabajo en la Unión Europea.* Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario. Madrid, 2008, nº 72, pp.221-230.

222 (98). *La Seguridad Social como objeto poético. Un apunte asistemático.* Aavv.(Dir. José Luis Tortuero Plaza), Cien años de Protección social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de Seguridad Social, 2008, pp.13-42.

223 (99). *El patrimonio sindical.* El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Madrid, Portal Derecho, 2008, nº 0, pp.16-25.

224 (100). *¿Entra dentro del Derecho del Trabajo la tarea de resolver situaciones de crisis extremas?* Aavv.(Dir. Antonio Vicente Sempere Navarro), Medidas laborales para empresas en crisis. Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, pp.31-41 [reproducido en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2009, nº 20, pp.1-4; y reproducido en Aranzadi Social. Revista Doctrinal, 2009, nº 21, pp.11-21].

225 (101). *La función del abogado en la aplicación del Derecho del trabajo.* Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Serie Derecho del Trabajo. Madrid, 2010, nº 88, pp.303-323.

226 (102). *La peripecia de la reforma laboral.* El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Madrid, Portal Derecho, 2010, nº 16, pp.20-31.

227 (103). *La economía sumergida y los arañazos superficiales a la realidad social a través de las medidas adoptadas por el Gobierno. Breve comentario al Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril.* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2011, nº 25, pp.325-334.

228 (104). *La reforma de la composición del sistema de Seguridad social y del modelo de Protección social.* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2011, nº 29-30, pp.28-59.

229 (105). *La responsabilidad social corporativa, además de la ley, pero no en sustitución de la ley y, menos todavía, en contra de la ley.* Aavv.(Coord. Lourdes López Cumbre), Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social en la empresa. Granada, Comares, 2012, pp.1.303-1.318.

230 (106). *Las reformas sociales y laborales del Presidente Rodríguez-Zapatero*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2012, nº 34, pp.1-67.

231 (107). *La huelga 14-D. Un episodio sorprendente e irrepetible*. Aavv.(Coord. Almudena Asenjo), El paro general del 14 de diciembre de 1988. Causas, desarrollo y consecuencias de la huelga con mayor seguimiento de la democracia. Madrid, Fundación Largo Caballero, 2013, pp.94-117.

232 (108). *Voluntarismo y ambigüedad de las declaraciones internacionales. El caso del trabajo decente*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, 2013, nº 107, pp.121-140.

233 (109). *Actos preparatorios o diligencias preliminares, anticipación y aseguramiento de la prueba, medidas cautelares*. Aavv.(Dir. Magdalena Nogueira Guastavino y Gabriel García Becedas), Lecciones de Jurisdicción Social. Valencia, Tirant lo blanch, 2013; 2ª ed. 2016, pp.111-138.

234 (110). *Reformas económicas y reformas ideológicas*. Aavv.(Dir Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina), Las Reformas laborales y de Seguridad social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero. Cizur Menor, Thomson Reuters/Valladolid, Lex Nova, 2014, pp.13-22.

235 (111). *¿Qué es eso del Estado del bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?* Revista de Derecho Social y Empresa. Madrid, Dykinson/Sagardoy Abogados, 2015, nº 3, pp.15-81.

236 (112). *El acuerdo de finalización del periodo de consultas. Naturaleza y contenido posible*. Aavv.(Dir. Martín Godino Reyes), Tratado de despido colectivo. Valencia, Tirant lo blanch, 2016, pp.435-466.

237 (113). *Historia del derecho de la Protección social*. Aavv.(Dir. José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta), Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Murcia, Laborum, 2017, t. I, pp.41-94.

238 (114). *Propuestas para afianzar la sostenibilidad de las pensiones públicas*. Contestación a la Encuesta organizada por la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2018, nº 50, pp.366-368.

239 (115). *Comentario al artículo 7 de la Constitución Española*. Aavv.(ed. Santiago Muñoz Machado), Comentario mínimo a la Constitución Española. Barcelona, Planeta, 2018, pp.42-44.

240 (116). *¿Abuso en la atribución de la condición de esclavo? Reflexiones a vuela pluma*. Aavv.(Dir. Esteban Pérez Alonso y Sofía Olarte Encabo), Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas. Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp.27-38.

241 (117). *El futuro del Derecho del trabajo y de la Protección social*. Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), Sagardoy Abogados. Libro Conmemorativo del 40º Aniversario. Madrid, Ius Laboris Spain, 2021, pp.129-164 [reproducido en la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2021, nº 59, pp.977-910, colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

242 (118). *Historia de una traducción: del Grundriss des Arbeitsrechts (1962) al Compendio de Derecho del Trabajo (1963)*. Rev. Trabajo y Derecho. Madrid, La Ley, 2003, nº 100, 26 pp.[colaboración Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer].

243 (119). *El derecho a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, en ausencia de la inscripción formal exigida por la ley*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2023, nº 65, pp.4-54.

n) Artículos y estudios en el Extranjero (11)

244 (1). *Das spanische Tarifvertragsrecht*. Recht der Arbeit. München/Berlin, 1963, nº 5, pp.172-178.

245 (2). *La reforma de la Seguridad Social en España*. Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Bruselas, 1964, nº 2, pp.156-165.

246 (3). *La Seguridad Social de los funcionarios públicos del Estado en España*. Revista Internacional de Ciencias Administrativas. Bruselas, 1968, nº 2, pp.126-142.

247 (4). *Les réformes du droit du travail en Espagne*. Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité sociale. Université de Bordeaux, I, 1984/3, pp.30-47.

248 (5). *Accord sur la participation syndicale dans les entreprises publiques*. Bulletin d'Informations sociales. Ginebra, Bureau International du Travail. 1986, nº 3-4, pp.493-496.

249 (6). *Social concertation in Spain*. Labor and Society, 1987, vol. 12, nº 3, pp.385-407 [colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

250 (7). *La concertation sociale en Espagne*. Travail et Société, 1987, vol. 12, nº 3, pp.569-593 [colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

251 (8). *Exclusión social de los 'incluidos' y función sindical*. Análisis Laboral, Lima, 1994, nº 200, pp.XIV-XVI.

252 (9). *Les grandes tendances du Droit de la Sécurité sociale*. Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale. Número especial sobre Evolution et tendances récentes du Droit social espagnol, Burdeos, 1995, pp.215-229.

253 (10). *La demanda laboral. Contestación y prueba*. Aavv.(Coord. Néstor de Buen y Emilio Morgado), Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp.835-844.

254 (11). *Geschichte einer Übersetzung: vom Grundriß des Arbeitsrechts (1962) zum Compendio de Derecho del trabajo (1963)* [colaboración Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo.Ferrer]. Traducción al alemán por el Prof. Dr. Achim Seifert, Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2023, 32 pp.

ñ) Ponencias y Comunicaciones (35)

255 (1). *La recuperación profesional del inválido como prestación de la Seguridad Social*. Ponencia defendida en las II Jornadas Técnicas Sociales. Madrid, Ministerio de Trabajo, 1961, 176 pp.[colaboración Borrajo Cruz, Fernández Cabezas, Aragón Gómez, del Peso y Calvo y Pérez Leñero].

256 (2). *El nuevo régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos*. Comunicación expuesta en la III Semana de Estudios sobre la Reforma Administrativa, septiembre de 1963. Aavv.La Función Pública. Madrid, Secretaría General Técnica de Presidencia del Gobierno, 1963, pp.349-404.

257 (3). *Régimen especial de la Seguridad Social a favor del personal funcionario de organismos autónomos*. Comunicación expuesta en la IV Semana de Estudios para la Reforma Administrativa, julio de 1966. Actas y Documentos. Madrid, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1966, pp.231-253.

258 (4). *La inclusión de los penados en el Derecho del trabajo*. Comunicación expuesta en el I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, octubre 1966. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, nº 71, pp.193-209 [reproducido en la Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid, Ministerio de Justicia, 1967, nº 178-179, pp.371-391].

259 (5). *Valoración social y régimen jurídico y administrativo de las familias numerosas*. Ponencia defendida en la III Asamblea Nacional de Familias Numerosas, el 11 de junio de 1965. Madrid, Colección Familia Española, 1966, pp.27-88.

260 (6). *Prohibición de acumular el descanso por vacaciones retribuidas en periodos anuales sucesivos*. Comunicación expuesta en el III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, celebrado en Sevilla. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 1970, vol. II, Ponencias y Comunicaciones, pp.663-678.

261 (7). *Nacimiento del Derecho obrero en España*. Ponencia defendida en el I Simposio de Historia de la Administración Española. Actas, noviembre 1967. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1970, pp.547-600.

262 (8). *El Derecho del trabajo en España durante la guerra civil*. Comunicación expuesta en el II Simposio de Historia de la Administración, el 16 de noviembre de 1969.

Actas. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1971, pp.601-668 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios financieros, 2006, pp.145-214, con Nota introductoria del profesor Francisco López-Tarruella Martínez, pp.143-144].

263 (9). *La Seguridad social de los funcionarios civiles del Estado*. Ponencia defendida en las I Semanas de Estudio sobre la Burocracia española. En Aavv.Estudios sobre la burocracia española. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1974, pp.53-99.

264 (10). *La financiación de la seguridad social y el reparto de la carga tributaria*. Ponencia defendida en el Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, el 19 de septiembre de 1974. Aavv.El reparto de la carga fiscal. Madrid, Editorial Aguilar, 1975, vol. II, pp.435-463.

265 (11). *El marco jurídico laboral en España*. Ponencia defendida en el II Encuentro sobre Debates entre empresarios y organizaciones sindicales sobre las nuevas relaciones en la empresa, el 11 de mayo de 1976, Aavv.(Dir. Manuel Rodríguez Casanueva), ¿Hacia el Pacto social? Madrid, Avance, Euroforum, 1976, pp.55-67.

266 (12). *Constitución económica y Derecho mercantil*. Comunicación expuesta en la Ponencia del profesor Justino Duque en la Fundación Universidad-Empresa. Madrid, Editorial Civitas, 1979, pp.118-124.

267 (13). *La huelga y los conflictos colectivos*. Ponencia defendida en el Coloquio-Debate sobre la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, en la Asociación de Cajas de Ahorro para las Relaciones Laborales, el 4 de mayo de 1981. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1981, pp.8-10.

268 (14). *Medidas de regularización y mejora de la Seguridad social*. Ponencia defendida en la Jornada de Acción Social Empresarial, sobre La Seguridad Social en España. Rev. Acción Empresarial, 1982, nº 108, pp.44-49.

269 (15). *Empleo y crisis económica*. Ponencia defendida en las Jornadas sobre el Empleo en la crisis económica, organizadas por la Dirección General de Empleo, el 6 de mayo de 1982. Aavv.(Coord. Jesús Fernández de la Vega), Empleo y crisis económica. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1982, pp.19-33.

270 (16). *Naturaleza del Acuerdo Marco Interprofesional*. Ponencia defendida en las Jornadas sobre Cuestiones actuales de Enjuiciamiento Laboral, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983, pp.11-47.

271 (17). *La cobertura del desempleo*. Ponencia defendida en las I Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense sobre El Derecho del trabajo y de la

Seguridad social ante la crisis económica. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp.389-412 [colaboración Aurelio Desdentado Bonete].

272 (18). *La reforma del derecho de las pensiones*. Ponencia defendida en el II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, el 19 de junio de 1985, Las Palmas de Gran Canaria. Revista de Seguridad Social, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1985, nº 25, pp.7-60 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.441-1.495, con Nota introductoria del profesor Bernardo Gonzalo González, pp.1.439-1.440].

273 (19). *Las pensiones públicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ponencia defendida en el Seminario sobre Sistemas públicos de pensiones y nuevas realidades sociales. Curso de la Universidad Menéndez Pelayo. Actas a ciclostil, Santander, 1989, 18 pp.

274 (20). *La concertación social*. Ponencia defendida en las Jornadas sobre Transformaciones del Derecho del trabajo. Nuevas formas de empleo y concertación social. Barcelona, Institut d'Estudis Laborals, 1991, pp.313-327.

275 (21). *La regulación del empleo de los minusválidos en España. Esquema para un estudio*. Ponencia defendida en las Jornadas organizadas por las Universidades de Alcalá de Henares y de Burdeos y por la Organización Nacional de Ciegos Españoles, Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral. Valencia, CISS, 1995, nº 55, pp.11-14.

276 (22). *El principio de indisponibilidad de los derechos laborales*. Ponencia defendida en el Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial. Aavv.(Coord. Antonio Martín Valverde), Sistemas de ordenación de fuentes laborales. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pp.167-179.

277 (23). *Proceso de impugnación de laudos arbitrales en materia electoral y de las resoluciones que deniegan el registro de las actas de elecciones a órganos de representación de personal*. Ponencia defendida en el Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial. Aavv.(Coord. Mariano Sampedro), Problemas procesales de la reforma laboral. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp.145-164.

278 (24). *El ASEC (II). La mediación; procedimientos, eficacia e impugnación de los resultados*. Ponencia defendida en el Curso sobre la Solución extrajudicial de los conflictos de trabajo y los acuerdos interprofesionales. Puntos Críticos. Jaca, CEOE, Actas a ciclostil, 1996, 26 pp.

279 (25). *Sobre el derecho de huelga en España*. Comunicación expuesta en el Seminario Hispano-Alemán de Juristas. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1993, nº 17, pp.43-45.

280 (26). *La utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad*. Ponencia defendida en el Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial. Aavv.(Coord. José María Marín Correa), sobre Cuestiones de Derecho Laboral. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp.123-143 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.019-1.032, con Nota introductoria del profesor Tomás Sala Franco, pp.1.017-1.018].

281 (27). *Las pensiones sociales. Problemas y alternativas*. Ponencia General defendida el 29 de mayo de 1999 en el IX Congreso Nacional de la AEDTSS. Aavv.(Coord. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Parte I, 1999, pp.3-33 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.499-1.528, con Nota introductoria del profesor José Vida Soria, pp.1.497-1.498].

282 (28) *Problemática laboral de los MIR: huelga, contratos y retribuciones*. Comunicación expuesta en el VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario, <http://www.aeds.org>.

283 (29) *Inmigración y Gobierno*. Comunicación expuesta en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la AEDTSS. Aavv.(Coord. Santiago González Ortega y Lourdes López Cumbre), sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Santander, Gobierno de Cantabria, 2003, vol. I, pp.255-281 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.741-1.759, con Nota introductoria del profesor Elías González-Posada Martínez, pp.1.739-1.740].

284 (30). *¿Qué competencias puede tener una Comunidad Autónoma para determinar el régimen de su profesorado laboral?* Ponencia defendida en las Jornadas sobre el Profesorado Universitario Laboral defendida el 21 de abril de 2004. Universidad de Burgos, 2004, pp.31-39.

285 (31). *El marco normativo jurídico laboral vigente sobre conciliación trabajo/familia. Presente y futuro*. Ponencia defendida, el 28 de junio de 2004, en las Jornadas sobre

Empleo en la Comunidad de Madrid. Aavv.(Coord. Juan Antonio Sagardoy), La conciliación entre el trabajo y la familia. Un análisis del empleo en la Comunidad de Madrid. Madrid, Fundación Sagardoy, Comunidad de Madrid y Ediciones Cinca, 2005, pp.69-82.

286 (32). *La incapacidad temporal, una contingencia polifacética e interactiva consigo misma y con otros derechos y contingencias sociales*. Comunicación expuesta, el 12 de junio de 2008, en las Jornadas organizadas por el profesor Efrén Borrajo Dacruz. Aavv.Accidentes de Trabajo y Mutuas. Madrid, La Ley-Fremap, 2008, pp.659-681.

287 (33). *Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral del 2010*. Ponencia defendida, el 10 de noviembre de 2010, en la Jornada sobre La reforma laboral, celebrada en el Despacho de Abogados Roca Junyent. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel. Portal Derecho, 2011, nº 23, pp.1-27.

288 (34). *El complejo proceso de implantación del ISFAS*. Ponencia defendida, el 18 de octubre de 2012, en el V Congreso de Historia de la Defensa. Aavv.(eds. Fernando Puell y Silvia A. Santano), El legado del general Gutiérrez Mellado. Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2013, pp.673-699.

289 (35). *Ayer, hoy y mañana del Derecho del Trabajo*. Ponencia defendida en el Encuentro con la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y los Presidentes de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional. Santander, 21 de mayo de 2018. Revista Galega de Direito Social, 2018, nº 7, pp.9-68.

o) Ponencias y Comunicaciones en el Extranjero (7)

290 (1). *La enseñanza de la Seguridad Social en la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad de Madrid. Creación, transformación y funcionamiento de la Cátedra de Seguridad Social Jordana de Pozas*. Comunicación expuesta en el II Congreso Argentino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Anales del II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, 1965, tomo II, pp.855-862.

291 (2). *A função do Direito do trabalho na situação económica e social contemporânea*. Ponencia defendida, el 14 de mayo de 1984, en las III Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras celebradas en Brasilia. Anais do Tribunal Superior de Trabalho. Editorial Ltda, 1985, pp.19-37.

292 (3). *El derecho al trabajo de los minusválidos*. Ponencia defendida, el 2 de octubre de 1985, en el Seminario sobre Rehabilitación y Trabajo de Minusválidos. II Olimpiada Mundial de Habilidad Profesional para minusválidos (Abilympic) celebrada en

Bogotá, 1985. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, nº 79, pp.9-33 [colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

293 (4). *Problemas actuales del Derecho del trabajo en España. Derecho individual de trabajo*. Ponencia defendida, el 2 de mayo de 1986, en el II Congreso de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas celebrado en Berlín. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986, nº 1, pp.9-17.

294 (5). *Excluidos de protección social*. Comunicación expuesta, el 19 de septiembre de 1991, en la Mesa Redonda del I Congreso de la Asociación Internacional de Derecho del trabajo, celebrado en Bruselas. Parcialmente reproducida en la Revista de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, nº 9, pp.345-349.

295 (6). *Propuesta de conclusiones generales para la elaboración de un futuro Código Iberoamericano de Seguridad Social*. Ponencia defendida, el 22 de agosto de 1995, en el Encuentro de Miembros de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de Expertos españoles en materia de Seguridad Social, organizado por la OISS. Actas de la Sesión, Higüey, República Dominicana, 1995.

296 (7). *El futuro de la Seguridad Social*. Ponencia defendida, el 25 de marzo de 2004, en el Seminario Internacional 50 años de Seguridad Social en Iberoamérica. Una experiencia para su desarrollo en el siglo XXI, celebrado en Salvador de Bahía, Brasil. En Revista de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Madrid, OISS, 2004, nº 10, pp.13-23.

p) Dictámenes, Informes e Informes comentados² (22)

297 (1). *Las sociedades cooperativas industriales y el seguro de accidentes de trabajo*. Dictamen emitido para las Cooperativas de Mondragón. Revista Iberoamericana de Seguridad Social. Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1966, nº 5, pp.995-1.011 [reproducido en la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2014, nº 37, pp.364-382].

298 (2). *Carácter del contrato de los médicos internos y residentes (MIR)*. Nota-Informe emitido a instancia de Tribuna Médica. Revista Tribuna Médica, 1975, nº 615 pp.8-9 [reproducido en el Diario Informaciones, Madrid, 2 de julio de 1975, colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

299 (3). *¿Es constitucional el establecimiento por Ley, orgánica u ordinaria de techos salariales para la negociación colectiva?* Informe para la Universidad Autónoma de

² De todos los Dictámenes e Informes -forenses y académicos- realizados entre los años 1965 y 2023, solo se da cuenta de los que fueron posteriormente publicados.

Madrid. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, nº 73, pp.23-29 [colaboración Gabriel García Becedas].

300 (4). *Limitaciones salariales y negociación colectiva: acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983*. Dictamen para Comisiones Obreras. Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, 1985, t. I, pp.243-259 [colaboración Gabriel García Becedas].

301 (5). *La reclamación de niveles retributivos en la Administración Pública por parte de trabajadores afectados por convenios colectivos. Vías para la impugnación de los convenios y naturaleza del acuerdo marco para el personal laboral de la Administración del Estado*. Dictamen para Dictamen y Asesoría, S.A. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, nº 88, pp.107-126 [colaboración Ignacio García-Perrote Escartín].

302 (6). *Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas. El caso de los Bufetes de Abogados*. Dictamen para Dictamen y Asesoría, S.A. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, nº 92, pp.178-195 [colaboración Ignacio García-Perrote Escartín].

303 (7). *Droit du travail, démocratie et crise en Espagne*. Informe presentado al Encuentro de juristas de Canadá, Estados Unidos de América, Francia, Gran Bretaña, Italia, Méjico, Perú y República Federal Alemana, celebrado en París, los días 2-3 de septiembre de 1985. Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique. Rapport d'Espagne. Essai comparatif sous la direction de Antoine Lyon-Caen et Antoine Jeammaud. Arles (Actes Sud), 1986, pp.51-74 [colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

304 (8). *Derecho del trabajo, democracia y crisis en Europa occidental y en América. Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Gran Bretaña, Italia, Méjico, Perú, República federal de Alemania*. Edición española, traducción del francés, Gregorio Tudela Cambroner. Informe España, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pp.17-53 [colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

305 (9). *Alcance jurídico de la protección social a cargo de Mutualidades de profesionales libres o entidades análogas tras la Ley del Seguro Privado. Particular referencia a la prestación de asistencia sanitaria*. Informe para Dictamen y Asesoría, S.A. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, nº 89, pp.144-154 [colaboración Ignacio García-Perrote Escartín].

306 (10). *La Ley 2/1991: de los principios a los detalles*. Informe para la Universidad Autónoma de Madrid. Revista de Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, nº 100, pp.79-91.

307 (11). *Comentario de los artículos 89 a 118 (Infracciones y Sanciones) del Anteproyecto de Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*. Informe

realizado en cumplimiento del contrato de asesoramiento científico celebrado entre la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Madrid, ciclostil, 1992.

308 (12). *La solicitud de ayudas públicas a la contratación laboral y el sometimiento del contrato de trabajo a condición*. Dictamen para Dictamen y Asesoría, S.A. Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, 1987, II, pp.1268-1284 [colaboración Ignacio García-Perrote Escartín].

309 (13). *Situación social de los sacerdotes, religiosos y religiosas secularizados*. Nota-Informe en Hora 65. Boletín Informativo de Cosarese. Madrid, marzo-julio 1996, pp.I-II.

310 (14). *La promoción y defensa del principio de libre circulación en la Unión Europea*. Comentario al Informe de la Unión Europea. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, 1998, nº 12, pp.223-242.

311 (15). *Los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales*. Comentario al Informe con motivo del cincuentenario de la Declaración Universal de Naciones Unidas. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, 1999, nº 17, pp.281-292.

312 (16). *Informe en respuesta a diversas cuestiones planteadas por asociados de Cosarese, relativas a su derecho a la pensión de jubilación*. Hora 65. Boletín Informativo de Cosarese. Madrid, 1999, nº 54, pp.1-4.

313 (17). *Informe sobre Propuestas de reformas legislativas en materia de procedimientos laborales para discapacitados*. Aavv.(Dir. Óscar Alzaga Villaamil, Enrique Arnaldo Alcubilla, Miguel Ángel Cabra de Luna, Luis López Guerra y Rafael de Lorenzo) La Administración de Justicia y las personas con discapacidad. Madrid, Fundación ONCE/Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp.265-285 [colaboración José Ángel Folguera Crespo e Ignacio Moreno González-Aller].

314 (18). *Declaración de Laeken, sobre futuro de la Unión Europea*. Comentario a Informe. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, 2002, nº 37, pp.221-230.

315 (19). *Sobre capacidades y la movilidad en la cumbre de Lisboa*. Comentario a Informe. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, 2003, nº 42, pp.183-192.

316 (20). *Inmigración, fronteras y asilo. Conclusiones del Consejo Europeo de Salónica*. Comentario a las Conclusiones. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, 2004, nº 52, pp.181-188.

317 (21). *Sobre la reforma del Derecho del Trabajo en la Unión Europea*. Comentario a Informe. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, 2008, nº 72, pp.221-230.

318 (22). *Dos Informes relevantes sobre la situación económica y laboral de España, 2014-2015*. Comentario a Informe. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, 2016, nº 122, pp.205-226.

q) Escritos en Homenaje e In Memoriam (70)

319 (1). *Wolfgang Siebert. In Memoriam*. Cuadernos de Política Social. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1959, nº 43, pp.133-139.

320 (2). *La previsión social de los socios de cooperativas industriales*. Aavv.Estudios en homenaje al Profesor Jordana de Pozas. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, tomo III, pp.315-348.

321 (3). *La crisis de la dependencia en la delimitación de relaciones jurídicas laborales*. *Erich Molitor, In Memoriam*. Revista de Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Tecnos, 1963, nº 56, pp.21-31.

322 (4). *Los deportistas ante el Derecho del trabajo*. Aavv.Estudios en homenaje al Profesor Laureano López Rodó. Universidad de Santiago de Compostela/Universidad Complutense de Madrid/Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1972, vol. III, pp.503-528 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.781-805, con Nota introductoria del profesor Borja Suárez Corujo, pp.779-780].

323 (5). *Algunas reflexiones para la regulación legal del derecho de huelga*. Aavv.(Coord. Manuel Alonso Olea), Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón. Madrid, Editorial Tecnos, 1980, pp.95-118 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.279-1.302, con Nota introductoria del profesor Ignacio García-Perrote Escartín, pp.1.275-1-277].

324 (6). *La persona y la obra de Manuel Alonso García. In Memoriam*. Revista de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1988, nº 90, p.7 [colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

325 (7). *In Memoriam. Manuel Alonso García*. Madrid, Documentación Laboral. Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1988, nº 24, p.5 [colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y Ricardo Pradas Montilla].

326 (8). *Ejecución provisional de sentencias de despido nulo. Acerca de la interpretación del artículo 227, párrafo segundo, de la Ley de Procedimiento Laboral.* Aavv.Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp.95-113.

327 (9). *Exclusión social de los 'incluidos' y función sindical. Reflexiones a vuela pluma en honor del maestro Velarde.* Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), Homenaje al Profesor Juan Velarde Fuertes. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, nº 9, pp.345-349.

328 (10). *Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo.* Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García. Madrid, Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Marcial Pons, 1995, pp.109-130 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.995-1.016, con Nota introductoria de la profesora Carmen Agut García, pp.990-993].

329 (11). *Reforma de la Seguridad social y Estado de bienestar en España.* Aavv.(Coord. Pascual Sala Sánchez), Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp.357-377.

330 (12). *Naturaleza jurídica de las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo del personal de alta dirección.* Aavv.Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, Universidad, 1997, pp.227-237.

331 (13). *El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales.* Aavv.(Coord. Alfredo Montoya Melgar), Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho del Trabajo. Homenaje a Rafael Martínez Emperador, 1997, nº 3, pp.79-91 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.549-567, con Nota introductoria de la profesora María Emilia Casas Baamonde, 545-547].

332 (14). *In Memoriam: Rafael Martínez Emperador.* Jueces para la Democracia. Información y Debate, 1997, nº 28, pp.3-7.

333 (15). *Dos interpretaciones excesivas y una intuición correctora. Comentario a la STC 1/84, de 16 enero.* Aavv.(Coord. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer),

Jurisprudencia Constitucional y Relaciones laborales. Estudios en Homenaje a Don Francisco Tomás y Valiente. Número especial de la Revista de Relaciones Laborales. Madrid, La Ley, 1997, nº 15-16, pp.160-172.

334 (16). *El contrato indefinido para fomento del empleo*. Aavv.(Coord. Francisco de la Rosa Moreno), La reforma laboral de 1997. Documentación Laboral. Número extraordinario en Homenaje a Rafael Martínez Emperador. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1997, nº 54, pp.117-140.

335 (17). *Contratación laboral*. Aavv.(Coords. Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco), Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz. Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp.155-178.

336 (18). *Do ut facias. En torno a los estímulos a la contratación laboral*. Aavv.(Coord. José Iturmendi Morales), Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Madrid, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, 1999, vol. I, pp.567-583 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.721-1.737, con Nota introductoria del profesor Ricardo Morón Prieto, pp.1.719-1.720].

337 (19). *Manuel Alonso Olea, In Memoriam*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Portal Derecho, Iustel, 2003, nº 2, p.1.

338 (20). *El contenido constitucional de la asistencia social*. Aavv.(Coord. Alfredo Montoya Melgar), El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp.587-612 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.577-1.606, con Nota introductoria del profesor y magistrado Aurelio Desdentado Bonete, pp.1.573-1.575].

339 (21). *Huelga: servicios esenciales y servicios mínimos*. Aavv.(Coord. Efrén Borrajo Dacruz, Juan M. Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco), Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González. Madrid, La Ley, 2003, pp.269-294 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.305-1.329, con Nota introductoria de la profesora Magdalena Nogueira Guastavino, pp.1.303-1.304].

340 (22). *La externalización de los premios de jubilación*. Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 2003, nº 8, pp.99-141 [colaboración Lourdes López Cumbre].

341 (23). *Manuel Alonso Olea, un maestro para siempre*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, nº 245-246, pp.3-14.

342 (24). *Manuel Alonso Olea, el laboralista*. Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), Manuel Alonso Olea, In Memoriam. Madrid, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Centro de Estudios Financieros, 2004, pp.7-8, 14,15, 21 y 32-40.

343 (25). *Momento, movimiento, monumento de, para y a Manuel Carlos Palomeque López*. Aavv.(Coord. Wilfredo Sanguinetti Raymond y Enrique Cabero Morán), Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como Catedrático. Salamanca, Caja Duero, 2004, pp.9-26.

344 (26). *El derecho constitucional a la salud*. Aavv.(Coord. M.^a Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López y Jesús Cruz Villalón), Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2006, pp.969-1004.

345 (27). *Juan Rivero Lamas. In Memoriam*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2006, nº 15, pp.1-4.

346 (28). *La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad social*. Aavv.(Coord. José Luis Monereo, Cristóbal Molina y M.^a Nieves Moreno Vida), La Seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Granada, Comares, 2008, pp.3-43.

347 (29). *In Memoriam Ignacio Albiol Montesinos*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2008, nº 20, pp.5-13.

348 (30). *Las indemnizaciones escandalosas como medida indirecta de limitación del derecho de huelga. Una reflexión general al socaire de un caso particular*. Aavv.(Coord. Jaime Cabeza Pereiro y Jesús Martínez Girón), El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en Homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez. Murcia, Laborum/Vigo, Universidad, 2008, pp.427-455.

349 (31). *La peripecia del despido y un epílogo sentimental sobre un libro que ahora cumple cuarenta años*. Aavv.(Coord. José Luis Gil y Gil y José Manuel del Valle), El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Madrid, Ediciones Cinca, 2009, pp.59-86.

350 (32). *Juan, hombre auténtico*. Aavv.(Coord. Fernando Valdés Dal-Ré y Antonio Vicente Sempere Navarro), Juan Rivero Lamas, In Memoriam. Madrid. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2009, pp.295-301.

351 (33). *Las personas con discapacidad ante el Derecho del trabajo*. Aavv.(Dir. Luis Cayo Pérez-Bueno), Hacia un Derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp.591-614.

352 (34). *Asistencia social*. Aavv.(Dir. Antonio Vicente Sempere, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Raquel Aguileras Izquierdo), *Enciclopedia laboral básica 'Alfredo Montoya Melgar'*. Madrid, Civitas, 2009, pp.203-207.

353 (35). *Contrato temporal*. Aavv.(Dir. Antonio Vicente Sempere, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Raquel Aguileras Izquierdo), *Enciclopedia laboral básica 'Alfredo Montoya Melgar'*. Madrid, Civitas, 2009, pp.391-395.

354 (36). *Sindicato*. Aavv.(Dir. Antonio Vicente Sempere, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Raquel Aguileras Izquierdo), *Enciclopedia laboral básica 'Alfredo Montoya Melgar'*. Madrid, Civitas, 2009, pp.1288-1292.

355 (37). *El nuevo ERE extintivo. Una propuesta*. Aavv.(Coord. Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco), Crisis, reforma y futuro del Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos en Memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp.339-354.

356 (38). *El concepto de empresario-empleador en Derecho del trabajo*. Aavv.(Coord. Ángel Blasco Pellicer), El empresario laboral. Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación. Valencia, Tirant lo blanch, 2010, pp.13-41.

357 (39). *El trabajo, objeto poético*. Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), El Trabajo, dedicado al Profesor Juan Rivero Lamas. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, pp.25-94.

358 (40). *El Derecho del Trabajo ante las crisis extremas*. Aavv.(Coord. Rafael Forero Contreras), Homenaje a la trayectoria profesional del Profesor Rafael Forero Rodríguez. Bogotá, edición digital, 2013, pp.56-70.

359 (41). *Seguridad social y asistencia social*. Aavv.(Coord. Miguel Ángel Cabra de Luna y José Antonio Panizo Robles), Protección social: Seguridad social y Discapacidad. Estudios en Homenaje a Adolfo Jiménez. Madrid, Cermi/Fundación Derecho y Discapacidad/Ediciones Cinca, 2014, pp.133-154.

360 (42). *Ultractividad agotada y aplicación empresarial selectiva del convenio fenecido*. Aavv.(Coord. Juan Gorelli Hernández), El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum al Profesor Antonio Ojeda Avilés. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, pp.109-116.

361 (43). *Los sindicatos como instituciones culturales de la sociedad contemporánea*. Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil e Ignacio García-Perrote Escartín), Los Sindicatos. Homenaje al Profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación. Valladolid, Lex Nova/Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014, pp.25-93.

362 (44). *La efectividad y los límites de la cláusula de Estado social en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Aavv.(Coord. Margarita I. Ramos Quintana y Gloria P.Rojas Rivero), Transformaciones del Estado Social y Derecho del trabajo. Libro homenaje al Profesor Manuel Álvarez de la Rosa con motivo de su jubilación. Granada, Comares, 2014, pp.25-39.

363 (45). *Asistencia social y crisis económica*. Aavv.(Dir. Elías González-Posada Martínez y M.^a Luisa Molero Marañón), Derecho del trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré. Valladolid, Universidad, 2014, pp.700-716.

364 (46). *La representación de los trabajadores en la pequeña empresa, por comisiones laborales o sindicales, y su recepción judicial*. Aavv.(Dir. Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz), Crisis económica, reformas laborales y protección social. Homenaje al Profesor Jesús M.^a Galiana Moreno. Murcia, Universidad, 2014, pp.161-196.

365 (47). *¿Tiene solución la economía sumergida? Un ejemplo de reforma inoperante en la legislación laboral española*. Aavv.Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, pp.281-294.

366 (48). *El sistema nacional de salud. Fisuras sobrevenidas*. Aavv.(Coord. Antonio Baylos Grau, Jaime Cabeza Pereiro, Jesús Cruz Villalón y Fernando Valdés Dal-Ré), La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas Baamonde. Madrid, La Ley Wolters Kluwer/Santander Justicia, 2015, pp.757-780.

367 (49). *Una frontera en la delimitación del concepto de trabajador. Comentario a la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986 sobre mensajeros*. Aavv.(Coord. Joaquín García Murcia), El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde. Madrid, Editorial Tecnos, 2015, pp.27-43.

368 (50). *Una investigación memorable. La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el derecho histórico español*. Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), *Semblanza de grandes laboristas*. Gaspar Bayón Chacón. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2015, pp.43-62.

369 (51). *Las medidas cautelares en el proceso social y, particularmente, en la modalidad especial de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*. Aavv.(Coord. Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres), Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, tomo I, pp.993-1017.

370 (52). *El fomento del empleo como objetivo del ordenamiento jurídico*. Aavv.(Dir. José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto), La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Liber Amicorum de la Profesora Rosa Quesada Segura. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, pp.240-254.

371 (53). *Trabajo a distancia. Comentario al artículo 13 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Aavv.(Coord. José M.^a Goerlich Peset), Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco. Valencia, Tirant lo blanch, 2016, pp.305-323.

372 (54). *Un nuevo Derecho del Trabajo: la portentosa contribución del maestro Eugenio Pérez Botija*. Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), *Semblanza de grandes laboristas. Eugenio Pérez Botija*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pp.19-52.

373 (55). *Las Instituciones de Seguridad Social*. En *Semblanza de grandes laboristas*. Manuel Alonso Olea (Coord. Alfredo Montoya Melgar). Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pp.201-217.

374 (56). *El origen de los estudios sobre Protección social en España: la obra de Álvaro López Núñez*. Aavv.(Coord. Jordi García Viña y Arántzazu Vicente Palacio), Estudios sobre Seguridad social. Libro homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet. Barcelona, Atelier, 2017, pp.79-111.

375 (57). *Los sindicatos de ámbito estatal y de ámbito autonómico en el Estado de las autonomías*. Aavv.(Coord. Wilfredo Sanguinetti Raymond y Enrique Cabero Morán), Sindicalismo y democracia. El Derecho sindical español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después, 1986-2016. Granada, Comares, 2017, pp.87-101.

376 (58). *Algunos problemas de las unidades de negociación colectiva en el Estado Autonómico*. En *Estudos de Direito do Trabalho, em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*. Portugal, Nova Causa, 2017, Parte 2, pp.74-94.

377 (59). *La manualística del Profesor Manuel Alonso García. La primera aproximación española a un Tratado de Derecho del Trabajo*. Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), *Semblanza de grandes laboristas*. Manuel Alonso García. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp.29-55.

378 (60). *La regulación del teletrabajo por la negociación colectiva*. Aavv.(Dir. Jesús Cruz Villalón, Elías González-Posada y M.^a Luisa Molero Marañón), La negociación

colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés-Dal-Ré. Albacete, Bomarzo, 2021, pp.507-520.

379 (61). *Aurelio Desdentado Bonete, descansa en paz. In Memoriam*". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel, Portal Derecho, 2021, nº 59, pp.1-25.

380 (62). *Semblanza de Aurelio Desdentado Bonete*. Aavv.(Dir. Antonio Vicente Sempere Navarro), La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp.59-84.

381 (63). *Eso que llamamos asistencia social. Un Homenaje a los estudios de Aurelio Desdentado sobre la materia*". Aavv.(Coord. Jesús R. Mercader Uguina), Liber Amicorum en Homenaje a Aurelio Desdentado Bonete. Valencia, Tirant lo blanch, 2022, pp.139-194.

382 (64). *Sobre la Seguridad social en la Constitución española, a la altura del año 1990*. Aavv.(Dir. José Luis Monereo Pérez), Homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz. Revista de Derecho de la Seguridad Social. Murcia, Laborum, 2023, pp.189-200.

383 (65). *El trabajo a distancia. Comentario al nuevo artículo 13 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Aavv.(Coords. Paloma Abad Tejerina y Rafael C. Sáez Carbó), En torno al Estatuto de los Trabajadores. Un Homenaje a Don Juan Antonio Sagardoy. Madrid, Sepín, 2023, pp.181-205.

384 (66). *El incisivo concepto de Protección social, compartimentos estancos y vasos comunicantes*. Aavv.(Coord. Luis Eduardo Díaz), Seguridad social para todos, solidaria e inclusiva. Estudios en homenaje a Carmelo Mesa-Lago. Universitas Fundación Venezuela y Fundación Friedrich Ebert Stiftung México, 2023, pp.231-270.

385 (67). *El contrato fijo discontinuo*. Aavv.(Coord. Gemma Fabregat Monfort), Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual. Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de su jubilación como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- Valencia, Tirant lo blanch, 2023, pp.91-102.

386 (68). *El Derecho colectivo del trabajo. Del genio de Nipperdey a la consolidación constitucional*. Aavv.(Coord. José Ignacio García Ninet), Derecho colectivo del trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Salido Banús. Barcelona, Editorial Atelier, 2023, pp.23-60.

387 (69). *La formación profesional para el empleo. Comentario a la Sentencia 71/2018, del Tribunal Constitucional*. Homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré. Revista de Derecho de la Seguridad Social. Murcia, Laborum, 2023, nº 3, pp.335-344.

388 (70). *Las pensiones del futuro*. Aavv.(Dir. José Luis Monereo Pérez y Coord. Francisca Moreno Romero), Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor Tortuero Plaza. Murcia, Laborum, 2024, tomo I pp. 43-57.

r) Comentarios de Doctrina judicial y de Jurisprudencia (84)

389 (1). *Accidente de trabajo en la agricultura. Comentario a la STS de 29 de febrero de 1960*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1960, vol. IV, nº 8, pp.422-437.

390 (2). *Accidentes de trabajo. Tribunal Provincial Médico. Comentario a la STS de 3 de junio de 1960*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1961, vol. IV, nº 9, pp.759-768.

391 (3). *La naturaleza jurídica del Montepío Marítimo Nacional. Comentario a la STCT de 20 de junio de 1961*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1961, vol. V, nº 11, pp.377-397.

392 (4). *Las actividades de guardería ante el Derecho del trabajo. Comentario a la STS de 9 de febrero de 1961*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1961, vol. V, nº 12, pp.593-621.

393 (5). *La facilitación de vivienda a los trabajadores por las empresas. Comentario de la STS. de 1 de junio de 1962*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1962, vol. VI, nº 13, pp.163-186.

394 (6). *Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las relaciones laborales de hecho. Comentario de la STCT de 30 de mayo de 1962*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1962, vol. VI, nº 14, pp.459-478 [reproducido por Francisco Rico Pérez en el Libro de ejercicios de Derecho Civil, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1976, pp.255-274].

395 (7). *El fallecimiento del titular de la empresa como causa de extinción del contrato de trabajo. Comentario a la STCT de 6 de marzo de 1962*. Revista de Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Técnos, 1962, nº 53, pp.70-73.

396 (8). *La dependencia, ¿es esencial para la existencia de contrato de trabajo? Comentario a la STS de 22 de mayo de 1964*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Editorial Reus, 1964, nº 5, pp.671-675 [colaboración Eugenio Pérez Botija].

397 (9). *Protección especial de los enlaces sindicales: su dimisión provocada equivale al despido. Comentario a la STS de 14 de marzo de 1964*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Editorial Reus, 1964, nº 5, pp.675-681 [colaboración Eugenio Pérez Botija].

398 (10). *Jurisprudencia laboral sistematizada*. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1964, vol. I, pp.255-297.

399 (11). *Jurisprudencia laboral sistematizada*. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1965; vol. II, pp.421-516.

400 (12). *Jurisprudencia laboral sistematizada*. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1965, vol. III, pp.299-435.

401 (13). *La naturaleza jurídica de los convenios colectivos de trabajo. Comentario a la STS de 24 de diciembre de 1964*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Editorial Reus, 1965, nº 3, pp.365-374 [colaboración Eugenio Pérez Botija].

402 (14). *La protección de los menores de catorce años contra los accidentes de trabajo. Comentario a la STS de 20 de junio de 1964*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Editorial Reus, 1965, nº 4, pp.514-520 [colaboración Eugenio Pérez Botija].

403 (15). *Jurisprudencia laboral sistematizada*. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1966, vol. IV, pp.365-593.

404 (16). *La jubilación forzosa en los convenios colectivos. Comentario a las SSTs de 30 de junio y 22 de septiembre de 1966*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Editorial Reus, 1967, nº 2, pp.378-395 [colaboración Jaime Montalvo Correa].

405 (17). *Un tipo especial de reglamento administrativo: el Convenio colectivo sindical*. Documentación Administrativa. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, nº 130, pp.53-60.

406 (18). *Los futbolistas son trabajadores. Comentario a la STCT de 24 de junio de 1971*. Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1971, nº 2, pp.45-55.

407 (19). *Pensiones por muerte y supervivencia. La errata del artículo 40.3, del Decreto 3.158/1966; concepto de prestaciones de la Seguridad Social*. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972, nº 95, pp.235-238.

408 (20). *Régimen especial de seguridad Social de funcionarios públicos del Estado. Comentario a la STS de 4 de noviembre de 1971*. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972, nº 96, pp.235-244.

409 (21). *Desviaciones del principio de legalidad en el ordenamiento de Seguridad social. Nulidad del artículo 2, apartado e), de la Orden del Ministerio de Trabajo de 13 de febrero de 1967*. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973, nº 98, pp.146-149.

410 (22). *Representatividad y estrategia sindical. Comentario a la sentencia de la 'Chambre Sociale de la Cour de Cassation française de 23 de febrero de 1973*. Cuadernos de Derecho del Trabajo. Madrid, Sociedad de Estudios Laborales, 1974, nº 0, pp.93-95.

411 (23). *Jurisprudencia contencioso-administrativa. Recopilación periódica en la revista Documentación Administrativa*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, de 1962 (nº 56-57), hasta 1974 (nº 162), con un total de 1.343 sentencias analizadas [colaboración Antonio de Juan Abad].

412 (24). *Jurisprudencia de la Sala VI del Tribunal Supremo, en materia de Seguridad social. Recopilación periódica*. Revista de Política Social. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, de 1972 (nº 93) a 1978 (nº 117).

413 (25). *Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*. En Aavv.Huelga y conflictos colectivos. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1981, pp.8-10.

414. (25). *El control jurisdiccional de la proclamación de candidatos en las elecciones celebradas para la designación de representantes en la función pública; en torno, además, a los límites estructural y aplicativo del recurso de amparo*. Manuel Alonso Olea, Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Editorial Civitas, 1988, t. VI, pp.414-426; y Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid, Civitas, 1989, nº 38, pp.299-306.

415 (26). *Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos. Comentario a la STC. 43/1990, de 15 marzo*. Manuel Alonso Olea, Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Editorial Civitas, 1990, t. VIII, pp.120-134; y Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid, Civitas, 1991, nº 47, pp.441-450.

416 (27). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000, nº 1, pp.77-98 [colaboración Profesores del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid, coordinación Lourdes López Cumbre].

417 (28). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2000, nº 2, pp.55-78 [id. nº 408 (27)].

418 (29). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2000, nº 3, pp.57-79 [id. nº 408 (27)].

419 (30). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2000, nº 4, pp.51-72 [id. nº 408 (27)].

420 (31). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2001, nº 5, pp.73-99 []].

421 (32). *El cómputo de los servicios prestados con anterioridad al año 1962, por religiosos/as secularizados. Comentarios a la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2001.* Boletín Informativo de Cosarese, Hora 65, 2001, nº 69, pp.1-8.

422 (33). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2001, nº 6, pp.89-114 [id. nº 408 (27)].

423 (34). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2001, nº 7, pp.99-123 [id. nº 408 (27)].

424 (35). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2001, nº 8, pp.65-89 [id. nº 408 (27)].

425 (36). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2002, nº 9, pp.79-96 [id. nº 408 (27)].

426 (37). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2002, nº 10, pp.87-110 [id. nº 408 (27)].

427 (38). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2002, nº 11, pp.77-103 [colaboración Profesores del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid, coordinación Borja Suárez Corujo].

428 (39). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2002, nº 12, pp.95-121 [id. nº 419 (37)].

429 (40). *Servicios esenciales y servicios mínimos inmotivados en la huelga general del 20-J. Comentario a la STSJ-Madrid de 10 de febrero de 2003.* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2003, nº 2, 16 pp.

430 (41). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral.* Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2003, nº 13, pp.117-142 [id. nº 419 (37)].

431 (42). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2003, nº 14, pp.79-106 [id. nº 419 (37)].

432 (43). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2003, nº 15, pp.79-106 [id. nº 419 (37)].

433 (44). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2003, nº 16, pp.97-124 [id. nº 419 (37)].

434 (45). *La tasa del 7'6923 por ciento impuesta por el INSS, a los religiosos/as y sacerdotes secularizados, es ilegal. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2003*. Boletín Informativo de Cosarese, Hora 65, 2004, nº 83, pp.1-4.

435 (46). *El Tribunal Supremo anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia favorable a Cosarese. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2004*. Hora 65, 2004, nº 86, pp.1-4.

436 (47). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2004, nº 17, pp.111-132 id. nº 419 (37)].

437 (48). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2004, nº 18, pp.81-102 [id. nº 419 (37)].

438 (49). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2004, nº 19, pp.91-110 [id. nº 419 (37)].

439 (50). *El Trabajador. Dirección de la crónica de jurisprudencia en Justicia Laboral*. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, Lex Nova, 2004, nº 20, pp.93-101 [id. nº 419 (37)].

440 (51). *Exoneración de responsabilidad empresarial por infracotización. Actuación de buena fe ratificada por la Administración de Seguridad Social. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2006*. Anuario Laboral para Abogados 2007. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2008, pp.169-194.

441 (52). *Impugnación de decisión empresarial unilateral, anulatoria de acuerdo colectivo. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008*. Anuario Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2010, pp.213-231.

442 (53). *Desde la Dirección, Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*. Anuario Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes Despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2010, pp.887-923 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].

443 (54). *Confederaciones sindicales descendentes y ascendentes. Una vuelta de tuerca a la delimitación de los procedimientos de conflicto colectivo y de impugnación de convenio colectivo. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2010*. Anuario Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2010 de los grandes Despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2011, pp.143-162.

444 (55). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*. Anuario Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2010 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2011, pp.847-888 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].

445 (56). *La dualidad de niveles retributivos no constituye doble escala salarial ilícita sí responde a exigencias formativas dentro del desempeño de la misma función. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2011*. Práctica laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2011 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2012, pp.755-782.

446 (57). *Desde la Dirección, Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*. Práctica Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2011 de los grandes Despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2012, pp.933-975 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].

447 (58). *Préstamos financieros a trabajadores. Sobre el valor jurídico de las circulares e instrucciones empresariales. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012*. Práctica Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2012 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2013, pp.647-661 [colaboración Rosa Rodríguez Gutiérrez].

448 (59). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*. Práctica laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2012 de los grandes Despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2013, pp.795-825 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].

449 (60). *La devolución de los extranjeros y la prohibición de entrada en España a tenor de la legislación orgánica y de la doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 17/2013, de 31 de enero*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Migraciones Internacionales. Madrid, 2013, nº 105, pp.313-325.

450 (61). *Competencia de las Salas de lo Social para conocer de la impugnación de actos administrativos en la instancia. Comentario al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013*. Práctica Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2013 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2014, pp.761-774 [colaboración Teresa Perea Montes].

451 (62). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*. Práctica laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2013 de los grandes Despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2014, pp.911-939 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].

452 (63). *La nueva lectura del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en los complementos salariales*. En Revista Trabajo y Derecho. Madrid, Wolters Kluwer, 2015, nº 1, pp.12-26.

453 (64). *Llenar una laguna. Reflexiones acerca de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, sobre ultractividad del convenio colectivo*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2015, nº 40, pp.276-287.

454 (65). *Anulación de las resoluciones administrativas autorizatorias de un expediente de regulación del empleo por infracciones formales y materiales. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2014*. Práctica Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2014 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2015, pp.707-722 [colaboración Rosa Rodríguez Gutiérrez].

455 (66). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*. Práctica laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2014 de los grandes Despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2015, pp.859-894 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].

456 (67). *La aplicación selectiva del convenio colectivo una vez finalizado el periodo de ultractividad no es conforme al ordenamiento jurídico. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2015*. Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2015 de los grandes despachos. Madrid (La Ley. Wolters Kluwer), 2016, pp.677-691 [colaboración Teresa Perea Montes].

457 (68). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*. Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2015 de los grandes Despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2016, pp.823-854 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].

458 (69). *La obligación de pago de las comisiones durante el periodo vacacional no predetermina el sistema de cálculo de las comisiones. Comentario a la sentencia de la*

Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2017. Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2016 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2017, pp.623-637 [colaboración María Martínez-Avial Guerra].

459 (70). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Práctica laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2016 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2017, pp.755-791 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].*

460 (71). *Los derechos de los delegados sindicales en materia de prevención de riesgos laborales. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de octubre de 2017. Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2017 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2018, pp.695-708 [colaboración María Prous Lora].*

461 (72). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2017 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2018, pp.863-867 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].*

462 (73). *Pérdida de licencia de vuelo por edad y derecho a trabajar en tierra. Comentario a la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018. Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2018 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2019, pp.623-637 [colaboración Carlota Sotomayor Velasco].*

463 (74). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Práctica laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2018 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2019, pp.797-831 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].*

464 (75). *El rendimiento medido con evaluaciones. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de febrero de 2019. Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2019 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2020, pp.193-206.*

465 (76). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Práctica laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2019 de los grandes despachos. Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2020, pp.769-812 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].*

466 (77). *Derogación de acuerdo de empresa por acuerdo de empresa posterior, en supuesto de sucesión de empresa. Con cláusula de renuncia de los derechos originarios. Comentario a la sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre*

de 2020. *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2020 de los grandes despachos.* Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2021, pp.207-222.

467 (78). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.* *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2020 de los grandes despachos.* Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2021, pp.733-774 [coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario].

468 (79). *Reclamaciones judiciales derivadas del accidente de trabajo por caída en vía pública. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, de 29 de abril de 2021.* *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2021 de los grandes despachos.* Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2022, pp.145-160.

469 (80). *Desde la Dirección. Comentario a sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.* *Práctica laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2021 de los grandes despachos.* Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2022, pp.667-708 (coautoría con el Consejo de Dirección del Anuario).

470 (81). *Principio de los actos propios y aplicación del convenio colectivo. Comentario a la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia-La Mancha, de 18 de noviembre de 2022.* *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2022 de los grandes despachos.* Madrid, La Ley. Soluciones Legales, 2023, pp.147-162.

471 (82). *Caducidad de la acción de despido en las Administraciones Públicas. Exigencias formales de la comunicación extintiva. Comentario a la STS de 7 de septiembre de 2022.* *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2022 de los grandes despachos.* Madrid, La Ley. Soluciones Legales, 2023, pp.711-717.

472 (83). *Sobre los recargos en las actas de liquidación de cuotas. Un supuesto abusivo de interpretación y actuación administrativa. Comentario a la STSJ-Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de noviembre de 2023.* *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2023 de los grandes despachos.* Madrid, La Ley. Soluciones Legales, 2023 (en prensa).

473 (84). *Sobre la acumulación de los créditos horarios de los delegados sindicales. Comentario a la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2023.* *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2023 de los grandes despachos.* Madrid, La Ley. Soluciones Legales, 2023 (en prensa).

s) Conferencias, Discursos, Lecciones e Intervenciones en Mesas Redondas o similares³ (37)

474 (1). *Limitaciones del régimen español de Previsión social anterior a la Ley de Bases de 1963*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo, el 23 de enero de 1963. Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad social. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1963, pp.19-24.

475 (2). *Las causas de oposición a la Ley de Bases de la Seguridad Social*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo, el 10 de febrero de 1963. Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad social. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1963, pp.25-32.

476 (3). *La política de prestaciones de la Seguridad Social*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo el 3 de abril de 1963). Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad social. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1963, pp.61-69.

477 (4). *La nueva Seguridad Social española. Cara y cruz de una reforma*". Conferencia en el Colegio Mayor Ruiz de Alda de Murcia, el 18 de febrero de 1964. Rev. Punta Europa. Madrid, 1964, IV, nº 96, pp.98-104.

478 (5). *El contrato de trabajo a domicilio*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo, el 7 de abril de 1965. Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1965, pp.263-286.

479 (6). *¿Contrato de trabajo de los penados?* Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo, el 12 de mayo de 1965. Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1965, pp.333-359.

480 (7). *La cogestión en la República Federal Alemana*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo, el 16 de febrero de 1966. Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1967, pp.85-97.

481 (8). *La naturaleza jurídica de la participación en beneficios*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo, el 20 de abril de 1966. Aavv.(Dir. Gaspar Bayón

³ De las 1.028 intervenciones orales (Conferencias y Discursos) tenidas en España, entre el 8 de septiembre de 1955 (Villafría, Burgos, Milicia Aérea Universitaria) y el 16 de febrero de 2024 (Madrid, Máster de la Fundación Derecho y Discapacidad), solo se da cuenta en esta letra s), de las que fueron posteriormente publicadas.

Chacón), Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1967, pp.241-247.

482 (9). *La familia ante el Derecho del trabajo*. Conferencia pronunciada en el V Curso de Verano sobre Problemas Familiares, el 24 de agosto de 1966. Santander, Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Unión Nacional de Asociaciones Familiares. Cuadernos de Investigación, 1967, pp.53-78.

483 (10). *Previsión, Seguros sociales y Seguridad social*. Conferencia en el I Ciclo de Conferencias-Coloquio organizadas por el Ministerio de la Gobernación, el 13 de abril de 1966. Aavv.Problemas fundamentales de la beneficencia y asistencia social. Madrid, Secretaría General Técnica. Colección Estudios, 1967, pp.33-52.

484 (11). *Procedimientos pacíficos para la composición de controversias colectivas*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo, el 11 de enero de 1967). Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1968, pp.83-103.

485 (12). *Conflictos colectivos en la República Federal Alemana*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo, el 8 de febrero de 1967. Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1968, pp.105-121.

486 (13). *La formalización (carta y expediente) del despido disciplinario*. Lección en el Seminario de Derecho del Trabajo (curso 1969-1970). Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Dieciséis lecciones sobre causas del despido. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1969, pp.253-307 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.073-1.106, con Nota introductoria de la profesora Ana Badiola Sánchez, pp.1.071-1.072].

487 (14). *El factum principis*. Lección impartida en el Seminario de Derecho del Trabajo (curso 1970-1971). Aavv.(Dir. Gaspar Bayón Chacón), Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1970, pp.105-135 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.111-1.131, con Nota introductoria del profesor José Luis Monereo Pérez, pp.1.107-1.110].

488 (15). *Política social de rentas*. Conferencia, el 23 de septiembre de 1968, en las I Jornadas Administrativas de Galicia celebrada en Santiago de Compostela. Aavv.Política

social de rentas. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1970, pp.129-156.

489 (16). *El origen de la Administración Laboral en España*. Lección inaugural del curso 1969-1970 en la Escuela Nacional de Administración Pública, el 23 de junio de 1969. Documentación Administrativa, 1969, nº 131, pp.11-49.

490 (17). *Problemas de estabilidad en el empleo*. Conferencia en la Escuela Social de Murcia, el 20 de mayo de 1972. Publicaciones de la Escuela Social. Murcia, 1973, 42 pp.[reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.135-1.169, con Nota introductoria de la profesora Ana de la Puebla Pinilla, pp.1.133-1.134].

491 (18). *El despido en el Real Decreto-Ley 17/1977 de relaciones de trabajo*. Conferencia en las Jornadas sobre el Real Decreto-ley 17/1977, el 21 de marzo de 1977, celebradas en la Escuela de Magisterio. Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), Relaciones de Trabajo. Comentarios al Real Decreto Ley 17/1977. Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, 1977, pp.19-85.

492 (19). *Libertad de sindicación y responsabilidad de la productividad nacional*. Conferencia, el 8 de junio de 1979, en el Simposio Nacional sobre Libertades Personales y Convivencia Social, organizado por el Instituto de Ciencias del Hombre. Aavv.(Coord. José Arana), Libertades personales y convivencia social. Madrid, Karpos 1980, pp.129-149.

493 (20). *El contrato de trabajo en prácticas*. Conferencia, el 15 de septiembre de 1981, en la Mesa Redonda organizada por la Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales. Aavv.(Coord. Miguel Allué), La Contratación temporal. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1981, pp.44-51.

494 (21) *La participación de los trabajadores en la empresa*. Conferencia, el 22 de enero de 1981, en el I Ciclo organizado por la Asociación de Cajas de Ahorro para las Relaciones Laborales. Aavv.(Coord. Juan de la Rosa), Las relaciones laborales en la España de los 80. Avance Informativo, 1981, pp.43-51.

495 (22). *La regulación laboral de los cargos directivos. Auditoría Interna*. Conferencia, el 2 de junio de 1985, en el Instituto de Auditores Externos. Madrid, 1985, pp.27-34 [colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

496 (23). *Los grados de protección sindical de la Ley de Libertad Sindical*. Conferencia, el 20 de septiembre de 1985, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, Revista de la Facultad de Derecho, 1985, nº 7, pp.83-93.

497 (24). *La modificación del contrato de trabajo*. Conferencia en la Universidad Rovira i Virgili. Aavv.III Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social. Tarragona, Ibdem Ediciones, 1997, pp.319-329.

498 (25). *Trabajo y empleo en la sociedad que viene*. Conferencia, el 6 de septiembre de 1998. Aavv.Pensamiento y Sociedad. Burgos, Caja Ahorros, 1998, pp.41-58.

499 (26). *Puntos críticos del recurso de casación para unificación de doctrina en el proceso social*. Conferencia, el 28 de noviembre de 2000, en las Jornadas sobre Derecho y Proceso, organizadas y publicadas por el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001, nº 5, pp.229-245 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.1.811-1.835, con Nota introductoria de la profesora María Luisa Molero Marañón, pp.1.807-1.809].

500 (27). *La reforma de la Seguridad Social*. Conferencia, el 30 de noviembre de 2001, en la Jornada Técnica sobre la Legislación social en los albores del siglo XXI. Aavv.(Coord. Joaquín García Murcia), Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2002, pp.72-94.

501 (28). *El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho del trabajo*. Conferencia, el 5 de julio de 2002, en el Curso de Verano sobre Los principios del Derecho del Trabajo. Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Lourdes López Cumbre) Los principios del Derecho del trabajo. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, pp.303-416 [reproducido en Aavv.(Coords. Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín), Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria. Centro de Estudios Financieros, 2006, pp.391-413, con Nota introductoria de la profesora Yolanda Valdeolivas García, pp.387-389].

502 (29). *Las facultades de vigilancia y control del empresario en caso de los terminales de ordenador y dispositivos similares*. Conferencia, el 7 de marzo de 2003, en las VIII Jornadas Laborales de Dret del Treball i de Seguretat Social. Criteri. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Tarragona, 2003, nº 25, pp.9-10 (resumen).

503 (30). *La efectividad de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución*. Conferencia, el 22 de noviembre de 2003, en las VII Jornadas de Outono de Vigo sobre Derechos constitucionales, sociales y sindicales del trabajador; últimas elaboraciones. Revista Práctica Mensual. Social. Mes a Mes. Francis Lefebvre, 2004, nº 94, pp.1-7.

504 (31). *El marco normativo jurídico laboral vigente sobre conciliación trabajo/familia*. Conferencia, el 28 de junio de 2004, en la Jornada (Dir. Juan Antonio Sagardoy

Bengoechea y Carlos de la Torre García), sobre Conciliación entre el trabajo y la familia. Un análisis del empleo en la Comunidad de Madrid, 2004, pp.69-82.

505 (32). *Incidencia de la genética en las relaciones laborales*. Conferencia, el 10 de noviembre de 2004, II Jornadas luso-españolas, celebradas en la Universidad Autónoma de Madrid, Aavv.(ed. Agustín Jorge Barreiro), Derecho y Genética. Un reto de la sociedad del siglo XXI. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2006, pp.49-64.

506 (33). *El discreto nacimiento de la Inspección de Trabajo en la España reformista de principios del XX*. Conferencia magistral, el 1 de marzo de 2006, en los actos del I Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En el libro 1906-2006. Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pp.41-49.

507 (34). *La incidencia de las reformas estatutarias en el reparto constitucional y legal de competencias en materia de seguridad social y de asistencia social*. Conferencia, el 24 de octubre de 2006, en las X Jornadas Gienenses de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aavv.(Coord. Cristóbal Molina Navarrete), La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2007, pp.179-225.

508 (35). *Jubilación y prolongación de la vida activa. Las mil y una jubilaciones*. Conferencia de clausura en el Seminario sobre Los ciclos vitales y la seguridad social. Estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos sociológicos y económicos. Universidad Menéndez Pelayo. Santander, 2007. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, número extraordinario, pp.379-403 [colaboración Lourdes López Cumbre].

509 (36). *Ley de Dependencia. Una vertebración imperfecta entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. Conferencia, el 14 de diciembre de 2011. Aavv.(Coord. Lourdes López Cumbre), Protección Social y Comunidades Autónomas. Madrid, Ediciones Cinca, 2012, pp.85-102.

510 (37). *Las seis últimas décadas y la dedicación de nuestras vidas al estudio y aplicación del Derecho del Trabajo. Presente y futuro de la reforma laboral. Contratación laboral indefinida versus contratación laboral temporal. Sostenibilidad de las pensiones públicas*. Discurso, el 2 de febrero de 2016, compartido con los profesores Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, en celebración de nuestros 80 años. Acto celebrado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, presidido por el Catedrático y Académico Alfredo Montoya Melgar. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2016, nº 43, pp.493-500.

t) Conferencias y Discursos en el extranjero⁴ (8)

511 (1). *La estabilidad en el trabajo, estabilidad en el empleo y estabilidad en el puesto de trabajo*. Conferencia, el 23 de noviembre de 1967, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Trujillo, Perú. Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales. Trujillo, 1968, pp.140-145.

512 (2). *El desarrollo del Derecho del trabajo en España*. Conferencia, el 18 de abril de 1985, en el Simposio sobre Derecho Laboral Comparado: relaciones obrero-patronales en el sector privado, organizado por la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. San Juan, 1985, pp.625-637.

513 (3). *La evolución de las relaciones de trabajo dentro del marco de la transición a la democracia española. El papel de las organizaciones sindicales y empresariales en España*. Conferencia, el 23 de febrero de 1988, organizada por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala con el auspicio de Naciones Unidas y de la OIT. Avv.Bases para la actualización y desarrollo de la legislación laboral. Guatemala, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 1988, pp.85-98.

514 (4). *Principales instituciones del Derecho del trabajo en una sociedad democrática y pluralista. Breve panorama europeo*. Conferencia, el 24 de febrero de 1988, organizada por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala con el auspicio de Naciones Unidas y de la OIT. Avv.Bases para la actualización y desarrollo de la legislación laboral. Guatemala, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 1988, pp.101-117.

515 (5). *¿O Sindicalismo está morriendo?* Conferencia, el 25 de marzo de 2004, en el Foro Mundial sobre Sindicalismo. Debate EUA-EUROPA. São Paulo, Brasil, Laborint-91, pp.15-24.

516 (6) *La participación de los trabajadores en la empresa*. Discurso, el 14 de septiembre de 1999, de Presentación y Moderación de la I Ponencia del Profesor Roger Blanpain, en el VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Varsovia, Polonia, Actas del Congreso, 1999.

517 (7). *El futuro de la Seguridad social*. Conferencia, el 25 de marzo de 2004, en el XIII Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, conmemorativo del cincuentenario de la creación de la OISS. Salvador de Bahía, Brasil. Revista de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2004, nº 10, pp.13-23.

518 (8). *Miseria y esplendor del modelo democrático de relaciones laborales*. Conferencia magistral, el 26 de octubre de 2016, en el VII Congreso Nacional de

⁴ De las 69 Intervenciones orales (Conferencias y Discursos) habidas en quince países extranjeros, entre el 14 de diciembre de 1961 (Belaggio, Como, Italia) y el 10 de enero de 2024 (São Paulo, Brasil), solo se da cuenta en esta letra t) de las que fueron posteriormente publicadas.

Derecho del trabajo y de la Seguridad social. Lima, Perú, Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, 2016, Actas, pp.41-59.

u) Escritos en Soporte Digital⁵ (4+34)

519 (1). *Sistema público de protección social en España y sus correcciones a medio plazo*. <http://www.consultor.com> [página web del Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Alicante].

520 (2). *La custodia de los datos personales de los trabajadores como obligación de la empresa y su responsabilidad por filtraciones a cargo de otros trabajadores*. En la revista Asturias Social, 2010, n° 2, pp.108-120 [www.bigolesabogados.com/asturiassocial].

521 (3). *La reforma de la negociación colectiva*. En la revista ius Time, Revista de la Red de Asesorías para sus clientes, n° 34, época III [www.iustime.com/revista/entrevistas.php].

522 (4). *Las relaciones laborales en la ONCE*. Aavv.(Dir. Rafael de Lorenzo García), Régimen jurídico de la ONCE. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013 (cd.).

v) Prólogos, Editoriales, Presentaciones y similares (127)

523 (1). *Presentación al libro Grundriss des Arbeitsrechts de Alfred Hueck y Hans Carl Nipperdey, traducido y anotado*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pp.1-10 [colaboración Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer].

524 (2). *Prólogo al libro de César Gala Vallejo, Problemas laborales y de Seguridad social*. Madrid, Ediciones y Publicaciones Populares, 1970, pp.11-16.

525 (3). *Editorial al n° 1 de la revista Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad Literaria de Valencia, 1971, pp.V-VII.

526 (4). *Editorial al n° 2 de la revista Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad Literaria de Valencia, 1971, pp.XI-XII.

527 (5). *Presentación de los Estudios en Memoria del Profesor Doctor Don Eugenio Pérez Botija*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp.XVII-XVIII [colaboración Gaspar Bayón Chacón].

528 (6). *Editorial al n° 3 de la revista Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad Literaria de Valencia, 1972, pp.XI-XII.

⁵ Corresponden asimismo a esta letra u), la publicación de los trabajos en soporte digital referidos en los números 206, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 220, 224, 227, 228, 230, 238, 241, 242, 243, 287, 296, 336, 344, 346, 378, 428, 452 y 509 [*supra*, 25 referencias] y en los números 594, 617, 631, 768, 776, 777, 778, 779 y 780 [*infra*, 9 referencias].

- 529 (7). *Editorial al nº 4 de la revista Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad Literaria de Valencia, 1972, pp.XI-XII.
- 530 (8). *Prólogo al libro de Ramón Ayerra Alonso, Ordenanza siderometalúrgica de 29 de julio de 1972*. Madrid, Gráficas Maravillas, 1973, pp.7-12; 2ª ed. 1975, pp.11-21.
- 531 (9). *Editorial al nº 0 de la revista Cuadernos de Derecho del Trabajo*. Madrid, Sociedad de Estudios Laborales, Selsa, 1974, pp.XV-XVI.
- 532 (10). *Prólogo al libro de Jaime Montalvo Correa, Fundamentos de Derecho del Trabajo*. Madrid, Editorial Civitas, 1975, p.11-17.
- 533 (11). *Editorial al nº 1-2 de la revista Cuadernos de Derecho del Trabajo*. Madrid, Sociedad de Estudios Laborales, Selsa, 1975-76, pp.XV-XVI.
- 534 (12). *Prólogo al libro de Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, La realidad laboral española. Algunas reflexiones*. Madrid, Centro de Estudios Universitarios/Sociedad de Estudios Laborales, Selsa, 1976, pp.VIII-XIV.
- 535 (13). *Prólogo al libro de Luis Miguel Camps Ruíz, Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del trabajo*. Madrid, Ministerio de Trabajo, 1976, pp.7-15.
- 536 (14). *Editorial al núm. 3 de la revista Cuadernos de Derecho del Trabajo*. Madrid, Sociedad de Estudios Laborales, Selsa, 1977, p.7.
- 537 (15). *Prólogo al libro de Casos prácticos de Derecho del trabajo y Seguridad social I*, de Luis Enrique de la Villa Gil y Aurelio Desdentado Bonete. Madrid, Instituto de Estudios Sindicales, 1977, pp.7-10.
- 538 (16). *Presentación de la Segunda Conferencia y de la Mesa Redonda de las Jornadas sobre el Real Decreto-Ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo*. En Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), *Relaciones de Trabajo*. Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, 1977, pp.86-92; y 117-123.
- 539 (17). *Presentación al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), La transición política y los trabajadores*. Madrid, Ediciones de la Torre, 1977, pp.13-18.
- 540 (18). *Presentación de la recopilación de documentos La participación de los trabajadores en la empresa. Texto y Documentos*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1979, p.3.
- 541 (19). *Presentación al Acuerdo Marco Interconfederal (AMI), bajo el título de Algunas experiencias europeas de Acuerdos-Marco*. Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva. Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1980, pp.11-14.
- 542 (20). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), El Derecho del trabajo en España. Antología doctrinal, documentos, jurisprudencia, legislación básica y selección bibliográfica*. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad social, 1981, tomo I, pp.XI-XX.

543 (21) *Prólogo al libro de Luis Enrique de la Villa Gil y Aurora Domínguez González, Leyes laborales.* Madrid (Akal), 1981, pp.5-7; 2ª edición, 1986, p.7.

544 (22). *Prólogo al libro de Ignacio García-Perrote Escartín, La huelga con ocupación de lugar de trabajo.* Madrid, Editorial Akal, 1981, pp.7-11.

545 (23) *Prólogo al libro de Luis Enrique de la Villa Gil y Gabriel García Becedas, Leyes sindicales.* Madrid, Editorial Akal, 1982, pp.7-9.

546 (24). *Prólogo al libro de Gabriel García Becedas, Democracia y relaciones laborales. Programación nacional, política de inversiones y contrato de trabajo.* Madrid, Editorial Akal, 1982, pp.9-14.

547 (25). *A título de presentación de la obra del profesor Javillier.* Jean Claude Javillier, Derecho del trabajo. Madrid, Edición castellana del Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad social, 1982, pp.11-15.

548 (26) *Estudio Preliminar a la traducción del libro de Denis Carrier, La estrategia de la negociación colectiva.* Madrid, Editorial Tecnos, 1982, pp.13-36.

549 (27). *Presentación al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), El Estatuto de los Trabajadores. Antecedentes normativos, concordancias, jurisprudencia y bibliografía.* Madrid, Mutua Castilla, p.IX.

550 (28). *Presentación al número 69 de la Revista de Trabajo.* Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983, ene-mar, pp.7-8.

551 (29). *Presentación al libro de Ejercicios prácticos sobre el contrato de trabajo de Luis Enrique de la Villa Gil y Aurora Domínguez González.* Madrid, Editorial Ceura, 1984, p.11.

552 (30). *Presentación a los Ejercicios prácticos sobre Derecho Sindical de Luis Enrique de la Villa Gil y Gabriel García Becedas.* Madrid, Editorial Ceura, 1984, p.15.

553 (31). *Prólogo al libro de Luis Enrique de la Villa Gil, Aurelio Desdentado Bonete y Enrique Juanes Fraga, Leyes de Seguridad Social.* Madrid, Editorial Akal, 1985, pp.1-4.

554 (32). *Prólogo al libro de Aurora Domínguez González y otros, Régimen jurídico laboral de las PYMES en España.* Madrid, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, 1985, pp.1-4 [colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

555 (33). *Presentación al libro de Ejercicios prácticos sobre Seguridad Social de Luis Enrique de la Villa Gil y Aurelio Desdentado Bonete.* Madrid, Editorial Ceura, 1986, pp.15-16.

556 (34). *Prólogo al libro de Ignacio García-Perrote Escartín, Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp.5-12.

557 (35). *Prólogo al libro de Gregorio Tudela Cambronero, Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*. Madrid, Editorial Tecnos, 1988, pp.11-14.

558 (36). *Prólogo al libro de Jesús González Velasco, Los derechos laborales y su tutela provisional. La ejecución provisional en el Derecho del trabajo*. Madrid, Asociación de Cajas de Ahorro para Relaciones Laborales, 1988, pp.11-14.

559 (37). *Introducción a la edición española del libro colectivo Derecho del Trabajo, democracia y crisis en Europa occidental y en América*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pp.IX-XVIII [colaboración Manuel Carlos Palomeque López].

560 (38). *Presentación del número 100 de la Revista de Trabajo*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, oct-dic, pp.13-16.

561 (39). *Presentación al libro Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Selección de sentencias de Luis Enrique de la Villa Gil y Gregorio Tudela Cambronero*. Madrid, Editorial Ceura, 1990, pp.17-18.

562 (40). *Presentación al Compendio de Leyes Sociales de Luis Enrique de la Villa Gil, Gabriel García Becedas y Aurora Domínguez González*. Madrid, Editorial Akal, 1991, pp.7-8.

563 (41). *Presentación al número 1 de la Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, ene-mar, p.5 [colaboración Bernardo Gonzalo González].

564 (42). *Prólogo al libro de Francisco López-Tarruella Martínez y Carmen Viqueira Pérez, El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Madrid Editorial Civitas/Universidad de Alicante, 1991, pp.11-16.

565 (43). *Presentación a la recopilación Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa), Documentos de Derecho del trabajo y de la Seguridad social*. Madrid, Editorial Civitas, 1992, pp.15-16.

566 (44). *Prólogo al libro de Yolanda Valdeolivas García, Antisindicalidad y relaciones de trabajo. Un estudio de la conducta antisindical en la empresa*. Madrid, Editorial Civitas/Universidad Autónoma de Madrid, 1994, pp.13-20.

567 (45). *Prólogo al libro de Jesús Mercader Uguina, Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*. Madrid, Editorial Civitas/Universidad Autónoma de Madrid, 1994, pp.I-VII.

568 (46). *Prólogo al libro de Bernardo Gonzalo González, Introducción al Derecho internacional español de Seguridad social*. Madrid, Consejo Económico y Social, 1995, pp.11-14.

569 (47). *Presentación al Compendio de Leyes Sociales de Luis Enrique de la Villa Gil, Gabriel García Becedas, Aurora Domínguez González, Lourdes López Cumbre y Magdalena Nogueira Guastavino*. Madrid, Editorial Akal, 2ª ed. 1995, p.10.

570 (48). *Prólogo al libro de Manuel Iglesias Cabero, Derecho sindical y representación de los trabajadores*. Madrid, Editorial Colex, 1996, pp.7-10.

571 (49). *Prólogo al libro de Ignacio García Ninet y otros, Incapacidad Temporal*. Madrid, Editorial Tecnos, 1996, pp.9-12.

572 (50). *Prólogo al libro de Isidoro López Pena, Gestión de la protección sanitaria y de los servicios sociales. El derecho a la salud y su entorno*. Madrid, Fundación para la Formación de Altos Profesionales, 1996, pp.17-21.

573 (51). *Presentación al libro Aavv.Aspectos laborales de la Ley de Procedimiento Laboral. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp.9-13.

574 (52). *Prólogo al libro de Miguel Ángel Limón Luque, Derecho de reunión y relaciones laborales. El derecho de asamblea en la empresa*. Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, pp.11-15.

575 (53). *Editorial al nº 2 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 1997, pp.7-12.

576 (54). *Prólogo al libro de Jaime Yanini Baeza, La contratación para trabajos fijos discontinuos*. Madrid, McGraw Hill, 1997, pp.IX-XI.

577 (55). *Prólogo a las Leyes Laborales y Sindicales de Luis Enrique de la Villa Gil, Gabriel García Becedas, Aurora Domínguez González, Lourdes López Cumbre y Luis E. de la Villa de la Serna*. Madrid, Editorial Ceura, 1997, pp.11-14.

578 (56). *Prólogo a las Leyes de Seguridad Social de Luis Enrique de la Villa Gil, Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina, Lourdes López Cumbre y Juan de la Villa de la Serna*. Madrid, Editorial Ceura, 1997, pp.XI-XIV.

579 (57). *Prólogo al libro de Magdalena Nogueira Guastavino La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Pamplona, Aranzadi, 1997, pp.23-26.

580 (58). *Editorial al nº 7 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 1998, pp.7-9.

581 (59). *Prólogo al libro de Lourdes López Cumbre, La prejubilación*. Madrid, Editorial Civitas/Universidad Autónoma de Madrid, 1998, pp.27-36.

582 (60). *Prólogo al libro de Jesús González Velasco, Conciliación y reclamación previa en lo laboral*. Madrid, Edersa, 1998, pp.13-22.

583 (61). *Editorial al nº 12 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 1998, pp.7-10.

584 (62). *Prólogo a las Leyes Sociales Internacionales y Comunitarias de Luis Enrique de la Villa Gil, Ignacio García Ninet, José Javier Morro López, Magdalena Nogueira Guastavino, Ricardo Morón Prieto y Diego de la Villa de la Serna*. Madrid, Editorial Ceura, 1998, vol. I, pp.19-23.

585 (63). *Editorial al nº 17 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 1999, pp.7-10.

586 (64). *Editorial al nº 22 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho social Internacional y Comunitario*. Madrid, 2000, pp.7-10.

587 (65). *Prólogo a las Leyes de Seguridad Social de Luis Enrique de la Villa Gil, Ignacio García-Perrote Escartín, Lourdes López Cumbre, José Antonio Panizo Robles y Juan de la Villa de la Serna*. Madrid, Editorial Ceura, 2000, pp.XI-XIV.

588 (66). *Prólogo al libro de Jesús Mercader Uguina y César Tolosa Tribiño, Derecho Administrativo Laboral*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000; 2ª ed. 2004, pp.37-41.

589 (67). *Editorial al nº 27 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 2000, pp.7-10.

590 (68). *Editorial al nº 32 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 2001, pp.7-10.

591 (69). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. AEDTSS), Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Ponencias y Comunicaciones del XI Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de Seguridad social. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp.9-20.

592 (70). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Juan Damián Moreno), La Ley de Procedimiento Laboral. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Doctrina*. Madrid, Editorial Colex, 5ª edición, 2002, pp.13-15 [colaboración Juan Damián Moreno].

593 (71). *Editorial al nº 37 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 2002, pp.7-10.

594 (72) *Prólogo al libro La formación histórica del Derecho español de trabajo*. Granada, Editorial Comares, 2002, pp.XV-XXII.

595 (73). *Editorial al nº 1 de la Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2003, p.1.

596 (74). *Editorial al nº 42 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 2003, pp.7-12.

597 (75). *Prólogo al libro de Borja Suárez Corujo, Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2003, pp.23-31.

598 (76). *Presentación al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Lourdes López Cumbre), Los principios del Derecho del trabajo*. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, pp.7-13.

599 (77). *Editorial al nº 47 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 2003, pp.7-10.

600 (78). *Prólogo al libro de Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Las relaciones laborales en España, 1973-2003*. Madrid, Fundación Sagardoy/Ediciones Cinca, 2003, pp.13-26 [reproducido en los posteriores libros del autor, *Las relaciones laborales en España, 2003-2010*, Fundación Sagardoy/Ediciones Cinca, 2010, pp.19-28 y *Las relaciones laborales en España, 2010-2015*, Centro de Estudios Sagardoy/Ediciones Cinca, 2016, pp.15-23].

601 (79). *Momento, movimiento, monumento de, para y a Manuel Carlos Palomeque López. Presentación del libro Derecho del Trabajo y Razón Crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*. Salamanca, Caja Duero, 2004, pp.9-26.

602 (80). *Editorial al nº 52 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, 2004, pp.7-10.

603 (81). *Presentación del libro Manuel Alonso Olea. In Memoriam*. Madrid, AEDTSS/CEF, 2004, pp.5-6 [colaboración Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Santiago González Ortega y Lourdes López Cumbre].

604 (82). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), La Ley General de la Seguridad Social. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Doctrina*. Madrid, Editorial Colex, 2004, pp.27-28.

605 (83) *Prólogo al libro Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), Proceso Social Práctico*. Madrid, La Ley, vol. I, 2005, pp.53-54.

606 (84). *Editorial al nº 57 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario, sobre La Constitución Europea ¿esperanza o realidad?* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp.9-14.

607 (85) *Prólogo al libro de Juan Antonio Sagardoy. Retrato de un navarro universal. XXV Aniversario de Sagardoy Abogados*. Madrid, Lid Editorial Empresarial, 2005, pp.9-17.

608 (86). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. AEDTSS), La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp.15-31.

609 (87). *Prólogo al libro de Borja Suárez Corujo, La protección social en el Estado de las Autonomías. Un examen de los artículos 149.1, 17ª y 148.1, 20ª ante los procesos de reforma estatutaria.* Madrid, Iustel, 2006, pp.15-24.

610 (88). *Nota previa a Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil) Libro blanco sobre la pequeña y mediana empresa. 83 propuestas para un plan marco normativo.* Madrid, Confederación Empresarial de Madrid, CEOE/Fundación Cultural Banesto/Fundación Sagardoy, 2006, pp.11-16.

611 (89). *Editorial al nº 62 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp.7-10.

612 (90). *Prólogo al libro de Lourdes López Cumbre, La impugnación del convenio colectivo por sujeto firmante.* Madrid, Ediciones Cinca, 2006, pp.13-18.

613 (91). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con Jurisprudencia.* Madrid, La Ley. Wolters Kluwer, 2006, pp.71-72.

614 (92). *Editorial al nº 67 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario, sobre Hitos del Derecho de Igualdad.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pp.9-21.

615 (93). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), La situación y los derechos de los sacerdotes y religiosos secularizados.* Madrid, Cosarese/Ediciones Cinca, 2007, pp.11-20.

616 (94). *Prólogo a la recopilación Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), Leyes Laborales y de Seguridad social.* Madrid, Iustel, 2007, pp.15-16; 2ª edición, 2008, pp.17-18.

617 (95). *Prólogo al libro de David Lantarón Barquín, Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios. Compendio de reflexiones jurídicas.* Valencia, Tirant lo blanch, 2007, pp.13-25.

618 (96). *Editorial al nº 17 de la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2007, pp.1-3.

619 (97) *Prólogo al libro Aavv.(Coord. Ana Landeta Etxebarria), Buenas prácticas de e-learning.* San Sebastián, Asociación Nacional de Centros de Learning y Distancia, 2007, pp.17-21.

620 (98). *Editorial al nº 72 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp.7-13.

621 (99). *Prefacio al libro de Fernando Puell de la Villa, Historia de la protección social militar, 1265-1978.* Madrid, Instituto Social de las Fuerzas Armadas, 2008, pp.7-9.

622 (100). *Editorial al nº 77 de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario.* Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pp.7-11.

623 (101). *Editorial al nº 82 de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario.* Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, pp.7-13.

624 (102). *Presentación del fascículo Grados y Títulos Propios de la Universidad a Distancia de Madrid, Udimá.* Collado-Villalba, 2009-2010, p.2.

625 (103). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil), La Ley del Estatuto de los Trabajadores. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Doctrina.* Madrid, Iustel, 2010, pp.19-20.

626 (104). *Prólogo al libro de Maravillas Espín Sáez, El socio trabajador. Criterios para sistematizar la realidad del autoempleo colectivo.* Madrid, Consejo Económico y Social, 2010, pp.XV-XX.

627 (105). *Editorial al número extraordinario de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, con motivo de la Presidencia Española de la Unión Europea. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario.* Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp.13-18.

628 (106). *Reprólogo al libro de Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Las relaciones laborales en España, 2003-2010.* Madrid, Fundación Sagardoy/Ediciones Cinca, 2010, pp.29-31 [reproducido en el posterior libro del autor, Las relaciones Laborales en España. Madrid, Centro de Estudios Sagardoy/Ediciones Cinca, 2016, pp.25-27].

629 (107). *Editorial al nº 87 de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario.* Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp.7-11.

630 (108). *Editorial al nº 92 de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario.* Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, pp.7-11.

631 (109). *Prólogo al libro Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil) El Trabajo, dedicado al Profesor Juan Rivero Lamas.* Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, pp.21-23.

632 (110) *Presentación del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011.* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2011, nº 24, 43 pp.

633 (111). *Editorial al nº 97 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, pp.7-12.

634 (112). *Editorial al nº 102 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013, pp.7-11.

635 (113). *Editorial al nº 107 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013, pp.7-10.

636 (114). *Editorial al nº 112 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014, pp.7-12.

637 (115). *Editorial al nº 117 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2015, pp.9-14.

638 (116). *Editorial al nº 122 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pp.9-15.

639 (117). *Triprólogo al libro de Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Las relaciones laborales en España, 2010-2015*. Madrid, Centro de Estudios Sagardoy/Ediciones Cinca, 2016, pp.29-31.

640 (118). *Editorial al nº 127 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp.9-15.

641 (119). *Editorial al nº 132 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp.9-14.

642 (120). *Editorial al nº 137 de la Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, pp.9-13.

643 (121). *Editorial al nº 142 de la Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario*. Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pp.9-13.

644 (122). *Prólogo al libro de Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, A lo largo del camino*. Madrid, edición de autor, 2019, Imprenta Campillo Nevado, pp.17-20.

645 (123). *Prólogo al libro Aavv.(Dir. Ignacio García-Perrote Escartín e Iciar Alzaga Ruiz), La relación laboral especial de los Abogados en Despachos*. Cizur Menor, Thomson Reuters, 1919; 2ª ed. 2021, pp.19-36.

646 (124). *Editorial al nº 147 de la Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario, sobre Tratado de Versalles, Constitución y solemnes Declaraciones de la Organización Internacional del Trabajo*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp.13-24.

647 (125). *Prólogo al libro de Adolfo Ciudad Reynaud, Conflicto colectivo jurídico y proceso de trabajo*. Lima, Palestra Editores, 2020, pp.13-30.

648 (126). *Prólogo al libro Aavv.(Coords. Paloma Abad Tejerina y Rafael C. Sáez Carbó), En torno al Estatuto de los Trabajadores. Un homenaje a Don Juan Antonio Sagardoy*. Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2023, pp.9-27.

649 (127). *Prólogo al libro de Carlos Hugo Preciado Domènech, El recurso de casación para unificación de doctrina*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2023, pp.11-19.

w) Discursos académicos de investidura (1)

650 (1). *La tentación del Derecho en los poetas de Salamanca*. Discurso académico en el acto de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Salamanca. Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social, 2009, pp.29-55.

x) Escritos literarios (21)

651 (1). *Puntos de vista. Un día de campamento contemplado por Don Quijote y por Sancho Panza*. El Loro. Revista de la Milicia Aérea Universitaria. Villafraía, Burgos, sep.1955.

652 (2). *Comentario sobre la Antología de Poemas de Juan Carlos Rodríguez Búrdalo*. Entre Ríos. Revista de Arte y Letras, 2005, nº 0, pp.108-111.

653 (3). *Hojas de hiedra*. Madrid, Ediciones del Primor. La Séptima Palabra, 2010, 255 pp.

654 (4). *Reprólogo al libro de José María Miranda Boto, El Derecho en Tolkien*. Madrid, Ediciones Cinca, 2017; 3ª ed. 2019, pp.9-12.

655 (5) 307 *Haikus*. Madrid, El Espolón Encendido, 2017, 336 pp; pórtico, Alfredo Pérez Alencart.

656 (6) *Homenaje A Aníbal Núñez, poema*. Aavv.(Coord. Alfredo Pérez Alencart), *Explicación de la derrota. XX Encuentro de Poetas Iberoamericanos. Antología en homenaje a Aníbal Núñez*. Salamanca, Edifsa, 2017, p.199.

657 (7) *Poemas en eneasílabos. La inspiración de los 400*. Madrid, El Espolón Encendido, 2018, 426 pp.

658 (8). *Homenaje A Diego de Torres Villarroel, poema El inmortal que deseaba morir*. Aavv.(Coord. Alfredo Pérez Alencart), *Por ocho centurias. XXI Encuentro de poetas iberoamericanos. Antología en homenaje a las Universidades de Salamanca y San Marcos de Lima, y a los poetas Diego de Torres Villarroel y Alejandro Romualdo*. Salamanca, Edifsa, 2018, p.420.

659 (9). *Homenaje A Alejandro Romualdo, con el poema Hablaban los Dioses, callaba Dios*. Aavv.(Coord. Alfredo Pérez Alencart), *Por ocho centurias. XXI Encuentro de poetas iberoamericanos. Antología en homenaje a las Universidades de Salamanca y San Marcos de Lima, y a los poetas Diego de Torres Villarroel y Alejandro Romualdo*. Salamanca, Edifsa, 2018, p.421.

660 (10). *Los sonetos del trapecio*. Madrid, El Espolón Encendido, 2019, 145 pp.

661 (11) *Pastor con ganado, comentario al óleo de Philipp Peter Ross o Rosa de Tívoli*. Aavv.(Dir. Antonio V. Sempere Navarro), *Una mirada laboralista a la pintura del Prado*. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2020, pp.295-302.

662 (12) *Las pomposas Navidades, 1964-2019*. Madrid, El Espolón Encendido, 2020, 135 pp.

663 (13). *85 Aforismos*. Madrid, El Espolón Encendido, 2020, 57 pp.

664 (14) *Homenaje Oda al poeta José María Gabriel y Galán*. Aavv.(Dir. Alfredo Pérez Alencart), *Regreso a Salamanca. XXIII Encuentro de Poetas Iberoamericanos. Antología en Homenaje a Gabriel y Galán*. Salamanca, Edifsa, 2020, p.88.

665 (15). *Los Villa-Serna en redondillas*. Madrid, El Espolón Encendido, 2021, 414 pp.

666 (16). *Poema homenaje A Jacqueline Alencart*. Aavv.(Ed. Marcelo Gatica Bravo), *Ella es un ángel. Versos y prosas para Jacqueline*. Tiberíades Ediciones, 2022, p.86.

667 (17). *La carne de la ciruela. Eros*. Roquetas de Mar, Editorial Círculo Rojo, 2022, 135 pp.

668 (18). *Alma*. Roquetas de Mar, Editorial Círculo Rojo, 2022, 170 pp.

669 (19) *Prólogo al libro de Ulrich Fischer, Amianto. Franz Kafka como empresario*. Traducción española de Román Gil Alburquerque. Valencia, Tirant lo blanch/Madrid, Ilustre Colegio de Abogados, 2023, pp.19-36 [reproducido en la Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con el título Sobre Kafka y el amianto o asbesto. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2023, nº 66, pp.388-402].

670 (20) *Elogio del vivir, comentario al poema de Joan Maragall i Gorina*. Aavv.(Dir. Antonio V. Sempere Navarro), *Una mirada laboralista a la Poesía*. Vigo, Editores Descabezados. Eolas&menoslobos, 2023, pp.229-236.

671 (21) *Picador en la plaza, comentario a fotografía*. Aavv.(Dir. Antonio V. Sempere Navarro), *Una mirada laboralista a la fotografía*. Madrid, 2024 (en prensa).

y) Artículos periodísticos (73)

672 (1). *La reforma de la Seguridad social*. Amanecer. Diario Aragonés del Movimiento, 7 dic. 1963.

673 (2). *La inclusión escalonada del servicio doméstico dentro del régimen laboral*. Diario Madrid, 3 abr. 1971.

674 (3). *Las ventajas del horario flexible*. Diario Ya, 7 jun. 1973.

675 (4). *Extensión obligatoria de los convenios colectivos*. Diario Ya, 26 jun. 73.

676 (5). *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*. Diario Ya, 8 jul. 1973.

677 (6). *La Ley Básica de Trabajo*. Diario Ya, 22 jul. 1973.

678 (7). *El Proyecto de Ley de Convenios Colectivos*. Encuesta del periódico Mas. Hermandades de Trabajo de España. Madrid, jul. 1973, nº 279, p.11.

679 (8). *La nueva ordenanza de la construcción*. Diario Ya, 21 ago. 1973.

680 (9). *Pensiones insuficientes*. Diario Ya, 23 ago. 1973.

681 (10). *Actualidad de las huelgas salvajes*. Diario Ya, 2 sep.1973.

682 (11). *Trabajo barato y admisión de obreros norteafricanos*. Diario Ya, 6 sep.1973.

683 (12). *Los futbolistas, ¿millonarios o esclavos?* Revista Gentleman. Grupo Editorial Guadiana, nov. 1973, nº 3, pp.115-121.

684 (13). *Los convenios colectivos*. Revista Gentleman. Grupo Editorial Guadiana, feb. 1974, nº 11, pp.20-21.

685 (14). *Die Gastarbeiter, en España*. Revista Gentleman. Grupo Editorial Guadiana, abr. 1974, nº 13, pp.18-20;

686 (15). *¿Es posible y conveniente el derecho de huelga? Sin éste no cabe auténtica negociación colectiva*. Contrapunto. Revista de Economía y Empresa. Midesa. Marco Ibérico, 1974, nº 1, p.26.

687 (16). *La equidad, un concepto en causa*. Contrapunto. Revista de Economía y Empresa. Midesa, Marco Ibérico, 1974, nº 2, p.112.

688 (17). *La huelga en España, realidad irreversible*. Mesa Redonda organizada por Sábado Grafico. Madrid, 1974, nº 905, pp.50-52.

689 (18). *El Proyecto de Ley de Relaciones Laborales*. Rueda de prensa organizada por la revista Desarrollo, 9 mar. 1975, pp.20-21; y Diario Ya, 20 mar. 1975.

690 (19). *La encrucijada sindical*. Encuesta-Coloquio de Actualidad Económica para la radiografía del sindicato vertical. Revista Actualidad Económica, 15 abr. 1975, pp.15-16.

691 (20). *Se habla de regular la huelga ... pero ¿de qué huelga se habla?* Contrapunto. Revista de Economía y Empresa. Midesa. Marco Ibérico, 1975, nº 5, p.97.

- 692 (21). *El derecho a la huelga*. Encuesta organizada por la revista Triunfo, 1975, nº 660, pp.18-19.
- 693 (22). *La reforma sindical en España. El sindicalismo, hecho pluralista e ideológico*, Diario de Barcelona, 6 feb. 1976.
- 694 (23). *Análisis crítico de la Ley de Relaciones Laborales*. Diario Español, 27 may. 1976, p.6.
- 695 (24). *Los fondos de la Seguridad social*. Ya, 8 oct. 1976, p.21.
- 696 (25). *Problemas sociales de la conflictividad laboral y soluciones en la futura ley reguladora de la huelga*. Ya, 27 oct. 1976.
- 697 (26). *Derecho a la huelga o recurso a la huelga*. Diario 16, 28 oct. 1976.
- 698 (27). *Carta colectiva sobre la Universidad Española*. Elaborada con otros dieciséis Catedráticos de la UAM. El País, 14 nov. 1976.
- 699 (28). *La ruptura sindical*. Gaceta Ilustrada, 1976, nº 1.014, p, 36.
- 700 (29) *La huelga en la función pública*. Revista Gaudiana (nueva denominación de la revista Gentleman). Grupo Editorial Gaudiana, 1976, nº 59, p.31.
- 701 (30). *Una triste historia. El Proyecto de Ley de Relaciones Laborales*. Revista Discusión y Convivencia, 1976, nº 4, p.47.
- 702 (31). *Los piquetes de huelga*. Revista Discusión y Convivencia. Editora y Distribuidora Europea, 1976, nº 5, p.52.
- 703 (32). *Seguridad Social para funcionarios del Estado. Distribución injusta de recursos*. Revista Discusión y Convivencia. Editora y Distribuidora Europea, 1976, nº 6, p.23.
- 704 (33). *El conflicto de Telefónica*. Revista Discusión y Convivencia. Editora y Distribuidora Europea, jun. 1976, nº 7, p.43.
- 705 (34). *La dinámica social es incontenible*. Diario La Provincia, 27 ene. 1977, p.7.
- 706 (35). *Fin del sistema autoritario en las relaciones laborales*. Diario de Las Palmas, 29 ene. 1977, p.3.
- 707 (36). *El Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo*. Actualidad Económica, 5 abr. 1977.
- 708 (37). *Un paso atrás en el camino a la democracia*. El País, 12 abr. 1977 [colaboración Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y ocho Catedráticos más de Derecho del Trabajo].
- 709 (38). *La destrucción de la amnistía laboral*. El País, 19 nov. 1978 [colaboración Aurelio Desdentado Bonete].
- 710 (39). *Medicamentos: medidas contra el pueblo*. El País, 3 ago. 1978 [colaboración Aurelio Desdentado, F. Lobo, Ignacio Cruz Roche y J. Vergés].

- 711 (40). *Los antecedentes de la militarización de los huelguistas en España*. Cambio 16, 25 mar. 1979, nº 381, p.49.
- 712 (41). *El Estatuto de los Trabajadores*. El País, 2 ago. 1979.
- 713 (42). *El Estatuto de los Trabajadores y los derechos de sindicación y huelga*. Diario Ya, 6 mar. 1980.
- 714 (43). *Compatibilidad entre las Secciones Sindicales y los Comités de Empresa*. El País, 28 may. 1980.
- 715 (44). *La cuota sindical obligatoria constituye un atentado a la libertad sindical*. Diario Ya, 3 jul. 1981, p.23.
- 716 (45). *El sindicato en la Laborem Exercens*. Diario Ya, 3 oct. 1981, p.5.
- 717 (46). *Contra el Proyecto de Ley de Autonomía Universitaria*. Diario Ya, 14 mar. 1982 [colaboración con Catedráticos de Universidad].
- 718 (47). *Respuestas al Cuestionario sobre Seguridad Social Española*. Monográfico sobre Seguridad social, de Papeles de Economía Española, 1982, nº. 12-13, pp.440-441.
- 719 (48). *¿Una tercera fuerza sindical en España?* Noticias al Día. Periódico Valenciano de la Mañana, 16 mar. 1983, p.8.
- 720 (49). *Reforma de la Seguridad Social*. Memoria de la Escuela de Práctica Jurídica, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, 1983, pp.87-100.
- 721 (50). *El futuro de nuestra legislación laboral tras el ingreso en la CEE*. Encuesta-Coloquio organizada por Europyme. Información independiente para la pequeña y mediana empresa, 1985, nº 76, pp.28-32 [colaboración Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].
- 722 (51). *La flexibilidad del mercado de trabajo, I*. Diario 16, 24 mar. 1987.
- 723 (52). *La flexibilidad del mercado de trabajo, II*. Diario 16, 25 mar. 1987.
- 724 (53). *Las ayudas públicas a la contratación laboral*. Euroletter. Madrid, Grupo Euroforum, 1987, número especial, 28 pp.
- 725 (54). *La disolución de la ITP de Telefónica*. El País, 25 may. 1989.
- 726 (55). *¿Es necesaria una ley de huelga?* Unión de Transportes y Telecomunicaciones. UGT, jul-sep.1989, p.33.
- 727 (56) *Ampliación de un derecho. El control sindical de los contratos*. Diario El Mundo, 21 may. 1990.
- 728 (57). *Una culpa compartida*. El País, 14 jul. 1990.
- 729 (58). *Algunas afirmaciones provocativas sobre el derecho de huelga*. Cuadernos de Relaciones Laborales Teneo, 1993, nº 5, pp.8-11.
- 730 (59). *Por el derecho al trabajo. La reforma laboral*. Tribuna de El Mundo, 22 ene. 1994, p.64 [primer firmante de un manifiesto con más de 500 firmas de universitarios y profesionales].

731 (60). *Las medidas de reforma del mercado de trabajo*. El País, 22 feb. 1994 [firmante de un manifiesto suscrito por 12 Catedráticos de Derecho del Trabajo].

732 (61). *Consecuencias de la reforma laboral de 1994*. Lantzen, ELA/STV, 1994, may. pp.8-10.

733 (62). *La fluidez del mercado de trabajo no puede depender de la decadencia de los derechos sociales básicos*. Entrevista publicada en Gaceta Sindical, número monográfico dedicado al Nuevo modelo de relaciones laborales. Madrid, 1994, nº 128, pp.7-9.

734 (63). *Las empresas de trabajo temporal y el empleo*. BCS, Magazine. Trabajo Temporal. Revista Trimestral de Recursos Humanos, 1995, nº 1, pp.14-15.

735 (64). *Situación social de los sacerdotes, religiosos y religiosas secularizados*. Hora 65. Boletín Informativo de COSARESE, mar-jul. 1996, pp.I-II.

736 (65) *El empleo de los discapacitados*. Diario ABC, 28 abr. 1997.

737 (66). *La reforma laboral de 1997*. El Economista, 28 jun. a 5 jul. 1997, p.27.

738 (67). *Las razones de Mista*. El País, 15 ene. 1999.

739 (68) *El gran hijo de la gran nada o la prevención de los riesgos laborales*. El País, 9 jul. 2000, p.17.

740 (69). *La posibilidad de no afrontar el coste de la tasa de gestión por las pensiones contributivas reconocidas a los sacerdotes y religiosos/as secularizados. Criterios de actuación*. Hora 65. Boletín Informativo de Cosarese, 2004.

741 (70). *Ningún cosaresense debe afrontar el pago de la tasa de gestión por las pensiones contributivas*. Hora 65. Boletín informativo de Cosarese, oct. 2004, nº 87, pp.1-4.

742 (71). *La nueva contratación a jóvenes*. El Economista, 23 feb. 2011, p.4.

743 (72). *Negociación colectiva para la crisis*. Cinco Días, 14 nov. 2012, p.13.

744 (73). *El Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI por los protagonistas del Estatuto del siglo XX*. Capital Humano, Wolters Kluwer, 2021, nº 370.

z) Obra menor (39)

745 (1). *Las agrupaciones profesionales sindicales*. Documentación Administrativa. Madrid, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1963, nº. 66-67, pp.81-83.

746 (2). *Apuntes para Auxiliares de Administración Civil, del Ministerio de Trabajo*. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, 48 pp.

747 (3). *Bibliografía sobre Previsión social de los funcionarios públicos y del personal no funcionario al servicio de la Administración Pública*. Documentación Administrativa.

Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1964, nº 81, pp.122-127.

748 (4). *Bibliografía española sobre la Seguridad social*. Documentación Administrativa. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, nº 115-116, pp.107-112.

749 (5). *Apéndice bibliográfico español sobre conflictos colectivos*. En el libro Aavv.Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1968, pp.339-347.

750 (6). *Apéndice bibliográfico español sobre despido disciplinario*. En el libro Aavv.Dieciséis lecciones sobre causas de despido. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1969, pp.407-415 [colaboración Jaime Montalvo Correa].

751 (7). *La función pública en Francia*. Documentación Administrativa. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, nº 132, pp.81-87 [colaboración Juan Junquera González y Miguel Ángel Arroyo Gómez].

752 (8). *Programas de Derecho de Trabajo para la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia*. Valencia, Librería Jurídica y Universal, 1970, 77 pp.

753 (9). *Bibliografía española actualizada sobre la Seguridad Social*. Documentación Administrativa. Alcalá de Henares, Escuela Nacional de Administración Pública, 1973, nº 151, pp.167-178 [colaboración Lidón Nebot Lozano].

754 (10). *La enseñanza universitaria a distancia en las empresas*. Boletín de Chrysler. Madrid, 1973, nº 181, p.4.

755 (11). *Programas de Derecho del Trabajo*. Madrid, Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid, 1977-1978, 24 pp.; 2ª ed. 1979-80, 24 pp.; 3ª ed. 1982-1983, 25 pp.; 4ª ed. 1984-1985, 25 pp.; 5ª ed. 1986-1987, 26 pp.

756 (12). *Programa de Organización Sindical*. Escuela Social de Madrid, 1979, 8 pp.; *Programa de Derecho Sindical*. Escuela Social de Madrid, 1982, 9 pp.

757 (13). *Posibilidades de colaboración entre los Departamentos de Formación de las Empresas y la Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1978, pp.141-302 [colaboración José M. Canal, Agustín del Pino, Juan Antonio Sagardoy, José L. Sanz Tejera y Abel Yebra].

758 (14). *Bibliografía del profesor Bayón Chacón, actualización y reordenación*. Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Madrid, Editorial Tecnos, 1980, pp.577-582.

759 (15). *Programa de la Diplomatura de Derecho del Trabajo*. Madrid, Escuela de Práctica Jurídica en la Universidad Complutense de Madrid, 1980-81, 18 pp.; 1981-82, 21 pp.; 1982-83, 19 pp.

760 (16). *Bibliografía básica española sobre empresas de trabajo temporal*. Revista de Trabajo. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, nº 74, pp.189-192.

761 (17). *Programa Master de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, Consultores Españoles, 1987, 7 pp; 1988, 8 pp.; 1989, 8 pp.; 1990, 10 pp.

762 (18). *Programas de Derecho del Trabajo*. Madrid, Área de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid, 6ª ed. 1988-89, 44 pp.; 7ª ed. 1989-90, 43 pp.; 8ª ed. 1990-91, 44 pp; 9ª ed. 1991-92, 44 pp.; 10ª ed. 1992-93, 45 pp.; 11ª y última ed. 1994, 52 pp.[a partir de la 6ª ed. colaboración profesores del Área].

763 (19). *La promoción y defensa del principio de libre circulación en la Unión Europea*. Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Serie de Derecho Social Internacional y Comunitario, 1998, nº 12, pp.223-241.

764 (20). *Los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales*. Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario, 1999, nº 17, pp.281-291.

765 (21). *Especialidad funcional y autonomía gestora; las servidumbres de la autonomía gestora de los Servicios sociales y de la Seguridad social*. Foro de Seguridad Social. Madrid, Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social, 2001, nº 3, pp.35-37.

766 (22). *Sobre las capacidades y la movilidad*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario, 2003, nº 42, pp.183-191.

767 (23). *Inmigración, fronteras y asilo en las Conclusiones del Consejo de Salónica*. Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Serie Derecho Social Internacional y Comunitario, 2003, nº 37, pp.181-187.

768 (24). *Construir una Universidad*. Discurso del Rector de UDIMA al comienzo del curso 2008-2009. Colgado en la red el 30 de septiembre de 2008 (www.udima.es).

769 (25) *La deconstrucción del Derecho del Trabajo. Comentario al libro de Antonio Ojeda Avilés*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2010, nº 26, pp.174-193.

770 (26). *¿Hay una reforma de la reforma laboral?* Derecho y Sociedad. Boletín Informativo del Despacho Roca Junyent, 2011, nº 54, pp.1-3.

771 (27). *¿Reforma o reformas laborals?* [i] CoFB. Publicació Oficial del Col·legi de Farmacèutics de Barcelona, 2011, nº 142, pp.12-13.

772 (28). *La reforma laboral de 2012 ¿salvadora o destructora?* Derecho y Sociedad. Boletín Informativo del Despacho Roca Junyent, 2012, nº 59, p.3.

773 (29). *La familia jubilaria en entredicho*. Derecho y Sociedad. Boletín Informativo del Despacho Roca Junyent, 2013, nº 63, p.7.

774 (30). *La nueva política de protección a los 'emprendedores'*. Derecho y Sociedad. Boletín Informativo del Despacho Roca Junyent, 2013, nº 65, p.4.

775 (31). *Vuestros y de la causa obrera. La gran huelga textil de los siete meses en Béjar, 1913-1914. Presentación del libro de Manuel Carlos Palomeque López del mismo título*. Centro de Estudios Bejaranos, 2016. Revista Trabajo y Derecho, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, nº 17, pp.105-108.

776 (32). *Recensión del número 1 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*. Aavv.(Dir. Alfredo Montoya Melgar, Antonio V. Sempere Navarro e Ignacio García-Perrote Escartín), Número Especial 200 REDT, 200 Recensiones, 200 Autores. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp.27-29.

777 (33) *La discapacidad ha sido objeto de una obra memorable. Comentario al libro Aavv.(Dir. Rafael de Lorenzo García y Luis Cayo Pérez-Bueno), Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*. Aranzadi/Cermi/Fundación Derecho y Discapacidad, 2020. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Iustel, Portal Derecho, 2020, nº 56, pp.634-638.

778 (34). *La obra científica del profesor Eugenio Pérez Botija*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2022, nº 61, pp.854-888. Inicialmente recopilada en los Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo. Universidad Literaria de Valencia, 1971, nº 1, pp.93-110. Una primera revisión fue realizada en el libro de Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), *El Derecho del Trabajo en España*. Instituto de Estudios Sociales, 1981, tomo II, pp.1659-1680). Y, finalmente revisada de nuevo, en el libro de Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), *Semblanza de Grandes Laboralistas*. Eugenio Pérez Botija. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pp.171-202 [colaboración José Ignacio García Ninet y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

779 (35). *La obra científica del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2022, nº 62, pp.634-641. Inicialmente recopilada en los Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad Literaria de Valencia, 1971, nº 2, pp.99-103; una actualización posterior, en los Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Prof. Gaspar Bayón. Madrid, Tecnos, 1980, pp.577-582; seguidamente otra en Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), *El Derecho del Trabajo en España*. Instituto de Estudios Sociales, 1981, tomo II, pp.1681-1686; y, por último, revisada en Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), *Semblanzas de grandes laboralistas*. Gaspar Bayón Chacón, Ministerio de Empleo y Seguridad Social,

2015, pp.139-146 [colaboración Vicente Sampedro Guillamón y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

780 (36). *La obra científica del profesor Manuel Alonso García*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Madrid, Iustel, Portal Derecho, 2023, nº 64, pp.808-816. Inicialmente recopilada en los Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad Literaria de Valencia, 1972, nº 4, pp.137-140. Revisada en Aavv.(Dir. Luis Enrique de la Villa Gil y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), El Derecho del Trabajo en España. Instituto de Estudios Sociales, 1981, tomo II, pp.1697-1701. Y finalmente actualizada en Aavv.(Coord. Luis Enrique de la Villa Gil), Semblanza de Grandes Laboralistas. Manuel Alonso García. Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp.237-245 [colaboración Dolores Cleofé Sánchez y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea].

781 (37). *La dignificación del Derecho comparado por la mano maestra de los profesores Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel. Portal Derecho, 2024, nº 67.

782 (38). *Alrededor de quinientas reseñas, reseñas, revista de revistas, crónicas, etc., en las siguientes publicaciones periódicas*: Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, Cuadernos de Derecho del Trabajo, Cuadernos de Política Social, Documentación Administrativa, Documentación Laboral, Revista de Administración Pública, Revista Española de Derecho del Trabajo, Revista de Estudios Políticos, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, Revista de Política Social, Revista de Trabajo, Revista de Trabajo y Revista Española de Derecho del Trabajo ...

783 (39). *Numerosas opiniones y comparencias sobre relaciones laborales y seguridad social aparecidas, a partir de 1959, en los siguientes periódicos y revistas [orden alfabético]*: ABC; Actualidad Económica; Ahorro; Alerta; Amanecer, diario aragonés del Movimiento; Aragón Express; Arriba; Atlántico; Boletín de Chrysler; Cambio 16; Castellón Diario; 5 Cinco Días; Contrapunto; Criteri; Desarrollo; Diario 16; Diario de Avisos; Diario de Barcelona; Diario de Burgos; Diario de Cádiz; Diario de Cuenca; Diario Español; Diariojuridico.com; Diario de Las Palmas; Diario de Mallorca; Diario Montañés; Diario de Navarra; Diario Regional de Valladolid; Discusión y Convivencia; El Adelantado de Segovia; El Alcázar; El Comercio (Cusco, Perú); El Comercio (Lima, Perú); El Correo Español; El Correo Gallego; El Día; El Eco de Canarias; El Economista; El Ideal Gallego; El Imparcial; El Mundo; El Mundo (La Habana); El Mundo (Negocios); El Norte de Castilla; El País; El País Negocios; El Progreso; El Telégrafo Expansión; Faro de Murcia; Faro de Vigo; Gaceta de Derecho Social; Gaceta Ilustrada; Gaceta de los Negocios; Gaceta Universitaria; Gentleman; Guadiana; Heraldo de Aragón; [i] CoFB, Publicació Oficial del Col·legi de farmacéutics de Barcelona; Hoja del Lunes de Madrid; Ideal de

Granada; Informaciones; iusTime; La Calle; La Gaceta del Norte; La Industria (Trujillo, Perú); La Nueva España; La Provincia; La Razón; La Región; La Tarde; La Vanguardia; La Verdad; La Voz de Asturias; La Voz de Galicia; Levante; Libertad; Las Provincias; Madrid; Marca; Más; Mundo Obrero; Norte de Castilla; Noticias al Día; Norte de Castilla; Nuevo Diario; Posible; Pueblo; Pueblo Gallego; Revista de la CECA; Río Negro (Neuquén, Rep.Argentina); Sábado Gráfico; Tribuna del Derecho; Tribuna Médica; Triunfo; Ultima Hora; Voz Almería; Ya ...

DERECHO COMPARADO

LOS ASESORES DE PENSIONES REGISTRADOS, PARIENTES ALEMANES DE LOS GRADUADOS SOCIALES COLEGIADOS ESPAÑOLES *

Por

ALBERTO ARUFE VARELA Y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedráticos de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña

titof@udc.es / jmg@udc.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: Los graduados sociales colegiados españoles tienen parientes no sólo en el sur de Europa, sino también en Europa central e, incluso, en los Estados Unidos. Estos parientes suyos centroeuropeos, personificados en los asesores de pensiones registrados alemanes, no son en absoluto familiares íntimos suyos, sino parientes de tercer o ulterior grado (al modo, por ejemplo, de los primos), pues su práctica profesional judicial y extrajudicial se refiere sólo al Derecho de la Seguridad Social. Sobre la base de ese parentesco, nuestros graduados sociales colegiados podrían incluso llegar a actuar profesionalmente y temporalmente en Alemania, desarrollando tareas profesionales de las que se ocupan allí los asesores de pensiones alemanes registrados.

PALABRAS CLAVE: Alemania; Asesores de pensiones registrados; Derecho comparado; Derecho de la Seguridad Social; Graduados sociales colegiados españoles.

SUMARIO: I. EL PRECEPTO PROCESAL ALEMÁN EQUIVALENTE DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY 36/2011, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL, COMO PUNTO DE PARTIDA.- II. LA LEY DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS DE 2007, MARCO REGULADOR DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS.- III. LA TRADICIÓN CASI CENTENARIA DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES, SEGÚN LA LEY PARA LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE 2007.- IV. EL REGLAMENTO DE LA LEY DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS, DE 19 JUNIO 2008, Y SU CONCRECIÓN DEL MARCO REGULADOR DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS.- V. EL REGISTRO SUPRA-ESTATAL DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES.- VI. LA PERICIA ESPECIAL DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS.- VII. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS.- VIII. LA FALTA DE EQUIPARACIÓN DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES A OTROS PROFESIONALES ALEMANES PRESTADORES DE SERVICIOS JURÍDICOS, INCLUIDOS LOS ABOGADOS.- IX. EL ASOCIACIONISMO DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS.- X. EPÍLOGO, SOBRE EL POSIBLE EJERCICIO PROFESIONAL EN ALEMANIA DE LOS GRADUADOS SOCIALES COLEGIADOS ESPAÑOLES.- XI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2022-136807NB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

REGISTERED PENSION CONSULTANTS, GERMAN RELATIVES OF SPANISH COLLEGIATE SOCIAL GRADUATES

ABSTRACT: Spanish collegiate social graduates have relatives not only in southern Europe, but also in central Europe, and even in the United States. These Central European relatives, personified in the German registered pension consultants, are not at all their close relatives, but rather third or higher degree relatives (like, for example, cousins), since their judicial and extrajudicial professional practice refers only to the social security law. On the basis of this peculiar kinship, our collegiate social graduates could even work professionally and temporarily in Germany, carrying out professional tasks belonging there to the German pension consultants.

KEYWORDS: Comparative law; Germany; Registered pension consultants; Social security law; Spanish collegiate social graduates.

SUMMARY: I. THE GERMAN PROCEDURAL SECTION EQUIVALENT TO ARTICLE 21 OF THE ACT 36/2011, RULING THE SOCIAL JURISDICTION, AS A STARTING POINT.- II. THE ACT ON THE RENDERING OF LEGAL SERVICES OF 2007, AS A REGULATORY FRAMEWORK FOR GERMAN REGISTERED PENSION CONSULTANTS.- III. THE ALMOST CENTENARY TRADITION OF GERMAN PENSION CONSULTANTS, ACCORDING TO THE ACT FOR THE NEW REGULATION OF THE RIGHT TO LEGAL ADVICE OF 2007.- IV. THE REGULATION OF THE ACT ON THE RENDERING OF LEGAL SERVICES OF JUNE 19, 2008, AND ITS CONCRETION OF THE REGULATORY FRAMEWORK FOR GERMAN REGISTERED PENSION CONSULTANTS.- V. THE SUPRA-STATE REGISTER OF GERMAN PENSION CONSULTANTS.- VI. THE SPECIAL EXPERTISE OF GERMAN REGISTERED PENSION CONSULTANTS.- VII. THE PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE OF GERMAN REGISTERED PENSION CONSULTANTS.- VIII. THE LACK OF COMPARISON OF GERMAN PENSION CONSULTANTS TO OTHER GERMAN PROFESSIONALS PROVIDING LEGAL SERVICES, INCLUDING ATTORNEYS.- IX. THE ASSOCIATION OF GERMAN REGISTERED PENSION CONSULTANTS.- X. EPILOGUE, ON THE POSSIBLE PROFESSIONAL PRACTICE IN GERMANY OF SPANISH COLLEGIATE SOCIAL GRADUATES.- XI. CITED BIBLIOGRAPHY.

I. EL PRECEPTO PROCESAL ALEMÁN EQUIVALENTE DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY 36/2011, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL, COMO PUNTO DE PARTIDA

Como se sabe, el artículo 21 de nuestra Ley 36/2011 es el precepto regulador de la postulación procesal ante los tribunales laborales españoles (que son, a diferencia de lo que sucede en Alemania, también tribunales de seguridad social)¹, disponiendo a este efecto —con el presupuesto tradicional, actualmente demagógico, de que las partes pueden defenderse por sí mismas en la instancia— las tres reglas esenciales siguientes: 1) que «la defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado tendrá carácter facultativo en la instancia»²; 2) que «en el recurso de suplicación los litigantes habrán de estar defendidos por abogado o representados

¹ Sobre el tema, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023), págs. 85 y ss.

² Cfr. apartado 1, inciso primero.

técnicamente por graduado social colegiado»³; y 3) en cambio, que la equiparación entre abogados y graduados sociales cesa ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pues «en el recurso de casación y en las actuaciones procesales ante el Tribunal Supremo será preceptiva la defensa de abogado»⁴. Con este telón de fondo, es claro —a nuestros concretos y peculiares efectos— que el precepto procesal alemán equivalente del precepto español recién citado es el párrafo 73 (carente de rótulo) de la Ley alemana de tribunales de seguridad social (*Sozialgerichtsgesetz* o, en su acrónimo oficial alemán, SGG) de 1953⁵, por las siguientes tres razones, ancladas las tres al tenor literal del precepto en cuestión⁶. En primer lugar, la de que «las partes pueden defender por sí mismas el pleito ante el Tribunal de Seguridad Social [esto es, ante la primera instancia de la jurisdicción alemana de seguridad social] y ante el Tribunal de Seguridad Social de Estado federado [esto es, ante la segunda instancia de dicha jurisdicción alemana, inexistente en España, al no haber entre nosotros recurrir interponiendo recursos ordinarios, como el alemán de apelación]»⁷. En segundo lugar, supuesto que no opten — como parece más prudente— por defenderse por sí mismas, porque «las partes pueden hacerse representar como apoderado por medio de un abogado»⁸, pero teniendo «capacidad representativa como apoderados ante el Tribunal de Seguridad Social y ante el Tribunal de Seguridad Social de Estado federado»⁹, además y literalmente, entre otros varios profesionales, los que el precepto llama «asesores de pensiones [*Rentenberater*]»¹⁰. Y en tercer lugar, porque la intervención de estos últimos queda excluida en el tercer grado de la jurisdicción alemana de seguridad social, pues — siempre según dicho párrafo 73— «ante el Tribunal Federal de Seguridad Social, las

³ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴ *Ibidem*, inciso tercero.

⁵ Como toda la normativa federal alemana (legal y reglamentaria), puede consultarse gratuitamente (en versión consolidada) en el sitio oficial en Internet del Ministerio federal de Justicia, ubicado en <https://www.gesetze-im-internet.de/>.

⁶ Sobre dicho párrafo, véase Josef BERCHTOLD (Editor), *Sozialgerichtsgesetz. Handkommentar*, 6ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2021), págs. 394 y ss.; Jens MEYER-LADEWIG (Fundador), Wolfgang KELLER y Benjamin SCHMIDT (Editores), *Sozialgerichtsgesetz*, 14ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2023), § 73; y Elke ROOS, Volker WAHRENDORF y Henning MÜLLER (Editores), *SGG. Sozialgerichtsgesetz*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2023), págs. 529 y ss.

⁷ Cfr. apartado 1. Textualmente, «*Die Beteiligten können vor dem Sozialgericht und dem Landessozialgericht den Rechtsstreit selbst führen*».

⁸ Cfr. apartado 2, inciso primero. Textualmente, «*Die Beteiligten können sich durch einen Rechtsanwalt ... als Bevollmächtigten vertreten lassen*».

⁹ Cfr. apartado 2, inciso segundo. Textualmente, «*sind als Bevollmächtigte vor dem Sozialgericht und dem Landessozialgericht vertretungsbefugt*».

¹⁰ Cfr. apartado 2, inciso segundo, núm. 3.

partes deben hacerse representar por un apoderado procesal»¹¹, que puede ser perfectamente un abogado, pero en absoluto los asesores de pensiones, al no aparecer mencionados estos otros profesionales en la lista exhaustiva de personas susceptibles de poder actuar como postulantes en la casación alemana de seguridad social (literalmente, «además de las personas señaladas en el apartado 2, inciso 1, como apoderados sólo hay que admitir a las organizaciones señaladas en el apartado 2, inciso 2, núms. 5 a 9») ¹². Dicha equivalencia con el citado precepto español no existe, en cambio, en la hipótesis del párrafo 11 (rotulado «Representación procesal [Prozessvertretung]») de la Ley alemana de tribunales laborales (*Arbeitsgerichtsgesetz* o, en su acrónimo oficial alemán, ArbGG) de 1953, pues este otro precepto procesal omite mencionar los asesores de pensiones como posibles representantes técnicos de las partes litigantes en asuntos laborales, incluso en las dos primeras instancias de la jurisdicción laboral alemana, a diferencia de lo que sucede con los abogados ¹³.

II. LA LEY DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS DE 2007, MARCO REGULADOR DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS

El citado párrafo 73 de la Ley alemana de tribunales de seguridad social no se limita sólo a mencionar por su nombre a los asesores de pensiones, sino que también precisa cuál sea el régimen jurídico más esencial aplicable a dichos concretos profesionales, pues —según dicho precepto— se trata de «los asesores de pensiones, con el alcance de los poderes a que se refiere el párrafo 10, apartado 1, inciso 1, número 2, también en conexión con el inciso 2, de la Ley de prestación de servicios jurídicos»¹⁴. Esta última Ley, de 12 diciembre 2007 (cuyo acrónimo oficial alemán es

¹¹ Cfr. apartado 4, inciso primero. Textualmente, «*Vor dem Bundessozialgericht müssen sich die Beteiligten ... durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen*».

¹² *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Als Bevollmächtigte sind außer den in Absatz 2 Satz 1 bezeichneten Personen nur die in Absatz 2 Satz 2 Nr. 5 bis 9 bezeichneten Organisationen zugelassen*».

¹³ Sobre dicho párrafo 11, véase Ewald HELML y Sascha PESSINGER (Fundadores), *Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021), págs. 159 y ss.; Claas-Hinrich GERMELMANN, Hans-Christoph MATTHES y Hanns PRÜTTING (Fundadores), *Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar*, 10ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2022), págs. 327 y ss.; y Norbert SCHWAB y Stephan WETH (Editores), *ArbGG. Kommentar*, 6ª ed., Otto Schmidt (Colonia, 2022), págs. 273 y ss. Por supuesto, véase también Rudi MÜLLER-GLÖGE, Ulrich PREIS e INGRID SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2024), págs. 354 y ss. Sobre el altísimo valor doctrinal de este último, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal “comentarios” en el Derecho alemán. A propósito del “Comentario Erfurtense” sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009), págs. 5 y ss.

¹⁴ Cfr. apartado 2, inciso segundo, núm. 3. Textualmente, «*Rentenberater im Umfang ihrer Befugnisse nach § 10 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2, auch in Verbindung mit Satz 2, des Rechtsdienstleistungsgesetzes*».

RDG)¹⁵, pretende «proteger a los demandantes de asesoramiento jurídico, al tráfico jurídico y al ordenamiento jurídico frente a prestaciones de servicios jurídicos incompetentes»¹⁶, matizando que «prestación de servicios jurídicos es toda actividad en concretos asuntos ajenos que exija un examen jurídico del caso concreto»¹⁷. No se aplica a los abogados, dado que su actividad se rige por la Ordenanza Federal de la Abogacía (*Bundesrechtsanwaltsordnung* o, en su acrónimo oficial alemán, BRAO) de 1959¹⁸, pero sí a otros varios prestadores de servicios jurídicos específicos, como es el caso de los asesores de pensiones, constituyendo su contenido el marco regulador genérico de sus actividades. La Ley menciona dichos concretos asesores en muchos de sus párrafos, algunos de los cuales tratan monográficamente de su específica actividad profesional (así, por ejemplo, el párrafo 13d, rotulado «Pago del asesor de pensiones [*Vergütung der Rentenberater*]»; o también, el párrafo 14a, rotulado «Designación de un liquidador para el asesor de pensiones [*Bestellung eines Abwicklers für Rentenberater*]»), aunque su precepto clave sobre el tema es el precepto indicado por el párrafo 73 de la Ley de tribunales de seguridad social (esto es, el párrafo 10, apartado 1, inciso segundo, número 2). Según este párrafo (rotulado «Prestaciones de servicios jurídicos basadas en pericia especial [*Rechtsdienstleistungen aufgrund besonderer Sachkunde*]»), la pericia —en el caso de los asesores de pensiones— se refiere al ámbito del «asesoramiento sobre pensiones en la rama del seguro legal de pensiones y del seguro de accidentes de trabajo, del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social, de los restantes Derechos de aseguramiento social y de discapacitados en relación con una pensión legal, así como el de la previsión empresarial y corporativo-profesional»¹⁹, cabiendo que su pericia especial no cubra todas

¹⁵ Sobre esta norma, los comentarios doctrinales de referencia son Christian DECKENBROCK y Martin HENSSLER (Editores), *RDG. Rechtsdienstleistungsgesetz. Rechtsdienstleistungsverordnung und Einführungsgesetz zum RDG. Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021), págs. 65 y ss.; y Michael KRENZLER y Frank René REMMERTZ (Editores), *Rechtsdienstleistungsgesetz, RDG / RDGEG / RDV*, 3ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2023), págs. 25 y ss.

¹⁶ Cfr. párrafo 1, apartado 1, inciso segundo. Textualmente, «*die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen*».

¹⁷ Cfr. párrafo 2, apartado 1. Textualmente, «*Rechtsdienstleistung ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert*».

¹⁸ Sobre esta norma, los comentarios doctrinales de referencia son Michael KLEINE-COSACK (Editor), *BRAO. Bundesrechtsanwaltsordnung mit BORA und FAO. Kommentar*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2022), págs. 37 y ss.; Wilhelm E. FEUERICH (Fundador) y Dag WEYLAND (Editor), *Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar*, 11ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2024), págs. 1 y ss.; y Martin HENSSLER y Hanns PRÜTTING (Editores), *BRAO. Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar*, 6ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2024), págs. 27 y ss.

¹⁹ Textualmente, «*Rentenberatung auf dem Gebiet der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung, des sozialen Entschädigungsrechts, des übrigen Sozialversicherungs- und*

las ramas del Derecho alemán de la Seguridad Social recién mencionadas, pues — según el inciso segundo del propio precepto, al que también remite el parágrafo 73 de la Ley de tribunales de seguridad social— «puede limitarse a un ámbito parcial de los ámbitos mencionados en el inciso 1, cuando el ámbito parcial [como sería el caso, por ejemplo, del peculiarísimo Derecho alemán de reparación extraordinaria de seguridad social, relativo a las víctimas de la Segunda Guerra Mundial] se separe de las otras actividades incluidas en el ámbito y no se opongan ... motivos apremiantes de interés general»²⁰.

III. LA TRADICIÓN CASI CENTENARIA DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES, SEGÚN LA LEY PARA LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE 2007

Con terminología metafóricamente eficaz²¹, cabe afirmar que la recién citada Ley de prestación de servicios jurídicos es una Ley «hija» de otra Ley federal gigantesca, su metafórica «madre», que es la Ley para la nueva regulación del Derecho de asesoramiento jurídico (*Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrecht* o, en su acrónimo oficial alemán, RBerNG), de 12 diciembre 2007. En efecto, se promulgó como contenido del artículo (*Artikel*) 1 de esta otra Ley, la cual consta de dos decenas más de «artículos», los cuales procedieron a enmendar muy diversas Leyes federales, incluidas tres que ya hemos mencionado (más en concreto, la Ley de tribunales de seguridad social, precisamente en lo tocante a su citado y crucial parágrafo 73; la Ley de tribunales laborales, precisamente en lo tocante a su igualmente citado parágrafo 11, así como la Ordenanza Federal de la Abogacía). A nuestros concretos y peculiares efectos, esta Ley «madre» acredita que la profesión de asesor de pensiones cuenta en Alemania con una tradición casi centenaria (como también la tienen, por cierto, los graduados sociales

Schwerbehindertenrechts mit Bezug zu einer gesetzlichen Rente sowie der betrieblichen und berufsständischen Versorgung».

²⁰ Textualmente, «*Die Registrierung kann auf einen Teilbereich der in Satz 1 genannten Bereiche beschränkt werden, wenn sich der Teilbereich von den anderen in den Bereich fallenden Tätigkeiten trennen lässt und ... keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses entgegenstehen*». Sobre el Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social, actualmente codificado en el Libro XIV del Código alemán de Seguridad Social, véase Holger BRECHT-HEITZMANN, «La nueva regulación del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social en Alemania, a través de la promulgación del Libro XIV del Código de Seguridad Social» [traducción al castellano, desde el alemán original („*Neuregelung des sozialen Entschädigungsrecht in Deutschland durch Einführung des SGB XIV*”), de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela], *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIII (2021), págs. 45 y ss.

²¹ Seminal, sobre el tema, véase Alberto ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 3-5.

españoles, al remontarse la creación de la Escuela Social de Madrid al año 1925)²². En efecto, su artículo 20 (rotulado «Entrada en vigor, cesación de efectos [*Inkrafttreten, Außerkrafttreten*]») derogó una sorprendentemente vieja y enmendadísima legislación del Tercer Reich (por cierto, precedido por las dos décadas de oro del laboralismo científico-académico alemán)²³, cuyo contenido pasaba a ser reemplazado por la nueva y citada Ley de prestación de servicios jurídicos de 2007 (esto es, la Ley «hija» de su Ley «madre» derogante). Lo derogado por esta última fue la Ley de asesoramiento jurídico (*Rechtsberatungsgesetz* o, en su acrónimo oficial alemán, RBerG), de 13 diciembre 1935, así como los cinco Reglamentos de desarrollo de la misma (asimismo muy enmendados), siempre anteriores al comienzo de la Segunda Guerra Mundial (respectivamente, de 13 diciembre 1935, de 3 abril 1936, de 25 junio 1936, de 13 abril 1937 y de 29 marzo 1938), afirmando el parágrafo 1 de la Ley derogada, pero haciéndolo hace ahora casi cien años después, que el asesoramiento en asuntos jurídicos ajenos «sólo puede realizarse por personas [distintas de los abogados] a las que se haya concedido autorización al respecto por la autoridad competente»²⁴, teniendo en cuenta que «la autorización se otorga en cada caso para un ámbito especializado»²⁵, y resultando ser el primero de los ámbitos especializados a que expresamente se refería, con el número 1 originario, precisamente el de los asesores de pensiones (literalmente, «*Rentenberatern*»). El tránsito de la vieja RBerG a la nueva RDG no fue, sin embargo, sencillo. De ahí la promulgación por la Ley «madre» citada de una nueva Ley «hija» suya, contenida ahora en su artículo 2 y denominada Ley de introducción de la Ley de prestación de servicios jurídicos (*Einführungsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz* o, en su acrónimo oficial alemán RDGEG)²⁶, abigarrado conjunto de disposiciones transitorias (a consumarse en el año 2025) de las que la Ley por ella «introducida» carecía.

²² Sobre el tema, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estudios sociales en la ciudad de Ferrol», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 9 (2005), págs. 1095 y ss.

²³ Magistralmente y recientemente contextualizado por Luis Enrique de la VILLA GIL, «El Derecho colectivo del Trabajo. Del genio de Nipperdey a la consolidación institucional», en José Ignacio GARCÍA NINET y Jordi GARCÍA VIÑA (Directores), *Derecho colectivo del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Salido Banús*, Atelier (Barcelona, 2023), págs. 32-33.

²⁴ Cfr. apartado 1, inciso primero. Textualmente, «*nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist*».

²⁵ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Die Erlaubnis wird jeweils für einen Sachbereich erteilt*».

²⁶ Sobre esta norma, véase Christian DECKENBROCK y Martin HENSSLER (Editores), *RDG. Rechtsdienstleistungsgesetz. Rechtsdienstleistungsverordnung und Einführungsgesetz zum RDG. Kommentar*, 5ª ed., cit., págs. 973 y ss.; y Michael KRENZLER y Frank René REMMERTZ (Editores), *Rechtsdienstleistungsgesetz, RDG / RDGEG / RDV*, 3ª ed., cit., págs. 663 y ss.

IV. EL REGLAMENTO DE LA LEY DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS, DE 19 JUNIO 2008, Y SU CONCRECIÓN DEL MARCO REGULADOR DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS

La Ley de prestación de servicios jurídicos prevé expresamente la necesidad de un desarrollo reglamentario de la misma, imponiéndole al Ministro federal de Justicia la obligación de efectuarlo, siempre por medio de Reglamento (*Verordnung*) que requiere el consentimiento de la Cámara Alta parlamentaria (literalmente, «*mit Zustimmung des Bundesrates*»), apareciendo contenida dicha previsión (siempre con el sub-rótulo «Habilitación reglamentaria [*Verordnungsermächtigung*]») en los siguientes cinco preceptos de la Ley (todos ellos relativos al crucial registro de la realización de prestaciones de servicios jurídicos, por parte de personas distintas de los abogados), a saber: 1) su parágrafo 12, en parte rotulado «Requisitos para el registro [*Registrierungsvoraussetzungen*]»; 2) su parágrafo 13, en parte rotulado «Procedimiento de registro [*Registrierungsverfahren*]»; 3) su parágrafo 16, en parte rotulado «Contenido del registro de prestaciones de servicios jurídicos [*Inhalt des Rechtsdienstleistungsregisters*]»; 4) su parágrafo 17, en parte rotulado «Cancelación de publicaciones [*Löschung von Veröffentlichungen*]» de datos registrales; y 5) su parágrafo 18, en parte rotulado «Tratamiento [registral] de datos personales [*Umgang mit personenbezogenen Daten*]». Con puntualidad germánica, todas estas previsiones se cumplieron con la promulgación del Reglamento de la Ley de prestación de servicios jurídicos (*Verordnung zum Rechtsdienstleistungsgesetz*, carente de acrónimo oficial), de 19 junio 2008²⁷, que entró en vigor el 1 julio 2008²⁸. Simultáneamente, los Estados federados alemanes procedieron a promulgar sus propias normas reglamentarias, al efecto de concretar en sus respectivos territorios el concepto jurídico indeterminado «autoridad competente [*zuständige Behörde*]», empleado por la Ley a todo lo largo y ancho de su contenido, para referirse a quién fuese el responsable de administrar y controlar el cumplimiento de la misma, en el territorio de cada concreto Estado federado. Se trata de una nueva habilitación reglamentaria, pero ahora contenida en el parágrafo 19 (rotulado «Competencia y transferencia de actuaciones [*Zuständigkeit und Übertragung von Befugnissen*]») de la Ley. A este respecto, por ejemplo, resulta típico el Reglamento promulgado por el Gobierno del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia (el más poblado del país, con dieciocho millones de habitantes), de 20 mayo

²⁷ Sobre esta norma, véase Christian DECKENBROCK y Martin HENSSLER (Editores), *RDG. Rechtsdienstleistungsgesetz. Rechtsdienstleistungsverordnung und Einführungsgesetz zum RDG. Kommentar*, 5ª ed., cit., págs. 891 y ss.; y Michael KRENZLER y Frank René REMMERTZ (Editores), *Rechtsdienstleistungsgesetz, RDG / RDGEG / RDV*, 3ª ed., cit., págs. 729 y ss.

²⁸ Cfr. su parágrafo 10.

2008²⁹, de acuerdo con el cual tienen el carácter de «autoridad competente» en dicho Estado «las presidentas y los presidentes de los tribunales civiles y penales superiores de Estado federado [*Oberlandesgerichte*], en su demarcación [*Bezirk*]»³⁰, teniendo en cuenta que en este concreto Estado federado existen tres demarcaciones judiciales de dicho tipo, con sede en las ciudades de Düsseldorf (capital del Estado), Hamm y Colonia.

V. EL REGISTRO SUPRA-ESTATAL DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES

Lógicamente, la médula de la legislación sobre realización de prestaciones de servicios jurídicos es el registro previsto por la misma, de carácter centralizado, informático y gratuito, nutriéndose de los datos que le suministran las autoridades competentes de los dieciséis Estados federados. Lo expresa con relativa claridad el citado párrafo 16 de la Ley de prestación de servicios jurídicos, allí donde afirma que «el registro de prestaciones de servicios jurídicos proporciona información, a quienes buscan asesoramiento jurídico, de personas que ofrecen prestaciones de servicios jurídicos»³¹, así como que «cualquier persona puede consultar gratuitamente el registro de prestaciones de servicios jurídicos»³², teniendo en cuenta —sobre la base de que cada autoridad competente «asume la responsabilidad ... de los datos publicados ..., en especial de la licitud de su recogida, de la admisibilidad de su publicación y de su exactitud»³³— que la difusión de los datos registrados «se realiza por medio de una publicación centralizada y transnacional en Internet, en la dirección www.rechtsdienstleistungsregister.de»³⁴, indicándose en la página de acogida de este portal, a su vez, que el registro en cuestión no tiene carácter jurídico federal, sino claro carácter jurídico supra-estatal (literalmente, «con este Portal, las Administraciones de Justicia de los Estados federados han logrado una Plataforma de información sobre la

²⁹ Véase en el sitio oficial en Internet para la difusión del Derecho de dicho Estado federado, ubicado en <https://recht.nrw> (con acceso directo en https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=1000000000000000498).

³⁰ Cfr. párrafo 1, inciso primero. Textualmente, «*die Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte für ihren Bezirk*».

³¹ Cfr. apartado 1, inciso primero. Textualmente, «*Das Rechtsdienstleistungsregister dient der Information der Rechtsuchenden, der Personen, die Rechtsdienstleistungen anbieten*».

³² *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Die Einsicht in das Rechtsdienstleistungsregister steht jedem unentgeltlich zu*».

³³ Cfr. apartado 3, inciso segundo. Textualmente, «*trägt die ... Verantwortung für die ... veröffentlichten Daten, insbesondere für die Rechtmäßigkeit ihrer Erhebung, die Zulässigkeit ihrer Veröffentlichung und ihre Richtigkeit*».

³⁴ *Ibidem*, inciso primero. Textualmente, «*erfolgt durch eine zentrale und länderübergreifende Veröffentlichung im Internet unter der Adresse www.rechtsdienstleistungsregister.de*».

realización de prestaciones de servicios jurídicos»³⁵. Las personas registradas en él, asesores de pensiones o no, no tienen por qué ser necesariamente personas físicas, pues —según el párrafo 10 de la Ley— pueden realizar prestaciones de servicios jurídicos «las personas naturales y jurídicas, así como las sociedades sin personalidad jurídica, que estén registradas en la autoridad competente (personas registradas)»³⁶, aunque si se tratase de personas jurídicas o de entes sin personalidad, quedarían obligados a «garantizar que la prestación de servicios jurídicos se efectúa por una persona [natural o física] que está autorizada para la realización retribuida de esta prestación de servicios jurídicos»³⁷. Para poder registrarse (y consecuentemente, para poder realizar lícitamente prestaciones de servicios jurídicos)³⁸, la persona en cuestión tiene que cumplir diversas exigencias, denominadas por el párrafo 12 de la Ley «requisitos para el registro [*Voraussetzungen für die Registrierung*]», de los cuales algunos son de probidad o «fiabilidad personal [*persönliche Eignung*]» (inexistente, por ejemplo, cuando «las relaciones patrimoniales de la persona son desordenadas»³⁹ o,

³⁵ Textualmente, «*Mit diesem Portal haben die Landesjustizverwaltungen eine Plattform zur Information über die Erbringung von Rechtsdienstleistungen geschaffen*».

³⁶ Cfr. apartado 1, inciso primero. Textualmente, «*Natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die bei der zuständigen Behörde registriert sind (registrierte Personen)*».

³⁷ Cfr. párrafo 7, apartado 2, inciso primero. Textualmente, «*sicherstellen, dass die Rechtsdienstleistung durch eine Person, der die entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistung erlaubt ist, ... erfolgt*». Esta última norma se completa con lo dispuesto en el párrafo 12, apartado 4, de la Ley, en el que se afirma lo siguiente: «Las personas jurídicas y sociedades sin personalidad jurídica deben designar al menos a una persona natural que cumpla todos los requisitos exigidos por el apartado 1, números 1 y 2 (persona cualificada). La persona cualificada debe estar empleada con carácter permanente en la empresa en todos los asuntos que afecten a las prestaciones de servicios jurídicos de la empresa, no estar sujeta a órdenes y tener poder de dirección, así como tener derecho de representación en el exterior. Las concretas personas registradas pueden nombrar personas cualificadas». Textualmente, como sigue: «*Juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften müssen mindestens eine natürliche Person benennen, die alle nach Absatz 1 Nr. 1 und 2 erforderlichen Voraussetzungen erfüllt (qualifizierte Person). Die qualifizierte Person muss in dem Unternehmen dauerhaft beschäftigt, in allen Angelegenheiten, die Rechtsdienstleistungen des Unternehmens betreffen, weisungsunabhängig und weisungsbefugt sowie zur Vertretung nach außen berechtigt sein. Registrierte Einzelpersonen können qualifizierte Personen benennen*».

³⁸ Según el párrafo 15b de la Ley (rotulado «Ejercicio profesional sin registro [*Betrieb ohne Registrierung*]»), «si se realizan prestaciones de servicios jurídicos sin el registro exigido, o sin el registro temporal, entonces la autoridad competente puede impedir la continuación de las operaciones». Textualmente, «*Werden Rechtsdienstleistungen ohne erforderliche Registrierung oder vorübergehende Registrierung erbracht, so kann die zuständige Behörde die Fortsetzung des Betriebs verhindern*». Esta conducta puede reprimirse «con una multa de hasta cincuenta mil euros [*mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro*]», según dispone el apartado 3 del párrafo 20 de la Ley (rotulado «Preceptos sobre multas administrativas [*Bußgeldvorschriften*]»).

³⁹ Cfr. apartado 1, núm. 1, letra c). Textualmente, «*die Vermögensverhältnisse der Person ungeordnet sind*». El apartado 2, inciso primero, del propio precepto aclara que «como regla general, las relaciones patrimoniales de una persona son desordenadas cuando se ha abierto un procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio, o está incluida en la lista a realizarse por un tribunal de ejecución forzosa (párrafo 26, apartado 2, de la Ordenanza de Insolvencia, y

también, en determinados supuestos muy graves tipificados por la Ordenanza Federal de la Abogacía, a los que dicho parágrafo 12 de la Ley expresamente se remite)⁴⁰, mientras que otros son de profesionalidad estricta. De estos últimos, a propósito siempre del registro de personas como asesores de pensiones, pasamos a ocuparnos seguidamente.

VI. LA PERICIA ESPECIAL DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS

Según el parágrafo 12 de la Ley de prestación de servicios jurídicos, la persona solicitante de su registro como asesor de pensiones tiene que acreditar su pericia especial o «*besondere Sachkunde*» (esto es, «en el ámbito o en los ámbitos parciales ..., en los que deben realizarse las prestaciones de servicios jurídicos»)⁴¹, pero de carácter integral (esto es, «pericia teórica y práctica [*theoretische und praktische Sachkunde*]»). Respecto de la pericia teórica, el parágrafo 11 (rotulado «Pericia especial y denominación profesional [*Besondere Sachkunde, Berufsbezeichnungen*]») realiza afirmaciones muy contundentes⁴², añadiendo el parágrafo 12 que dicha pericia teórica «hay que acreditarla ante la autoridad competente por medio de certificados»⁴³, apareciendo este último asunto cumplidamente desarrollado en el Reglamento de la Ley, en el que se establece todo lo siguiente: 1) que la regla general es que «la pericia teórica

parágrafo 882b de la Ordenanza Procesal Civil)». Textualmente, «*Die Vermögensverhältnisse einer Person sind in der Regel ungeordnet, wenn über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden oder sie in das vom Vollstreckungsgericht zu führende Verzeichnis (§ 26 Abs. 2 der Insolvenzordnung, § 882b der Zivilprozessordnung) eingetragen ist*».

⁴⁰ Cfr. apartado 1, núm. 1, letra d), relativo a cuando «existe uno de los motivos mencionados en el parágrafo 7, apartado 1, números 1, 2 ó 6, de la Ordenanza Federal de la Abogacía». Textualmente, «*einer der in § 7 Satz 1 Nummer 1, 2 oder 6 der Bundesrechtsanwaltsordnung genannten Gründe vorliegt*». El núm. 6 recién citado de esta última norma se refiere a «cuando la persona solicitante atenta de manera penalmente punible contra el orden constitucional democrático libre». Textualmente, «*wenn die antragstellende Person die freiheitliche demokratische Grundordnung in strafbarer Weise bekämpft*».

⁴¹ Cfr. apartado 1, núm. 2. Textualmente, «*in dem Bereich oder den Teilbereichen ..., in denen die Rechtsdienstleistungen erbracht werden sollen*».

⁴² Según su apartado 2, «el asesoramiento sobre pensiones exige pericia especial en el Derecho del seguro legal de pensiones y en los restantes ámbitos parciales del parágrafo 10, apartado 1, inciso 1, número 2, para los que se solicite el registro, conocimientos sobre fundamentación, clasificación y principios estructuradores del aseguramiento social, así como conocimientos de los principios jurídicos comunes aplicables a todos los ámbitos de las prestaciones de seguridad social, con inclusión del procedimiento administrativo y del proceso ante los Tribunales de seguridad social». Textualmente, «*Rentenberatung erfordert besondere Sachkunde im Recht der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung und in den übrigen Teilbereichen des § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, für die eine Registrierung beantragt wird, Kenntnisse über Aufbau, Gliederung und Strukturprinzipien der sozialen Sicherung sowie Kenntnisse der gemeinsamen, für alle Sozialleistungsbereiche geltenden Rechtsgrundsätze einschließlich des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens und des sozialgerichtlichen Verfahrens*».

⁴³ Cfr. apartado 3, inciso primero. Textualmente, «*ist gegenüber der zuständigen Behörde durch Zeugnisse nachzuweisen*».

necesaria ... se acredita a través del certificado relativo a un curso de pericia superado con éxito»⁴⁴; 2) que «la duración total del curso debe ascender ... al menos a 150 horas, en el ámbito del asesoramiento de pensiones»⁴⁵; 3) que «los oferentes de cursos de pericia deben garantizar que sólo emplean docentes cualificados»⁴⁶, resultando que «en especial, están cualificados las jueces y los jueces de la jurisdicción que comprenda preferentemente el ámbito respectivo, los miembros del colegio de abogados y las profesoras y profesores universitarios, así como personas registradas y cualificadas con al menos cinco años de ejercicio profesional en el ámbito respectivo»⁴⁷; 4) que «las y los matriculados en el curso deben realizar al menos un trabajo de control por escrito, y acreditar con él sus conocimientos en ámbitos diferentes del curso»⁴⁸, teniendo en cuenta que «la duración total del trabajo escrito de control realizado con éxito no puede exceder de cinco horas»⁴⁹; y 5) además, que «las y los matriculados en el curso deben realizar con éxito un examen final oral»⁵⁰, teniendo en cuenta que «el examen oral se compone de lenguaje especializado, que debe extenderse a los diferentes ámbitos del curso, y en el ámbito del asesoramiento de pensiones también debe incluir una presentación relacionada con un caso»⁵¹, indicando asimismo el Reglamento que «el tribunal de examen debe estar integrado al menos por una juez o un juez de la jurisdicción que comprenda preferentemente el ámbito respectivo, y al menos por una persona registrada o cualificada con al menos cinco años de ejercicio profesional en el

⁴⁴ Cfr. párrafo 2, apartado 1, inciso primero. Textualmente, «*wird die ... erforderliche theoretische Sachkunde ... durch ein Zeugnis über einen erfolgreich abgeschlossenen Sachkundelehrgang ... nachgewiesen*».

⁴⁵ Cfr. párrafo 4, apartado 1, inciso segundo. Textualmente, «*Die Gesamtdauer des Lehrgangs muss ... im Bereich Rentenberatung mindestens 150 Zeitstunden betragen*».

⁴⁶ *Ibidem*, apartado 2, inciso primero. Textualmente, «*Die Anbieter von Sachkundelehrgängen müssen gewährleisten, dass nur qualifizierte Lehrkräfte eingesetzt werden*».

⁴⁷ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Qualifiziert sind insbesondere Richterinnen und Richter aus der mit dem jeweiligen Bereich vorrangig befassten Gerichtsbarkeit, Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer, Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer sowie registrierte und qualifizierte Personen mit mindestens fünfjähriger Berufserfahrung in dem jeweiligen Bereich*».

⁴⁸ Cfr. párrafo 4, apartado 3, inciso primero. Textualmente, «*Die Lehrgangsteilnehmerinnen und -teilnehmer müssen mindestens eine schriftliche Aufsichtsarbeit ablegen und darin ihre Kenntnisse aus verschiedenen Bereichen des Lehrgangs nachweisen*».

⁴⁹ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Die Gesamtdauer der erfolgreich abgelegten schriftlichen Aufsichtsarbeiten darf fünf Zeitstunden nicht unterschreiten*».

⁵⁰ Cfr. párrafo 4, apartado 4, inciso primero. Textualmente, «*Die Lehrgangsteilnehmerinnen und -teilnehmer müssen eine abschließende mündliche Prüfung erfolgreich ablegen*».

⁵¹ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Die mündliche Prüfung besteht aus einem Fachgespräch, das sich auf verschiedene Bereiche des Lehrgangs erstrecken muss und im Bereich Rentenberatung auch eine fallbezogene Präsentation beinhalten soll*».

ámbito respectivo»⁵². Respecto de la pericia práctica, el párrafo 12 de la Ley afirma que «requiere, como regla general, un mínimo de dos años de ejercicio profesional realizado bajo supervisión, o de formación profesional práctica»⁵³, aclarando el Reglamento de la Ley, por su parte, que «la pericia práctica necesaria ..., como regla general, se acredita por medio de certificado de trabajo y otros certificados sobre la actividad práctica antecedente de la persona a registrar, en el ámbito del Derecho para el que se solicita el registro»⁵⁴.

VII. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS

Aparte su pericia especial, el artículo 12 de la Ley también impone a la persona que solicita su registro como asesor de pensiones —en línea con lo dispuesto, para los abogados alemanes ejercientes, por la Ordenanza Federal de la Abogacía⁵⁵— acreditar que ha estipulado «un seguro de responsabilidad profesional con una cantidad mínima asegurada de 250.000 euros por cada caso asegurado»⁵⁶. Sobre este tema, el Reglamento de la Ley afirma (en un párrafo suyo rotulado «Seguro de responsabilidad profesional [*Berufshaftpflichtversicherung*])» que el contrato de seguro «en vigor ..., con las condiciones generales de seguro pedidas en virtud de las medidas de la Ley de inspección de seguros, debe ser asumido por una compañía de seguros que disponga de un centro de actividad en el país»⁵⁷. En cuanto al contenido y el alcance del contrato, el propio Reglamento de la Ley también afirma todo lo siguiente: 1) que «el contrato de seguro debe garantizar que se cubren los riesgos de responsabilidad derivados de daños patrimoniales para la persona registrada por el ejercicio de su actividad profesional, y extenderse también a aquellos daños patrimoniales a que se refieren los párrafos 278

⁵² *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «Die Prüfungskommission soll mit mindestens einer RichterIn oder einem Richter aus der mit dem jeweiligen Bereich vorrangig befassten Gerichtsbarkeit und mindestens einer registrierten oder qualifizierten Person mit mindestens fünfjähriger Berufserfahrung in dem jeweiligen Bereich besetzt sein».

⁵³ Cfr. apartado 3, inciso segundo. Textualmente, «setzt in der Regel eine mindestens zwei Jahre unter Anleitung erfolgte Berufsausübung oder praktische Berufsausbildung voraus».

⁵⁴ Cfr. párrafo 3, apartado 1, inciso primero. Textualmente, «Die ... erforderliche praktische Sachkunde wird in der Regel durch Arbeitszeugnisse und sonstige Zeugnisse über die bisherige praktische Tätigkeit der zu registrierenden Person in dem Bereich des Rechts nachgewiesen, für den eine Registrierung beantragt wird».

⁵⁵ Cfr. su párrafo 51.

⁵⁶ Cfr. apartado 1, núm. 3. Textualmente, «eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von 250 000 Euro für jeden Versicherungsfall».

⁵⁷ Cfr. párrafo 5, apartado 1, inciso primero. Textualmente, «zu unterhaltende ... muss bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Versicherungsunternehmen zu den nach Maßgabe des Versicherungsaufsichtsgesetzes eingereichten Allgemeinen Versicherungsbedingungen genommen werden».

u 831 del Código Civil, de los que tiene que responsabilizarse la persona registrada»⁵⁸, aunque «la responsabilidad puede excluirse ... para reclamaciones indemnizatorias derivadas de incumplimiento obligacional doloso»⁵⁹, así como «para reclamaciones indemnizatorias por causa de malversación por el personal o parientes de la persona registrada»⁶⁰; 2) que «las prestaciones del asegurador por todos los perjuicios causados en un año asegurado pueden limitarse a cuatro veces el importe de la cantidad mínima legal asegurada»⁶¹; y 3) que «es admisible el acuerdo de franquicia de hasta el 1 por ciento de la cantidad mínima asegurada»⁶², teniendo en cuenta que «la franquicia de la compañía de seguros no puede oponerse frente a un tercero y frente a una persona coasegurada»⁶³. En fin, el Reglamento de la Ley impone obligaciones muy específicas no sólo a la compañía aseguradora, sino también a la autoridad competente en materia de registro de prestaciones de servicios jurídicos. Así, respecto de la primera, afirma que «en el contrato de seguro, hay que obligar al asegurador a comunicar inmediatamente a la autoridad competente ... la finalización o extinción del contrato de seguro, así como cualquier modificación del contrato de seguro, que disminuya la protección aseguratoria prescrita»⁶⁴; y en cuanto a la segunda, matiza que «la autoridad competente ... comunica a los terceros el ejercicio de reclamaciones indemnizatorias, y si lo solicitan, información sobre el nombre y la dirección del seguro de responsabilidad profesional de la persona registrada, así como el número del seguro, supuesto que el interés a la

⁵⁸ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «Der Versicherungsvertrag muss Deckung für die sich aus der beruflichen Tätigkeit der registrierten Person ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden gewähren und sich auch auf solche Vermögensschäden erstrecken, für die die registrierte Person nach § 278 oder § 831 des Bürgerlichen Gesetzbuchs einzustehen hat».

⁵⁹ Cfr. parágrafo 5, apartado 3, núm. 1. Textualmente, «Von der Versicherung kann die Haftung ausgeschlossen werden ... für Ersatzansprüche aus wissentlicher Pflichtverletzung».

⁶⁰ *Ibidem*, núm. 5. Textualmente, «für Ersatzansprüche wegen Veruntreuung durch Personal, Angehörige oder Mitgesellschafter des Rechtsanwalts».

⁶¹ Cfr. parágrafo 5, apartado 4. Textualmente, «Die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden können auf den vierfachen Betrag der gesetzlichen Mindestversicherungssumme begrenzt werden».

⁶² *Ibidem*, apartado 5, inciso primero. Textualmente, «Die Vereinbarung eines Selbstbehalts bis zu 1 Prozent der Mindestversicherungssumme ist zulässig».

⁶³ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «Ein Selbstbehalt des Versicherungsnehmers kann dem Dritten nicht entgegengehalten und gegenüber einer mitversicherten Person nicht geltend gemacht werden».

⁶⁴ Cfr. parágrafo 5, apartado 6, inciso primero. Textualmente, «Im Versicherungsvertrag ist der Versicherer zu verpflichten, der ... zuständigen Behörde die Beendigung oder Kündigung des Versicherungsvertrages sowie jede Änderung des Versicherungsvertrages, die den vorgeschriebenen Versicherungsschutz beeinträchtigt, unverzüglich mitzuteilen».

información pese más que el interés digno de protección de la persona registrada a que no se comunique esta información»⁶⁵.

VIII. LA FALTA DE EQUIPARACIÓN DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES A OTROS PROFESIONALES ALEMANES PRESTADORES DE SERVICIOS JURÍDICOS, INCLUIDOS LOS ABOGADOS

De entre la jurisprudencia relativa a asesores de pensiones registrados⁶⁶, nos ha parecido especialmente clarificadora y muy ilustrativa una Sentencia (*Urteil*) del Tribunal Federal Económico-Administrativo (*Bundesfinanzhof*) de 7 mayo 2019⁶⁷, cuya doctrina tiene el carácter de jurisprudencia firme (*ständige Rechtsprechung*)⁶⁸. Se trata de un caso de Derecho fiscal, en el que una asesora de pensiones registrada típica («la actora se registró en el registro de prestación de servicios jurídicos, con autorización para la gestión de asuntos jurídicos ajenos en el ámbito especializado de un asesor de pensiones sin limitación al ámbito extrajudicial»⁶⁹, pues contaba «con autorización para vistas orales ante los Tribunales de Seguridad Social [primera instancia, recuérdese] ... y ante el Tribunal de Seguridad Social de Estado federado [segunda instancia, recuérdese también]»⁷⁰) reclamaba, pretendiendo que se le reconociese el derecho a tributar del mismo modo que lo hacen otros profesionales libres alemanes (y señaladamente, abogados, asesores fiscales y consultores de empresa), dejando consecuentemente de abonar la llamada «contribución fiscal industrial» (equivalente del que denominamos en España impuesto de actividades económicas)⁷¹. El Tribunal Federal rechazó el recurso

⁶⁵ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «Die ... zuständige Behörde erteilt Dritten zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auf Antrag Auskunft über den Namen und die Adresse der Berufshaftpflichtversicherung der registrierten Person sowie die Versicherungsnummer, soweit das Auskunftsinteresse das schutzwürdige Interesse der registrierten Person an der Nichterteilung dieser Auskunft überwiegt».

⁶⁶ La jurisprudencia del Tribunal Federal de Seguridad Social (*Bundessozialgericht*) menciona frecuentemente la intervención de los asesores de pensiones registrados en la primera y segunda instancias de la jurisdicción de seguridad social. Últimamente, por ejemplo, véase Sentencia de la Sala 5ª de dicho Tribunal de 16 junio 2023 (referencia oficial B 5 R 67/23 B).

⁶⁷ Referencia oficial VIII R 26/16.

⁶⁸ Esto último, porque reitera una Sentencia del propio Tribunal y de idéntica fecha (con referencia oficial VIII R 2/16), a la que continuamente cita.

⁶⁹ Cfr. marginal 2, inciso último. Textualmente, «ist die Klägerin mit der Erlaubnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sachbereich eines Rentenberaters ohne Beschränkung auf den außergerichtlichen Bereich ... im Rechtsdienstleistungsregister registriert».

⁷⁰ *Ibidem*. Textualmente, «mit der Zulassung zum mündlichen Verhandeln vor den Sozialgerichten des Landes ... und dem Landessozialgericht».

⁷¹ Literalmente, «para el año litigado (2011), la actora declaró en su declaración de la renta ingresos derivados de su actividad profesional», pero «la demandada y recurrida (la Oficina Económico-administrativa —FA) dedujo que no le correspondía y fijó una contribución fiscal industrial, en base a los ingresos declarados». Cfr. marginal 3, incisos primero y segundo,

de casación interpuesto por dicha asesora de pensiones, razonando —en lo esencial— lo siguiente. En primer lugar, que no cabía equiparar las profesiones de abogado y de asesor de pensiones (a pesar de sostener la recurrente que «también los abogados están hoy especializados»⁷², y que «la imagen del abogado universal está superada»⁷³), pues a la recurrente «le falta la formación que sea equiparable en profundidad y amplitud a la del abogado»⁷⁴; además, que «el ámbito funcional de la actora está notablemente limitado, desde el punto de vista jurídico, frente al del abogado»⁷⁵, y resultando ocioso tener que recordar —frente al ámbito funcional más limitado de la actora— que «el abogado puede actuar en todos los asuntos jurídicos como representante y asesor independiente»⁷⁶. En segundo lugar, frente a lo argumentado por la asesora de pensiones del caso, a propósito de la profesión de asesor fiscal, dado que «la formación de la actora no es equiparable —ni en profundidad ni en amplitud— a la formación del asesor fiscal, que abarca los ámbitos del Derecho procedimental fiscal, del Derecho penal fiscal y del Derecho sancionador fiscal, de la fiscalidad de ingresos y rendimientos, del Derecho de tasación, de la fiscalidad de herencias y de la fiscalidad básica, de los impuestos sobre el consumo y el tráfico, de los principios del Derecho aduanero, del Derecho mercantil, así como de los principios del Derecho civil, del Derecho de sociedades, del Derecho de insolvencia y del Derecho de las Comunidades Europeas, de economía de la empresa y de cálculos esenciales, de economía política nacional y del Derecho de las profesiones»⁷⁷. En tercer lugar, porque «también queda excluida la

respectivamente. Textualmente, «Die Klägerin erklärte in ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr (2011) Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit»; «Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) folgte dem nicht und setzte auf der Grundlage des erklärten Gewinns einen Gewerbesteuermessbetrag fest».

⁷² Cfr. marginal 6, inciso último, medio-inciso primero. Textualmente, «Auch Rechtsanwälte seien heute spezialisiert».

⁷³ *Ibidem*, medio-inciso segundo. Textualmente, «das Bild des Universalanwalts sei überholt».

⁷⁴ Cfr. marginal 22, inciso tercero. Textualmente, «fehlt ihr eine Ausbildung, die in Tiefe und Breite der eines Rechtsanwalts vergleichbar ist».

⁷⁵ Cfr. marginal 23, inciso primero. Textualmente, «ist das Aufgabengebiet der Klägerin gegenüber dem des Rechtsanwalts rechtlich erheblich beschränkt».

⁷⁶ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «kann der Rechtsanwalt als unabhängiger Vertreter und Berater in allen Rechtsangelegenheiten tätig sein».

⁷⁷ Cfr. marginal 25, inciso primero. Textualmente, «Die Ausbildung der Klägerin ist --weder in ihrer Tiefe noch in ihrer Breite-- mit der Ausbildung eines Steuerberaters, die die Bereiche des steuerlichen Verfahrensrechts, des Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts, der Steuern vom Einkommen und Ertrag, des Bewertungsrechts, der Erbschaftsteuer und der Grundsteuer, der Verbrauch- und Verkehrssteuern, der Grundzüge des Zollrechts, des Handelsrechts sowie der Grundzüge des Bürgerlichen Rechts, des Gesellschaftsrechts, des Insolvenzrechts und des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, der Betriebswirtschaft und des Rechnungswesens, der Volkswirtschaft und des Berufsrechts umfasst».

similitud con la profesión de consultor de empresas»⁷⁸, pues «la actora ni está familiarizada con los ámbitos principales de la teoría económica empresarial (a los que pertenecen la dirección de empresas, la creación de servicios —producción de bienes/disposición de prestaciones de servicios—, economía de materiales, financiación, asuntos de ventas, administración y cálculo, así como asuntos de personal ...), ni tampoco actúa en estos ámbitos»⁷⁹. Todo ello, sin perjuicio del hecho de que, en lo esencial de su actividad, que «se refiere al Derecho de ajuste de prestaciones de seguridad social»⁸⁰, hubiese que admitir que la actora y recurrente «es una experta reconocida»⁸¹.

IX. EL ASOCIACIONISMO DE LOS ASESORES ALEMANES DE PENSIONES REGISTRADOS

En Alemania, al igual que sucede en España, existen colegios de abogados (más en concreto, un total de 28, apareciendo colegiados en ellos algo más de 165 mil abogados)⁸², pero no existen, en cambio, colegios de asesores de pensiones, pues en estos últimos el equivalente de la colegiación de los abogados es su incorporación al citado registro supra-estatal de realizadores de prestaciones de servicios jurídicos (según dicho registro, el total de asesores de pensiones registrados es de 4.040), poniendo de relieve esta contraposición colegiación/registro el parágrafo 1 de la citada Ley de introducción de la Ley de prestación de servicios jurídicos, allí donde afirma que «los titulares de autorizaciones administrativas para el despacho de asuntos jurídicos ajenos, que no sean miembros de un colegio de abogados, pueden solicitar el registro a que se

⁷⁸ Cfr. marginal 27, inciso primero. Textualmente, «*scheidet auch eine Ähnlichkeit mit dem Beruf des beratenden Betriebswirts*».

⁷⁹ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*Die Klägerin ist weder mit den Hauptbereichen der Betriebswirtschaftslehre (zu denen Unternehmensführung, Leistungserstellung --Fertigung von Gütern/Bereitstellung von Dienstleistungen--, Materialwirtschaft, Finanzierung, Vertrieb, Verwaltungs- und Rechnungswesen sowie Personalwesen gehören ...) vertraut, noch ist sie in diesen Bereichen tätig*».

⁸⁰ Cfr. marginal 1, inciso segundo. Textualmente, «*liegt im Versorgungsausgleichsrecht*».

⁸¹ *Ibidem*. Textualmente, «*eine anerkannte Expertin ist*». Al respecto, la Sentencia aclara que «en lo esencial, su actividad es de naturaleza asesora ... de derechos derivados del seguro legal de pensiones (por ejemplo, en el marco de la posibilidad de elección de un seguro en el seguro legal de pensiones) o para prevenir recortes de pensiones (por ejemplo, a través del pago de cotizaciones más altas)» (cfr. marginal 34, incisos tercero y cuarto). Textualmente, «*Ihre Tätigkeit ist ... im Schwerpunkt beratender Natur ... von Ansprüchen aus der gesetzlichen Rentenversicherung (z.B. im Rahmen der Wahlmöglichkeit einer Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung) bzw. zur Vermeidung von Rentenabschlägen (z.B. durch Zahlung von Aufstockungsbeträgen)*».

⁸² Véase en el sitio oficial en Internet del Colegio Federal de Abogados (*Bundesrechtsanwaltskammer*), ubicado en <https://www.brak.de> (con acceso directo en <https://www.brak.de/die-brak/die-brak-in-zahlen>).

refiere el párrafo 13 de la Ley de prestación de servicios jurídicos»⁸³. A pesar de registrarse (no de colegiarse), los asesores de pensiones registrados gozan del derecho general de asociación, regulado en Alemania en los párrafos 55 a 79a del Código Civil de 1896 (preceptos agrupados bajo el rótulo genérico «Asociaciones registradas [*Eingetragene Vereine*])»⁸⁴, habiéndose constituido al amparo de esta normativa de Derecho común la Asociación Federal de Asesores de Pensiones, A[sociación] R[egistrada] (*Bundesverband der Rentenberater e.V.*), con sede en Berlín, que posee su propio y utilísimo sitio en Internet —donde cabe localizar sus Estatutos (*Satzung*), cuya última redacción lleva fecha de 15 septiembre 2022—, ubicado en <https://www.rentenberater.de/>. De acuerdo con dichos Estatutos (que contienen diversas referencias expresas al Código Civil alemán)⁸⁵, uno de los objetivos de la Asociación es «cooperar en cursos de pericia y en exámenes de la pericia de conformidad con el Reglamento de la Ley de prestación de servicios jurídicos, proporcionando profesores y examinadores»⁸⁶. Aparte muy diversas jornadas de actualización sobre Derecho de la Seguridad Social, a celebrarse a lo largo del año 2024 (son un total de trece), el sitio en Internet de la Asociación publicita tres cursos homologados para la obtención del certificado de pericia teórica a que se refiere el Reglamento de la Ley de prestación de servicios jurídicos. Estos tres cursos homologados (dos de ellos a celebrarse en las ciudades de Münster y de Heidelberg, mientras que el tercero es de carácter *online*, aunque con examen final presencial en la ciudad de Berlín) presentan el triple común denominador de ser organizados por la misma empresa privada (más en concreto, MAH-Management Advisory Heidelberg, GmbH), de tener una duración de seis meses, así como de suponer un desembolso en concepto de costes de matrícula de aproximadamente seis mil euros.

⁸³ Textualmente, «*Inhaber von behördlichen Erlaubnissen zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, die nicht Mitglied einer Rechtsanwaltskammer sind, können unter Vorlage ihrer Erlaubnisurkunde die Registrierung nach § 13 des Rechtsdienstleistungsgesetzes beantragen*».

⁸⁴ Sobre estos párrafos, los comentarios doctrinales de referencia son Othmar JAUERNIG (Fundador) y Rolf STÜRNER (Editor), *BGB. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 19ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2023), págs. 33 y ss.; Christian GRÜNEBERG (Editor, a partir de la 81ª ed. [antiguo PALANDT]), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 83ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2024), págs. 54 y ss.; y Reiner SCHULZE (Editor), *BGB*, 12ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2024), págs. 56 y ss.

⁸⁵ Véanse sus párrafos 10 y 16.

⁸⁶ Cfr. párrafo 2 (rotulado «Funciones, finalidad y objetivo [*Aufgaben, Zweck und Ziel*])», apartado 3, letra i). Textualmente, «*an Sachkundelehrgängen und Sachkundeprüfungen entsprechend der Rechtsdienstleistungsverordnung durch Stellung von Lehrkräften und Prüfern mitwirken*».

X. EPÍLOGO, SOBRE EL POSIBLE EJERCICIO PROFESIONAL EN ALEMANIA DE LOS GRADUADOS SOCIALES COLEGIADOS ESPAÑOLES

Cabe plantear, para concluir, si alguno de los «más de 22 mil» graduados sociales colegiados que, al parecer, tenemos en España⁸⁷, se animaría a ejercer temporalmente su profesión en Alemania, defendiendo a un cliente pensionista suyo español, primero ante las entidades gestoras alemanas del seguro legal de pensiones, y luego y en su caso, ante los tribunales de seguridad social alemanes de primera y de segunda instancia, como hacen los asesores de pensiones registrados alemanes. No nos parece ningún *ad impossibilia nemo tenetur*, fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, porque la tan citada Ley de prestación de servicios jurídicos contiene toda una prolija regulación de desarrollo de lo dispuesto en su parágrafo 10, allí donde este precepto afirma que cabe realizar «prestaciones de servicios jurídicos en un Derecho extranjero»⁸⁸, teniendo en cuenta que «si el Derecho extranjero es el Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Suiza, también puede asesorarse en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo»⁸⁹, disponiéndose en el desarrollo de este precepto —entre otras muchas cosas— que no cabe solicitar el registro temporal en Alemania si el solicitante «no dispone de los conocimientos de la lengua alemana necesarios para el ejercicio de la actividad profesional en el territorio nacional»⁹⁰. En segundo lugar, por existir un concreto ámbito jurídico en España que le calza como un guante a la hipótesis teórico-práctica que estamos planteando, y que es el ámbito denominado por el anexo del Real Decreto 286/2003, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social, de las «prestaciones amparadas en la normativa comunitaria europea» (dentro de este ámbito, en nuestra opinión, lo que más probabilidades tendría de ser administrativamente reclamado y, en su caso, litigado en Alemania serían los restos de la pensión europea teórica

⁸⁷ El entrecomillado se extrae de la «Presentación del Presidente» del Consejo General de Graduados Sociales de España, obrante en el sitio en Internet del propio Consejo General, ubicado en <https://www.graduadosocial.org> (con acceso directo en https://www.graduadosocial.org/pres_presidente.htm).

⁸⁸ Cfr. apartado 1, inciso primero, núm. 3, medio-inciso primero. Textualmente, «*Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht*».

⁸⁹ *Ibidem*, medio-inciso segundo. Textualmente, «*ist das ausländische Recht das Recht eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, darf auch auf dem Gebiet des Rechts der Europäischen Union und des Rechts des Europäischen Wirtschaftsraums beraten werden*».

⁹⁰ Cfr. parágrafo 15, apartado 6, inciso segundo, núm. 4. Textualmente, «*nicht über die für die Ausübung der Berufstätigkeit im Inland erforderlichen deutschen Sprachkenntnisse verfügt*».

prorrataada, de cuyo pago no se responsabiliza el INSS)⁹¹. En tercer lugar, porque los graduados sociales colegiados españoles son parientes de los asesores de pensiones registrados alemanes (de tercer o ulterior grado, como los primos, pero en absoluto de segundo grado, como los hermanos o integrantes de una auténtica «familia»)⁹², al igual que también son primos metafóricos de los segundos, siempre en el concreto ámbito jurídico del Derecho de la Seguridad Social, los representantes de reclamantes de prestaciones de seguridad social, que actúan en los Estados Unidos bajo la cobertura de la Ley federal de seguridad social de 1935, compitiendo profesionalmente allí con los abogados norteamericanos especializados en Derecho de la Seguridad Social⁹³. Una reciente Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo de 26 septiembre 2022⁹⁴ acredita que la hipótesis que acabamos de plantear no constituye ningún ejercicio de diletantismo jurídico teórico, pues lo que esta Resolución administrativa española regula es la convocatoria de la prueba de aptitud para acceder al ejercicio de la profesión de graduado social en España por parte de ciudadanos de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Sucede, sin embargo, que esta Resolución administrativa regula mal el asunto de que trata, pues en el «programa» de catorce temas de Derecho de la Seguridad Social que detalla — aunque sorprenda— no hay ni una sola referencia expresa al Derecho (legal y jurisprudencial) de la Seguridad Social de la Unión Europea.

XI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

— Alberto ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

— Josef BERCHTOLD (Editor), *Sozialgerichtsgesetz. Handkommentar*, 6ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2021).

— Holger BRECHT-HEITZMANN, «La nueva regulación del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social en Alemania, a través de la promulgación del Libro XIV

⁹¹ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs. y ss.

⁹² El artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, sobre «trabajos familiares» o «hasta el segundo grado inclusive», es un precepto obediente a nuestro Derecho común más clásico, en el que resultaba clara la distinción entre familia y parientes (o mejor aún, «parentela»). Al respecto, véase Emma MONTANOS FERRÍN, *La familia en la alta edad media española*, Universidad de Navarra (Pamplona, 1980), págs. 17 y ss.

⁹³ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, «¿Existe una profesión regulada equivalente a la de graduado social en los Estados Unidos?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2015), págs. 792 y ss.

⁹⁴ *Boletín Oficial del Estado* de 6 octubre 2022.

del Código de Seguridad Social» [traducción al castellano, desde el alemán original („*Neuregelung des sozialen Entschädigungsrecht in Deutschland durch Einführung des SGB XIV*”), de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela], *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIII (2021).

— Christian DECKENBROCK y Martin HENSSLER (Editores), *RDG. Rechtsdienstleistungsgesetz. Rechtsdienstleistungsverordnung und Einführungsgesetz zum RDG. Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021).

— Wilhelm E. FEUERICH (Fundador) y Dag WEYLAND (Editor), *Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar*, 11ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2024).

— Claas-Hinrich GERMELMANN, Hans-Christoph MATTHES y Hanns PRÜTTING (Fundadores), *Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar*, 10ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2022).

— Christian GRÜNEBERG (Editor, antiguo PALANDT), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 83ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2024).

— Ewald HELML y Sascha PESSINGER (Fundadores), *Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021).

— Martin HENSSLER y Hanns PRÜTTING (Editores), *BRAO. Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar*, 6ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2024).

— Othmar JAUERNIG (Fundador) y Rolf STÜRNER (Editor), *BGB. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 19ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2023).

— Michael KLEINE-COSACK (Editor), *BRAO. Bundesrechtsanwaltsordnung mit BORA und FAO. Kommentar*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2022).

— Michael KRENZLER y Frank René REMMERTZ (Editores), *Rechtsdienstleistungsgesetz, RDG / RDGEG / RDV*, 3ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2023).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estudios sociales en la ciudad de Ferrol», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 9 (2005).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal “comentarios” en el Derecho alemán. A propósito del “Comentario Erfurtense” sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, «¿Existe una profesión regulada equivalente a la de graduado social en los Estados Unidos?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2015).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

- Jens MEYER-LADEWIG (Fundador), Wolfgang KELLER y Benjamin SCHMIDT (Editores), *Sozialgerichtsgesetz*, 14ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2023).
- Emma MONTANOS FERRÍN, *La familia en la alta edad media española*, Universidad de Navarra (Pamplona, 1980).
- Rudi MÜLLER-GLÖGE, Ulrich PREIS e INGRID SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2024).
- Elke ROOS, Volker WAHRENDORF y Henning MÜLLER (Editores), *SGG. Sozialgerichtsgesetz*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2023).
- Reiner SCHULZE (Editor), *BGB*, 12ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2024).
- Norbert SCHWAB y Stephan WETH (Editores), *ArbGG. Kommentar*, 6ª ed., Otto Schmidt (Colonia, 2022).
- Luis Enrique de la VILLA GIL, «El Derecho colectivo del Trabajo. Del genio de Nipperdey a la consolidación institucional», en José Ignacio GARCÍA NINET y Jordi GARCÍA VIÑA (Directores), *Derecho colectivo del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Salido Banús*, Atelier (Barcelona, 2023).

ANOTACIONES DE “NECESIDAD Y URGENCIA” SOBRE EL “FONDO O SISTEMA DE CESE LABORAL” INCORPORADO AL DNU 70/2023, DE 20 DE DICIEMBRE

Por

JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h)
Profesor Dr. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Buenos Aires

jconfalonieri@derecho.uba.ar

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: En el Boletín Oficial de 26 de diciembre de 2023 se publicó el decreto de necesidad y urgencia (DNU) N° 70/2023, titulado “Bases para la reconstrucción de la Economía Argentina”. Entre sus múltiples materias, se incluyeron un nutrido grupo de disposiciones dentro del Título IV “Trabajo” que significan una de las reformas más profundas que haya tenido el Derecho del Trabajo en el país. Una de las novedades es, sin duda, el llamado fondo de cese laboral (FCL) destinado a reemplazar el régimen de indemnización por despido sin causa.

PALABRAS CLAVE: Decreto de necesidad y urgencia (DNU) N° 70/2023; Fondo de cese laboral.

SUMARIO: I. Introducción.- II. La nueva norma ante las experiencias austríaca y española. 2.1. La iniciativa frustrada de regulación en España.- III. El limitado alcance del FCL y la casi ilimitada delegación en favor del convenio colectivo.- IV. El rol del FCL: ¿complementario o sustitutivo de la indemnización establecida en el art. 245 de la LCT?- V. Excursus sobre las normas legales delegativas de competencia normativa en favor de los convenios colectivos de trabajo.- VI. Para terminar, unas preguntas.- VII. Bibliografía.

NOTES OF “NECESSITY AND URGENCY” ON THE “FUND OR CESSATION OF EMPLOYMENT SYSTEM” INCORPORATED INTO DNU 70/2023, OF DECEMBER 20TH, IN THE ARGENTINE REPUBLIC

ABSTRACT: In the Official Gazette of December 26, 2023, the decree of necessity and urgency (DNU) N° 70/2023 was published, titled “Bases for the reconstruction of the Argentine Economy”. Among its many subjects, a large group of provisions were included within Title IV “Labour” that represent one of the most profound reforms that Labour Law has had in the country. One of the novelties is the severance fund (FCL) intended to replace the compensation regime for dismissal without cause.

KEYWORDS: Decree of necessity and urgency (DNU) N° 70/2023; Severance fund.

SUMMARY: I. Introduction.- II. The new norm in the face of the Austrian and Spanish experiences. 2.1. The frustrated regulation initiative in Spain.- III. The limited scope of the FCL and the almost unlimited delegation in favor of the collective agreement.- IV. The role of the FCL: complementary or substitute for the compensation established in art. 245 of the LCT?- V. Excursus on the legal norms delegating regulatory competence in favor of collective labour agreements.- VI. To finish, some questions.- VII. Bibliography.

I. INTRODUCCIÓN

A última hora de un día agitado por protestas sociales, llegó a mis manos el DNU 70/2023¹. Aunque los anuncios del Sr. Presidente de la Nación y de algunos funcionarios que lo acompañan permitían presagiar una reforma laboral profunda, confieso que su primera lectura me sorprendió. Una sorpresa no incompatible con mi anuencia en algunos aspectos. Tomo como muestra una norma cuya constitucionalidad he puesto en tela de juicio² porque habilitó la reversibilidad de teletrabajo a trabajo presencial por la mera revocación del consentimiento del trabajador, lo que obligaba al empleador a darle tareas en el mismo establecimiento o en el más cercano a su domicilio y facultaba al primero a considerarse despedido o a demandar el restablecimiento de las condiciones anteriores (art. 8 de la ley 27.555), en caso contrario. La nueva disposición, acertadamente, condiciona la reversibilidad al “*acuerdo mutuo entre el trabajador y el empleador*”.

El hondo calado de la reforma exige estudios y reflexiones responsables y muy minuciosas. Las reacciones acaloradas, desmedidas y apresuradas (vengan de quien sea) no aportarán lo necesario para construir un consenso sensato, cauto y, por ende, de la envergadura que reclaman las circunstancias -imperiosamente-. La sociedad implora el abandono urgente de la sordera malintencionada, de la indiferencia -que muy frecuentemente escala a desprecio con asco de las ideas que aportan los que piensan distinto-, en razón de que es consustancial a las democracias la pluralidad ideológica y la búsqueda denodada de avenencias, única senda para lograr la paz que merecen las personas de bien. En eso también consiste el respeto a la libertad en sus múltiples manifestaciones -entre ellas, la libertad de trabajar-, pilar incuestionable de la Constitución Nacional, que dejaría de ser tal sin una adecuada (idónea), necesaria y proporcionada protección, incluyendo -sin hesitación- la destinada a la ruptura intempestiva y arbitraria del contrato de trabajo debido a que, de no existir, le abriría las

¹ B.O., 21 de diciembre de 2023.

² Me refiero al régimen de reversibilidad plasmado en el art. 8 de la ley 27.555 (Régimen legal del contrato de teletrabajo). Sobre el particular, de mi autoría, “El concepto de teletrabajo y el régimen de reversibilidad. Dos de los varios aspectos cuestionables de la reciente ley argentina 27.555. Sucinta comparación con el régimen español”; *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 57, IUSTEL, 2020.

puertas a una amenaza silenciosa, injusta y constante que obligaría al trabajador a soportar cualquier abuso con tal de no perder su fuente de ingresos, con todas las implicancias que ello pueda originar. Decía el profesor López -uno de los juristas más lúcidos que tuvo el país en los últimos cincuenta años- recordando una publicación del profesor alemán Hueck³ que *“donde no existe estabilidad el patrón puede privar al trabajador de su empleo mediante el despido...En los peores casos puede llevar al trabajador a la desocupación. Todo esto puede hacerse en forma arbitraria, aun por puro capricho...”*⁴. Por eso que, para López, la protección contra el despido antijurídico es un *“instrumento fundamental”*⁵.

Para que el debate jurídico sea serio, los argumentos deben portar la misma cualidad. Por ese motivo, debemos dejar completamente al margen frases efectistas por todos conocidas y creadas con el fin de poner por encima de la dignidad del trabajador la “empleabilidad” de seres que sin tutela adecuada, necesaria y proporcionada dejarían de ser personas humanas dando espacio a una sociedad distópica y deletérea ideada por seres que, cuanto menos, rinden culto a una procacidad sin límites. La señal que emerge de los considerandos del DNU no es saludable, porque permite entrever una finalidad contraria a la concepción filosófica que subyace en la Carta Maga (art. 14 bis). El trabajo, al que se le atribuye ser *“la principal herramienta de crecimiento para la comunidad”*, debe ser -ante todo- *“digno”*. Por tanto, la dignidad no debió ser rezagada a modo de colofón de una frase (*“...productivo, inclusivo y digno...”*) que denota una preferencia averada por la empleabilidad, claramente puesta de manifiesto, entre otras regulaciones, a través de la negación de la condición de trabajadores dependientes a quienes naturalmente lo son (los *“colaboradores”* del art. 96 del DNU) con la única finalidad de crear empleo y sin asumir que, de esa manera, están fomentando lo que quieren evitar apelando a una frase tan efectista y trillada como carente de lógica y de juridicidad: la *“industria del juicio”*.

Es muy criticable, debido a la enorme trascendencia que significa reemplazar completamente el régimen de indemnización por despido sin causa -instalado desde hace casi nueve décadas-⁶ por el fondo o sistema de cese laboral (FCL), que no haya existido un intenso debate previo acorde a las circunstancias, porque no es de otro modo como se deberían concretar alteraciones de instituciones tan sensibles para la sociedad. Las verdaderas democracias, no se limitan a la existencia de procesos electorarios;

³ HUECK, A., *“La evolución de la protección contra el despido arbitrario; su evolución en el derecho alemán del trabajo”*, L.L., 53-893.

⁴ LÓPEZ, J., *“Es inconstitucional el derecho a la estabilidad”*, L.T.XVII-A-398.

⁵ LÓPEZ, J., ob. cit., pág. 393.

⁶ B.O., 25-09-1934.

requieren debates constantes y abiertos entre todos los sectores sociales, orientados - siempre- por el bien común, para lo cual debemos contribuir, parafraseando a Romero, con ímprobos esfuerzos para olvidar la *“presencia intrusiva de cuestiones del pasado, que define a priori y rígidamente a los actores, conforma ideas y posicionamientos maniqueos, alienta los comportamientos excluyentes y facciosos y hasta bloquea los diálogos”*⁷.

Dos ejemplos quiero traer a colación, porque representan conductas a seguir. En Austria, el régimen de fondo que reemplazó a partir del 1º de enero de 2003 al régimen indemnizatorio que venía rigiendo desde 1921 y que se había extendido a todos los trabajadores en el año 1979, surgió a raíz de un acuerdo entre los agentes sociales en octubre de 2001 que derivó en la aprobación de la ley en junio de 2002. En España, el programa previsto en el RDL 10/2010 y luego ratificado en la Ley 35/2010, fue sometido al estudio de un Grupo de Expertos en virtud del acuerdo alcanzado entre el Gobierno y las entidades empresariales y sindicales más representativas, el 2 de febrero de 2011 (ASE); y el resultado, a raíz de dicho informe, es que, al día de hoy, ese país sigue con el régimen de indemnización por despido que conocemos.

Siento que incurriría en una notoria incoherencia si me pusiera a escribir en lo inmediato sobre el contenido del extenso capítulo laboral (arts. 53 a 97) del variopinto DNU N° 70/2023 que ni siquiera está vigente ni comenzó a transitar la instancia procedimental de convalidación por el Congreso plasmada en la ley 26.122, reglamentaria del art. 99.3 de la Norma Fundamental. Me limitaré al párrafo sexto del art. 245 de la LCT, sin entrar en el debate acerca de la correspondencia con la Carta Magna de la norma mediante la cual se pretende efectivizar la puesta en marcha de los “nuevos contenidos” de un “Derecho del Trabajo” que expulsa auténticos trabajadores de su ámbito de aplicación, cuestión que, por cierto, debido a su muy significativa relevancia, merece un estudio específico.

La premura obedece a que es un tema al que ya le dediqué atención a raíz de un proyecto de ley que se dio a conocer durante la presidencia del Sr. Ingeniero Macri remitido al Congreso Nacional el 18 de noviembre de 2017⁸ (que no tuvo tratamiento)⁹ y que, al margen del acotado ámbito de aplicación del art. 15 de la ley 22.250 y de la posibilidad concedida a las pequeñas y medianas empresas por el art. 92 de la ley

⁷ ROMERO, L. A., *“Construir la Historia Pública de la Democracia Plural”*, El resurgir de la Argentina (Coord. Barcia, P. L.), Editorial Docencia, Buenos Aires, 2023, pág. 357.

⁸ INLEG-2017-28952312-APN-PTE.

⁹ *“Primeras reflexiones sobre el fondo de cese laboral sectorial previsto en el Proyecto de reforma laboral de 2018”*, TySS, 2018, pág. 519.

24.467 (derogado por el art. 41 de la ley 25.877), no fue el primer intento de introducción del hoy llamado “fondo o sistema de cese laboral” (art. 82 del DNU 70/2023)¹⁰.

II. LA NUEVA NORMA ANTE LAS EXPERIENCIAS AUSTRÍACA Y ESPAÑOLA

La norma (art. 81, párrafo séptimo), dice esto: “*Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al ocho por ciento (8%) de la remuneración computable*”.

En términos generales, el “fondo o sistema de cese laboral” (FCL) es un patrimonio que se va incrementando paulatinamente con aportes periódicos sólo a cargo del empleador, mediante el cual se procura asegurarle al trabajador un importe de dinero si el contrato de trabajo se extinguiere sin causa.

En los países que integran la Unión Europea, solamente Austria incorporó -por ley- un régimen de fondos de despido (“*Mitarbeitervorsorgekassen*”, MVK - “*Fondos de Previsión de los Trabajadores*”)¹¹. El hecho de que sea el convenio colectivo y no la ley la fuente constitutiva del FCL traerá aparejadas, entre otras, dos consecuencias: en primer lugar, podría haber trabajadores protegidos frente al despido arbitrario con un régimen de indemnización y trabajadores “protegidos” con un régimen de FCL; en segundo lugar, por hipótesis, un trabajador podría pasarse su vida laboral deambulando por varios FCL con aspectos diferentes, intercalando esa situación con períodos en los que se le podría aplicar el régimen de indemnizaciones de la LCT.

2.1. La iniciativa frustrada de regulación en España

Durante el lapso comprendido entre 2012 y 2023, las reformas laborales fueron constantes y, algunas, muy profundas en España. Sin embargo, no se ha llegado a

¹⁰ Proyecto de ley remitido al Congreso por el PEN el 17 de octubre de 1996 (53-P.E.-96), y proyecto suscripto en 1998 por los diputados Cavallo, Francos y Albrisi (Expte. Dip.1586-D-98).

¹¹ Sobre el régimen austríaco, vigente desde el 1º de enero de 2003, HOFER, H.; “*The Severance Pay Reform in Austria (AbfertigungNeu)*”, CESifo DICE Report, vol 5, Nº 4, 2007, págs. 41 a 48; “*La reforma de la Ley sobre indemnización por despido en Austria*”, está publicada en R.L. I-2010, págs.1433 a 1445; RAMÍREZ SOBRINO, J.N. y FRÖLICH, M.; “*La reforma de la indemnización por despido: el modelo austríaco a la española*”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 25 (2011); Alemán Páez, F.; “*Fondos de capitalización e indemnización por despido. Modelos y antimodelos teóricos con referencia empírica*”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* Nº 6/2011; TOSCANI GIMÉNEZ, D.; “*Los fondos de despido del modelo austríaco: ¿un modelo a seguir?*”, *elderecho.com*, Lefebvre-El Derecho, 8 de noviembre de 2010; CONDE RUIZ, I., FELGUEROSO, F. y GARCÍA PÉREZ; “*El fondo de capitalización a la austríaca: costes y beneficios de su implantación en España*”, Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), Colección Estudios Económicos, 06-2011, www.fedea.es

instalar el programa diagramado durante los últimos años de mandato del presidente Rodríguez Zapatero a través del RDL 10/2010, de 16 de junio. Varias fueron las medidas a partir de la primera gestión del presidente Rajoy en materia de despido, incluyendo una rebaja significativa de las indemnizaciones, pero nada hubo sobre el *“fondo de capitalización para los trabajadores”* aludido en su Disposición Final Segunda del RDL 10/2010. Tampoco se incluyó mención alguna en la extensa reforma de 2021 (RDL 32/2021, de 28 de diciembre).

La Disposición Adicional Décima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, reprodujo el programa del RDL 10/2010: *“El Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir del 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de Ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de Capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar. La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de Capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. El Fondo deberá estar operativo a partir del uno de enero de 2012”*.

El 2 de febrero de 2011, el Gobierno, las organizaciones empresariales (CEOE y CEPYME) y las sindicales (UGT y CCOO) suscribieron el *“Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y las garantías de las pensiones”*, en el que decidieron convocar a un grupo de expertos con el fin de *“analizar el funcionamiento de instituciones similares que existen en otros países...y su posible adaptación al sistema español de relaciones laborales”*. Ese grupo, integrado por especialistas en distintas áreas (Pilar González de Frutos, Juan López Gandía, Alberto Nadal Belda, José Ignacio Pérez Infante, Esteban Rodríguez Vera y Santos Miguel Ruesga Benito), produjo un extenso y fundado informe por medio del cual, en muy apretada síntesis, hizo saber *“la dificultad de crear un Fondo de Capitalización para todos los trabajadores”* en las condiciones establecidas en la Ley 35/2010, las cuales exigirían *“un volumen de recursos extraordinariamente elevado”*.

La fecha prevista en la Ley 35/2010 había quedado atrás, sin que el gobierno aprobara ningún proyecto de ley en la materia. De ahí que el 26 de agosto de 2011 se dictara el Real Decreto Ley 10/2011, modificando la disposición adicional décima de la citada ley del siguiente modo: *“Teniendo presente la situación de la economía y del*

empleo y su previsible evolución, así como el informe elaborado por el grupo de expertos constituido según el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y las garantías de las pensiones de 2 de febrero de 2011, El Gobierno desarrollará durante el primer semestre de 2013 un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores...". Por consiguiente, no sólo hubo un atraso temporal considerable, sino que se abandonó la contundencia de los términos de la Ley 35/2010 (*"el Gobierno...aprobará un proyecto de ley..."*), por la tibieza de la nueva redacción en la que se previó una posible aprobación, precedida, necesariamente, de una negociación (ya no consulta) con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, destinada a evaluar su conveniencia y oportunidad.

Así ha quedado el tema del fondo de capitalización para los trabajadores en España (ocupando un espacio en las bibliotecas).

III. EL LIMITADO ALCANCE DEL FCL Y LA CASI ILIMITADA DELEGACIÓN EN FAVOR DEL CONVENIO COLECTIVO

De acuerdo a la redacción de la norma transcrita precedentemente, el alcance sustitutivo del FCL se limita a la indemnización prevista en el art. 245 LCT. La frase *"el presente régimen indemnizatorio"*, sólo da pie para extenderlo a las indemnizaciones previstas en las normas remisivas a dicha disposición (vg. art. 212, párrafos tercero y cuarto de la LCT; art. 213 de la LCT, sólo en cuanto a la indemnización por despido sin causa); no para extenderlo a las indemnizaciones por despido sin causa establecidas en algunos estatutos particulares (vg., las leyes 12.908 y 12.931). Tampoco habilita a proyectarlo a otras indemnizaciones o partidas que debe abonar el empleador por despido incausado (arts. 95, 97, 213 y 246 LCT, y art. 74 de la ley 24.013), despido discriminatorio y violatorio de otros derechos fundamentales (arts. 182 LCT, 52 de la ley 23.551, 1º de la ley 23.592 y 1740 CCYC); por renuncia [art. 182 segundo párrafo del inciso b) LCT]; por causas económicas (art. 247 LCT); por muerte de cualquiera de las partes (arts. 248 y 249 LCT); por las causas enunciadas en los arts. 212, párrafo segundo, 250, 251 y 254 LCT; por omisión de preaviso; por integración del mes del despido, ni por vacaciones no gozadas. Esto significa que el convenio colectivo deberá ajustarse a la delegación en los términos especificados. Dicho de otro modo, en virtud de la regla de norma mínima, no podrá sustituir las indemnizaciones plasmadas en normas que no sean el art. 245 LCT o las que a él se remiten (arts. 7 de la ley 14.250 y 8 LCT).

La delegación de la competencia de normación en el convenio colectivo es amplísima. Fuera del porcentual que debe aportar el empleador para integrar el FCL sobre la “*remuneración computable*”, no hay pauta alguna en la norma delegante acerca de las más elementales circunstancias, por ejemplo: si el retiro de los importes de la cuenta del trabajador estará sujeto a un plazo mínimo de aportes¹²; a cargo de quién estará la custodia y gestión del fondo¹³; si se podrá elegir la entidad que tenga a su cargo la gestión del fondo y, en ese caso, a quien le corresponderá la misma¹⁴. Lógicamente, la inexistencia de una demarcación mínima de la delegación posibilitará la existencia de regímenes convencionales disímiles a los cuales quedarán sometidos los trabajadores en caso de emplearse en actividades alcanzadas por distintos convenios colectivos, con la consiguiente inseguridad que ello les acarreará.

IV. EL ROL DEL FCL: ¿COMPLEMENTARIO O SUSTITUTIVO DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 245 DE LA LCT?

Los modelos europeos que tomé como referencia comparativa, han adoptado soluciones diferentes: uno, absorbe de modo total la responsabilidad indemnizatoria del empleador; el otro, acumula el derecho al fondo con el derecho a una indemnización.

En Austria, el régimen vigente a partir del año 2003 (“*Afertigungneu*”), exime totalmente al empleador de la obligación de pagar la indemnización por despido prevista en el régimen anterior (“*Abfertigungalt*”)¹⁵. En España, tanto el RD 10/2010 como la Ley

¹² En Austria, hay un plazo de carencia de tres años desde el último cobro. De todos modos, en caso de cambiar de empleador, si el trabajador no hubiere alcanzado aquella franja temporal, no pierde los importes existentes en su cuenta; los puede mantener en el “Fondo de Previsión” actual o lo puede acumular en el “Fondo de Previsión” de su nuevo empleador. Incluso, habiendo completado los tres años, tiene la facultad de no rescatar suma alguna con el fin de transferirlas a un fondo de pensión (que es lo que, de alguna manera, estimula el régimen de ese país).

¹³ En Austria, la custodia y gestión de los importes que integran la cotización del empleador está a cargo de entidades privadas que, obviamente, tienen fines lucrativos. Normalmente invierten los activos en bonos, en activos inmobiliarios y en fondos de inversión, y perciben en concepto de gastos por gestión importes que oscilan entre el 1% y el 3,5% de los aportes anuales que realiza el empleador. Como vimos, dichas entidades se denominan “*Mitarbeitervorsorgekassen*” (MVK) o “*Fondos de Previsión de los Trabajadores*”, requieren autorización del gobierno para operar. En el proyecto del Sr. Presidente Ing. Macri, la administración del fondo se le confió a “*un ente sin fines de lucro, de conducción bipartita*”.

¹⁴ En Austria, la existencia de varias entidades destinadas a gestionar los fondos de despido se compadece con el método de selección de las mismas. El empleador y el comité de empresa deben celebrar un acuerdo de selección de un “*Fondo de Previsión*”, y sólo cuando no exista esa representación de los trabajadores el empleador tiene a su cargo la elección. En el primer caso, una vez que las partes hayan decidido cuál será el “*Fondo de Previsión*”, el empleador debe celebrar un contrato con el elegido que será el encargado de gestionar las cuentas de cada uno de los trabajadores. En ambos casos es posible cambiar el “*Fondo de Previsión*”.

¹⁵ El régimen de protección de los trabajadores en el sistema antiguo (*Alfertigungalt*) variaba en función de la antigüedad en el empleo: los trabajadores con menos de tres (3) años de antigüedad no tenían derecho a indemnización; los que tuvieran entre tres (3) y menos de cinco (5) años,

35/2010, aludieron a un régimen mixto en razón de que *“las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicios equivalente al que se determine para la constitución del Fondo”*.

El nuevo art. 245 LCT (según texto del art. 81 DNU 70/2023) adoptó un modelo sustitutivo restringido, pues sólo reemplaza a la indemnización por despido sin causa fijada en dicha norma legal. Una notoria diferencia con el proyecto presentado ante el Congreso durante la presidencia del Sr. Ingeniero Macri (modelo sustitutivo amplio), mediante el cual se procuraba reemplazar por el FCLS a los rubros contemplados en los arts. 232, 245 de la LCT, y *“las reparaciones indemnizatorias...previstas en los arts. 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253 y 254 de la Ley de Contrato de Trabajo”*.

V. “EXCURSUS” SOBRE LA RESIGNACIÓN DE COMPETENCIA NORMATIVA DE LA LEY EN FAVOR DEL CONVENIO COLECTIVO Y LA MORFOLOGÍA DE LAS NORMAS LEGALES DELEGATIVAS

La remisión de la ley al convenio colectivo para que se encargue de establecer normas en una materia determinada, no es algo novedoso en nuestro medio. Hay ejemplos que cuentan con varios años de trayectoria (art. 9, segunda parte de la ley 14.250 y art. 171 LCT). Cuando la ley llama al convenio colectivo para que se encargue de regular una materia determinada, la relación entre ambas fuentes es, *lato sensu*, por delegación o remisión¹⁶. Una relación que por ser conocida no deja de ser infrecuente en nuestro ordenamiento, pese a su significativa presencia en la ley 27.555. La relación por delegación o remisión entre la ley y el convenio colectivo, expresa una retracción de la primera acompañada de una mayor competencia normativa del segundo, con tres variantes: i) sin regulación subsidiaria; ii) con regulación subsidiaria; iii) con regulación parcial de mínimos necesitados de complementación. Estamos, pues, delante de una deslegalización por convencionalización que no sólo implica menos ley y más convenio colectivo, sino, por añadidura y dependiendo de las circunstancias, menos derecho necesario de fuente legal y menos regla de norma mínima en la relación ley - convenio, combinada con más relación de complementariedad y más relación de subsidiariedad entre la ley y el convenio colectivo. Y no sólo eso; también puede significar más regla de

tenían derecho a dos (2) sueldos brutos mensuales; los que tuvieran entre cinco (5) años y menos de diez (10) años, tenían derecho a tres (3) sueldos brutos mensuales; los que tuvieran entre diez (10) años y menos de quince (15) años, tenían derecho a cuatro (4) sueldos brutos mensuales; los que tuvieran entre quince (15) años y menos de veinte (20) años, tenían derecho a seis (6) sueldos brutos mensuales; los que tuvieran entre veinte (20) años y menos de veinticinco (25) años, tenían derecho a nueve (9) sueldos brutos mensuales; y los que tuvieran al menos veinticinco (25) años, tenían derecho a doce (12) sueldos brutos mensuales (HOFER, H., ob cit., pág.1436).

¹⁶ ALARCÓN CARACUEL, M. R., quien alude a la relación de remisión, con o sin regulación subsidiaria; ob. cit., pág. 36.

norma mínima en la relación convenio colectivo - contrato individual; más posibilidad de articulación (relación de complementariedad) entre convenios colectivos (art. 18 de la ley 14.250); y más posibilidad de concurrencia y de aplicación de regla de norma más favorable, en la medida en que se esté frente al supuesto previsto en el art. 19, segunda parte, de la ley 14.250.

La remisión o llamada al convenio colectivo admite variantes. Podría la ley convocar al convenio colectivo a fin de que regule una materia completa o “*en bloque*”¹⁷, o sólo una parte de la misma dotada, en su otra parcela, de imperatividad. Tanto en la primera como en la segunda variante, el legislador podría optar por incorporar una regulación en subsidio dotada de imperatividad relativa frente a la autonomía individual hasta que la autonomía colectiva se haga cargo de la llamada.

La relación por remisión *stricto sensu*, supone ausencia de regulación subsidiaria. Lo contrario, derivaría en una relación de subsidiariedad¹⁸ (de supletoriedad, para algunos autores)¹⁹. Y cuando cohabitan una parcela legal provista de imperatividad y otra en la que el convenio colectivo hizo efectiva la delegación de la ley, la relación entre ambas fuentes será de complementariedad²⁰ (no de suplementariedad). La preferencia por el término subsidiariedad en lugar de supletoriedad obedece a que es inherente a la relación de supletoriedad la existencia de una laguna, vacío o carencia normológica neutralizable por medio de la aplicación de normas análogas, de los principios de la justicia social o de los propios del derecho del trabajo, o de la equidad y la buena fe (en los términos del art. 11 LCT). Por ejemplo, de supletoriedad es la relación entre el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la ley 18.345 (art. 155, in fine), y la relación entre el derecho del trabajo y el derecho civil. No hay tal cosa en la relación de subsidiariedad, porque la ley no sólo llama al convenio para que regule una determinada materia, sino que, además, establece normas imperativas a cumplir por la autonomía individual hasta que la negociación colectiva efectivice su llamada²¹. Dicho, en otros términos, las lagunas, vacíos o carencias de normas no son propias de la relación de subsidiariedad.

El art. 171 LCT, es un claro ejemplo de relación por delegación o remisión entre la ley y el convenio colectivo. Lo mismo podría decirse de su art. 92 ter, inciso 5. Ejemplo de

¹⁷ Expresión de ALARCÓN CARACUEL, M. R., ob. cit., pág. 35.

¹⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R., ob. cit. pág. 35; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “*El nuevo reparto...*”, pág. 248.

¹⁹ MARTÍN VALVERDE, A., “*Concurrencia...*”, *Revista de Política Social*, N° 119, julio-septiembre de 1978, págs. 8, 9, 15 y 16. Fuentes Rodríguez, F., ob. cit., págs. 85 a 88.

²⁰ ALARCÓN CARACUEL, M. R., ob. cit. pág. 35; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., ob. cit., pág.406; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “*El nuevo reparto...*”, pág. 248.

²¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., ob. cit. pág. 36.

remisión de la ley al convenio colectivo, acompañada de mínimos, es el art. 44 de la ley 23.551. Y ejemplo de remisión de la ley al convenio colectivo con previsiones subsidiarias (relación de subsidiariedad), es el inciso 9 del art. 4 de la derogada ley 24.465, junto a su Decreto Reglamentario 738/95 (art.17).

Claro que la deslegalización por convencionalización no debe asimilarse a la dispositivización, es decir, a la posibilidad de reemplazar normas legales (dispositivas) por convenio colectivo, independientemente de que sean o no más favorables al trabajador²² (por ej. los arts. 106 LCT; 90 y 91 de la ley 24.467, y el texto original del art. 92 bis, agregado a la LCT por la ley 24.465). En la deslegalización por convencionalización plena (relación por remisión *stricto sensu*), no existe norma legal a ser reemplazada por el convenio colectivo. Y cuando la haya, solo será para abrirle camino a la relación de subsidiariedad. En cambio, la dispositivización presupone presencia de norma legal (disponible). Cuando la deslegalización es parcial, tenemos por delante una norma legal incompleta que precisa del convenio colectivo para que la complete, lo que no ocurre con la dispositivización que requiere normas completas (sin mínimos ni máximos). Sin embargo, es posible advertir cierta similitud en esta variante de la delegación con la dispositivización, en razón de que el convenio colectivo cuenta, en la parcela delegada, con una competencia normativa no cercenada por regulaciones legales imperativas.

¿Está limitada la ley, por razón de la materia, para la delegación de su competencia de normación en favor del convenio colectivo?

Como es de suponer, las limitaciones provendrán de las normas de imperatividad absoluta. De ahí que el convenio colectivo no tenga competencia para incursionar en ese ámbito gobernado por la relación de exclusión con la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, la Norma Fundamental suministra algunas pautas orientativas en el art. 14 bis: el modo imperativo del verbo empleado en su encabezamiento (“gozará”) indica que no es posible una discrecionalidad plena del legislador. Su contundente directiva dirigida al legislador para que “*El trabajo en sus diversas formas*” goce “*de...protección*”, significa que la remisión plena de la ley al convenio colectivo, sin o con regulación en subsidio, no sería viable sin condicionamientos porque, en las materias allí enunciadas, la ley es destinataria de un rígido mandato constitucional que no debe eludir. Por tanto, debería establecer, inexorablemente, reglas de derecho necesario absoluto o relativo habilitando, en las

²² SALA FRANCO, T.; “Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable”; *Anuario de Derecho del Trabajo, Universidad Austral*, N° 1, pág. 97, Editorial Quorum, 2002.

segundas, relaciones de complementariedad con el convenio colectivo; nunca relaciones por delegación (total).

VI. PARA TERMINAR, UNAS PREGUNTAS

Primera. ¿Es suficiente, a los efectos de respetar el art. 28 de la Constitución Nacional justificar el móvil orientado a sustituir el régimen de indemnización estampado en el art. 245 de la LCT por el FCL con esta escueta frase: “*tal como se ha implementado en algunas actividades*” sin decir cuáles son esas actividades?

Indudablemente, no lo es.

Segunda. A los efectos de implementar el FCL, ¿se requiere un convenio colectivo específico?

No hay respuesta en el DNU. De todos modos, si así fuera, sumaríamos un tipo más de convenio colectivo: el convenio colectivo de fondo de cese laboral.

Tercera. ¿Podría un convenio colectivo de ámbito mayor delegarles la regulación del FCL a los convenios colectivos de ámbito menor? (art. 18 de la ley 14.250).

No hay prohibición al respecto en el DNU. Por tanto, sería posible pese a la tremenda dispersión normativa que ello provocaría.

Cuarta. Si la respuesta a la pregunta anterior fuere afirmativa, ¿qué convenio debería aplicarse, a la luz de lo dispuesto en el art. 19.b) de la ley 14.250, en caso de que el convenio de ámbito mayor (anterior o posterior) haya implementado un régimen indemnizatorio por despido sin causa?

Sin hesitación, en virtud de la respuesta que daré a la pregunta octava, el convenio de ámbito mayor por ser más favorable.

Quinta. ¿A qué trabajadores se les aplicaría el régimen del FCL: a todos? independientemente de la fecha de ingreso a la empresa o ¿solamente a los contratados a partir de que comience a aplicarse dicho régimen?

Pese a la delegación sin cortapisas de la ley en favor del convenio colectivo, no podrían quedar incluidos todos los trabajadores. Salvo que a los vinculados por contratos anteriores se los indemnice conforme a las pautas legales previas a la implementación del FCL.

Sexta. ¿Qué significa “*remuneración computable*” a los efectos del porcentual que debe ingresar el empleador para engrosar el FCL?

Sin duda, la que se corresponda con el Convenio 95 (OIT), con el art. 103 de la LCT y con la doctrina “*Pérez c/ Disco*” de la CSJN.

Séptima. En caso de que el empleador hubiera declarado sólo una parte del salario del trabajador, ¿cuáles serían las consecuencias de un aporte menor al de la totalidad de la remuneración? La parte no declarada, debe integrar la “*remuneración computable*”.

Que la parte del salario no declarada deba integrar la “*remuneración computable*”, es una verdad de Perogrullo. Por otra parte, pese a la amplia delegación de la ley al convenio colectivo, este no tendría posibilidad alguna para tipificar infracciones o faltas de carácter administrativo pues, de lo contrario, estaría conculcando el principio de legalidad. Al margen de eso, no me parece que exista impedimento para que el convenio colectivo establezca causales de caducidad del FCL, entre ellas, el incumplimiento de la obligación de efectuar el aporte sobre el monto completo del salario del trabajador, en todo o en parte.

Octava. ¿Es inembargable la totalidad del importe existente en el FCL?

En razón del silencio del DNU, y salvo disposición en contrario del convenio colectivo, entiendo que sería aplicable lo dispuesto en el decreto 487/87 en razón de que el FCL sustituye la indemnización del art. 245 LCT.

Novena. ¿Goza de privilegio el crédito del trabajador en concepto de FCL?

En caso de concurso de la entidad que administra el FCL, cualquier trabajador “*por causa o título anterior a la presentación*” deberá presentar ante el síndico el correspondiente pedido de verificación de crédito (art. 32 de la ley 24.522). Lo mismo en caso de quiebra (art. 126 de la ley 24.522). En cualquiera de esos casos, advierto que el FCL queda comprendido en la expresión “*cualquier otro derivado de la relación laboral*” que forma parte del art. 246 de la ley 24.522. Por tanto, sólo tendrá privilegio general (no especial como se le reconoce a la indemnización “*por antigüedad o despido*” (art. 241, inciso 2 de la ley 24.522). Y como los privilegios sólo pueden ser reconocidos por ley sin que el deudor tenga la posibilidad de “*crear a favor del acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro*” (art. 2574 CCYC), el convenio colectivo no tendrá competencia para establecer un privilegio diferente al de carácter general previsto en la ley 24.522 en caso de ejecución colectiva. Lo propio sucedería si la ejecución fuera individual (art. 263 LCT).

Décima. ¿Podría el convenio colectivo establecer la responsabilidad solidaria del empleador?

Sí, podría. La única limitación que emerge del art. 828 del CCYC es la imposibilidad de presumir la solidaridad. Por tanto, debe estar fijada “*inequívocamente*” en la ley o en “*el título constitutivo de la obligación*”.

Undécima. ¿Es constitucional un sistema de fondo de despido en Argentina para los trabajadores en general?

Insisto; el hecho de que la ley haya delegado a la autonomía colectiva la sustitución de cuajo del régimen indemnizatoria previsto en el art. 245 LCT, confronta con la directiva al legislador emanada del párrafo inicial del art. 14 bis CN y con el principio de legalidad (art. 19 *in fine* de la CN) ya que son las leyes las que deben asegurarle al

trabajador “...protección contra el despido arbitrario”²³. Por tanto, en principio, no hay posibilidad de injerencia alguna de la negociación colectiva con fines sustitutivos por vía de delegación legislativa.

La redacción del art. 14 bis clausura cualquier régimen de fondo de despido sustitutivo para los trabajadores en general, por una razón elemental: es un sistema que le facilita al empleador la extinción de la relación laboral por la vía del despido sin causa. Y si esto es así -por mi parte, estoy convencido que lo es- estamos en las antípodas del propósito disuasivo que subyace en el texto constitucional destinado a que la protección sea eficaz y efectiva. Todos los autores que he leído, al momento de enumerar las ventajas y desventajas de un sistema de fondo de despido, coinciden en destacar la facilidad con la que contaría el empleador para ponerle fin a la relación laboral mediante un despido incausado. Transcribo lo dicho por algunos. “...La principal ventaja del nuevo sistema radica, sin lugar a dudas, en que el empresario no tiene que pagar una cantidad de dinero inesperada cuando decide extinguir el contrato...el empresario que opta por mantener puestos de trabajo tiene el incentivo de ahorrarse el coste de la indemnización; si se cambia a un sistema de capitalización, ese incentivo desaparece, por lo que pueden aumentar los despidos...” (Ramírez Sobrino y Frölich, 2011). “...Los FC conllevan un importante ahorro económico para las empresas en términos de costos laborales. El ingreso periódico en una cuenta de cantidades alícuotas de la indemnización por despido, facilita la realización de ajustes en la organización del trabajo...” (Alemán Páez, 2011). “...En primer lugar, el coste marginal del despido es cero y por lo tanto sabemos que se van a producir despidos ineficientes...cuando existen prestaciones por desempleo y el coste del despido es cero las empresas despiden más de lo que sería óptimo...” (Conde Ruiz, Felgueroso y García Pérez, 2011).

Duodécima. Vinculada a la anterior. ¿Sólo se puede vincular el convenio colectivo con la ley por suplementariedad?

Al decir de García²⁴, “las cláusulas de la convención colectiva sólo pueden entablar vínculos de suplementariedad con las normas de la ley laboral”. Sin ánimo de confrontación, no comparto la concluyente afirmación del reconocido autor. Amén de que la ley y el convenio colectivo se pueden relacionar por “exclusión”²⁵, en el contexto

²³ CONFALONIERI (h), J. A.; “Primeras reflexiones sobre el fondo de cese laboral sectorial previsto en el Proyecto de reforma laboral de 2018”, TySS, 2018, pág. 519.

²⁴ GARCÍA, H., “Fondo de cese de servicios, Ley de Contrato de Trabajo y convenio colectivo”, L.L., diario de 18 de diciembre de 2023.

²⁵ Por todos, ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Las relaciones ley-convenio”, pág. 27, Las reformas laborales de 1994 y 1997 (coord. Rojo Torrecilla, E.), Marcial Pons, Madrid, 1998; FUENTES RODRÍGUEZ, F., “El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral”, pág. 23, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; RAMOS QUINTANA, M. I., “La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)”, pág. 106, Lex Nova, Valladolid, 2002.

analizado por García, también es viable que entre ambos haya una relación por complementariedad.

Ejemplifico la relación de exclusión poniendo sobre la mesa el proyecto de ley remitido al Congreso el 18 de noviembre de 2017, al que hice referencia en el comienzo de esta redacción. En el ámbito de las normas absolutamente imperativas, el convenio colectivo no hubiera tenido movilidad alguna. En concreto, hubiera tenido completamente vedado: i) alterar la regla de adhesión voluntaria del empleador (art. 29); ii) crear otras fuentes para nutrir el patrimonio del Instituto (art. 23); iii) permitir otras inversiones distintas a la prevista en el arts. 24; iv) fijar el aporte a cargo del empleador sobre rubros diferentes a los individualizados en el art. 25; v) otorgarle a los montos del FCLS correspondientes al trabajador caracteres diferentes a los establecidos por el art. 26; vi) alterar el régimen de percepción del fondo por el trabajador (art. 46), o la consecuencia en caso de incumplimiento del empleador de su obligación de efectuar los aportes al fondo (art. 29); vii) modificar el régimen de sanciones al empleador previsto en el art. 33; viii) alterar el momento a partir del cual se computa el plazo al que se refiere el art. 30.

Paso a la posible relación de complementariedad entre el convenio colectivo y la ley. Para ello, me ajustaré a los señalamientos de García quien sostiene que la única posibilidad que tiene el convenio colectivo para instituir un fondo de despido es bajo condición de que *“la ley no desmantele su esquema de protección contra la rescisión contractual arbitraria”*. Y agrega: *“...de modo tal que el convenio colectivo pueda cumplir su función de establecer condiciones más favorables”*.

El razonamiento de García parte de una premisa que no es otra que la coexistencia o sumatoria de dos regímenes destinados a tutelar al trabajador de cara al despido arbitrario (el de la ley y el del convenio colectivo). En otros términos, dos regímenes que no se excluyan recíprocamente, sino que se acumulen; por tanto, típica relación de complementariedad incompatible, por definición, con la de suplementariedad (única vía de relacionamiento ley - convenio colectivo, para García). Si la premisa inicial de García es correcta (pienso que lo es), no hay que someter al convenio colectivo a ningún escrutinio de mayor favorabilidad para determinar si ha respetado la regla de norma mínima acogida por los arts. 7 de la ley 14.250 y 8 de la LCT (citados por García), porque dicha regla presupone la aplicación de una sola norma, esto es, entre las comparadas, la que establezca condiciones más favorables y, por consiguiente, el total desplazamiento de la otra (la ley o el convenio). En cambio, la relación de complementariedad conduce a la aplicación de dos o más normas, sin tener que pasar por el tamiz de la mayor favorabilidad porque ambas portan regulaciones normativas que no se superponen, sino que marchan en paralelo sin descartarse recíprocamente. Es lo que acontece, en la relación entre convenios colectivos cuando un convenio de ámbito

mayor delega en uno de ámbito menor la regulación de ciertas y determinadas materias (art. 18.a de la ley 14.250), o cuando, sin delegación expresa, el convenio de ámbito menor incluye materias no tratadas en el de ámbito mayor. De ambos convenios colectivos su nutre el contrato individual (no sólo del más favorable, en esos casos). Lo mismo puede darse en la relación ley - convenio cuando el segundo cubre vacíos de la primera o cuando agrega regulaciones que, acumuladas, tendrán proyección sobre las relaciones individuales. Por tanto, relación de complementariedad y no suplementariedad. Tampoco test de mayor favorabilidad, por resultar naturalmente ajeno a la primera.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, M.; *“Dos proyectos que convergen en la individualización y precarización de la contratación laboral”*, Relaciones Laborales y Seguridad Social, Año II - N° 22, diciembre de 1996, Ediciones Interocéánicas.

ALARCÓN CARACUEL, M. R., *“Las relaciones ley-convenio”*, pág. 27, Las reformas laborales de 1994 y 1997 (coord. Rojo Torrecilla, E.), Marcial Pons, Madrid, 1998.

ALEMÁN PÁEZ, F.; *“Fondos de capitalización e indemnizaciones por despido: una aproximación teórica y valorativa”*; Aranzadi Social N° 6, 2011.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.; *“Informe sobre la regulación del despido en Europa”*, Temas Laborales, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* N° 99/2009.

BLASCO PELLICER, A.: *“Hacia un fondo especial de capitalización de indemnizaciones: el modelo austríaco”*, en La Reforma Laboral en el Real Decreto Ley 10/2010, Tirant lo Blanch, 2010.

CONDE RUIZ, I., FELGUEROSO, F., GARCÍA PÉREZ, I.; *“El fondo de capitalización a la austríaca: costes y beneficios de su implantación en España”*, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Colección Estudios Económicos, 06-2011.

CONFALONIERI (h), J. A.; *“Primeras reflexiones sobre el fondo de cese laboral sectorial previsto en el Proyecto de reforma laboral de 2018”*, TySS, 2018.

CONFALONIERI (h), J. A.; *“El concepto de teletrabajo y el régimen de reversibilidad. Dos de los varios aspectos cuestionables de la reciente ley argentina 27.555. Sucinta comparación con el régimen español”*; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 57, IUSTEL, 2020

FUENTES RODRÍGUEZ, F., *“El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GARCÍA, H., *“Fondo de cese de servicios, Ley de Contrato de Trabajo y convenio colectivo”*, L.L., diario de 18 de diciembre de 2023.

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.; "El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones", *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* N° 112/2011.

GÓMEZ LÓPEZ EGEA, S.; "El fondo de capitalización en Austria y su aplicación en España", www.iese.edu

HOFER, H.; "La reforma de la ley sobre indemnización por despido en Austria", R.L. 2010.

HOFER, H.; "The Severance Pay Reform in Austria (Abfertigung Neu)", CESifo DICE Report, vol 5, N° 4, 2007.

HUECK, A.; "La evolución de la protección contra el despido arbitrario; su evolución en el derecho alemán del trabajo", L.L., 53-893.

Informe del Grupo de expertos sobre el Fondo de Capitalización para los Trabajadores, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

LÓPEZ, J., "Es inconstitucional el derecho a la estabilidad", L.T.XVII-A-398.

Proyecto de ley sobre un nuevo régimen de extinción de relaciones de trabajo y nuevas formas de contratación (53-P.E.-96), y Mensaje 1.182/96.

Proyecto de ley para la promoción del empleo y la seguridad social, Expte. Dip.1586-D-98.

Proyecto de ley reforma laboral, INLEG-2017-28952312-APN-PTE.

Ramírez Sobrino, J., N. y Fröhlich, M.; "Las reformas de la indemnización por despido: el modelo austríaco a la española", RGDTSS N° 25, IUSTEL, 2011.

Romero, L. A., "Construir la Historia Pública de la Democracia Plural", El resurgir de la Argentina (Coord. Barcia, P. L.), Editorial Docencia, Buenos Aires, 2023.

SELVA PENALVA, A.; "El fondo de capitalización anunciado en la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo", Tirant lo Blanch, 2012.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.; "Los fondos de despido del sistema austríaco ¿un modelo a seguir?", elderecho.com, 8 de noviembre de 2010.

EL DERECHO A LA DESCONEXION DIGITAL, UNA MIRADA DESDE CUBA

Por

YAELSY LAFITA COBAS ¹

Doctora en Ciencias jurídicas, Master en Asesoría jurídica
Profesora Titular, Universidad de Oriente, Cuba
<https://orcid.org/0000-0001-6453-6128>

laguajiradelyunque@gmail.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 67 (2024)

RESUMEN: El desarrollo de las Tecnologías de la informática y las Comunicaciones ha conllevado a un cambio en la manera de trabajar, lo que ha conducido a que varios trabajadores teletrabajen desde sus casas, trayendo consigo fundamentalmente a que se extiendan su jornada muchas más horas que las pactadas en su contrato de trabajo, influyendo en su descanso y afectando el derecho a la desconexión digital.

A pesar de que se han emitido normas que regulan el derecho a la desconexión digital no siempre es respetado este derecho. En este trabajo se realiza un análisis sobre el derecho a la desconexión digital desde una perspectiva del derecho de trabajo y su implementación en Cuba y la necesidad de su regulación.

Los métodos de investigación que fueron utilizados en esta investigación obedecen a los siguientes: Análisis-Síntesis, Deducción e Inducción, Análisis teórico-jurídico, exegético-jurídico y la técnica de investigación de Revisión de documentos y Observación participante.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo; desconexión digital y derecho al descanso.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Desarrollo.- 2.1. Generalidades de la desconexión digital.- 2.2. La desconexión digital en Cuba.- III. Consideraciones finales.- IV. Referencia Bibliográfica.

THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION, A VIEW FROM CUBA

ABSTRACT: The development of Information and Communication Technologies has led to a change in the way of working, which has led to many workers teleworking from their homes, bringing with it the extension of their working day many more hours than those agreed in their employment contract, influencing their rest and affecting the right to digital disconnection.

Although rules have been issued to regulate the right to digital disconnection, this right is not always respected. This paper analyzes the right to digital disconnection from the perspective of labor law and its implementation in Cuba and the need for its regulation.

The research methods that were used in this research obey the following: Analysis-Synthesis, Deduction and Induction, Theoretical-legal analysis, exegetical-legal and the research technique of Document Review and Participant Observation.

KEYWORDS: Telework; digital disconnection and right to rest.

¹ ID del investigador de Web of Science: GPX-9313-2022, <https://www.linkedin.com/in/yaelsy-lafita-cobas-011a4bba>

SUMMARY: I. Introduction.- II. Development.- 2.1. General aspects of digital disconnection.- 2.2. Digital disconnection in Cuba.- III. Final considerations.- IV. Bibliographical references.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización en el ámbito del trabajo de las nuevas tecnologías² se hace cada vez más evidente. La velocidad en las operaciones de procesamiento y circulación de datos, la calidad de las tareas que se ejecutan, el ahorro de tiempo, también de materiales de oficina, son favores que asisten a esa marcada tendencia y apuestan por su definitiva implantación en actividades relacionadas con el intercambio de información, textual o numérica.

Los avances que en la referida materia se experimentan en la sociedad moderna, con lugar para una forma de vida a distancia que cambia los conceptos de proximidad y lejanía en la transición a la informatización, despiertan el interés de los sujetos de las relaciones de trabajo, dígase trabajador o empleado y empleador,³ respecto a la posibilidad de optar por una peculiar forma de trabajar, que paradójicamente no siempre encuentra el debido respaldo jurídico en las normativas vigentes: el teletrabajo.

El teletrabajo es una forma más flexible de organizar el trabajo humano que, a diferencia de las tradicionales,⁴ con las que puede coexistir, permite al trabajador la realización de la actividad profesional desde un lugar distinto y distante de las instalaciones del empleador, que puede o no ser su domicilio, con la utilización de las tecnologías de la informática y las comunicaciones.

Del mismo modo el uso de las Tecnologías de las informáticas y las Comunicaciones ha supuesto en muchas ocasiones que los empleados dediquen más tiempo a realizar sus funciones fuera de la jornada legalmente aprobada y que el empleador haya invadido su privacidad, al tener que responder, llamadas telefónicas, contestar vía WhatsApp, entre otros, en su horario de descanso, no respetando el mismo, de tal manera que se precisa regular el derecho a la desconexión digital, como un nuevo derecho o como una extensión al derecho al descanso.

En Cuba a pesar de haberse emitido una norma jurídica que regula el trabajo a distancia y el teletrabajo el año 2021, no regula aspectos relacionados con el

² El término se refiere a las Tecnologías de la Información y la Comunicación, por sus siglas TICs y tiene por sinónimos en este trabajo teleinformática y telemática. *Vid.* CAPÓN FILAS, Rodolfo E., GIORLANDINI, Eduardo, *Diccionario De Derecho Social Derecho del trabajo y la seguridad social. Relación Individual de Trabajo*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1987, pp. 487-489.

³ Los términos teletrabajador, tele-empleado se refieren al primero; al segundo, empresario, patrón.

⁴Corresponde a rígidas y viejas formas de trabajar que exigen la presencia del trabajador en el centro de trabajo para el desempeño de su labor en régimen de jornada completa.

derecho a la desconexión digital, por ello en este trabajo se realiza un análisis sobre el derecho a la desconexión digital desde una perspectiva del derecho de trabajo y su implementación en Cuba.

Los métodos de investigación que fueron utilizados en esta investigación obedecen a los siguientes: Análisis-Síntesis, Deducción e Inducción, Análisis teórico-jurídico, exegético-jurídico y la técnica de investigación de Revisión de documentos y Observación participante.

II. DESARROLLO

2.1. Generalidades de la desconexión digital

El teletrabajo como forma de empleo y de organización del trabajo ha irrumpido a nivel mundial, y sus antecedentes más remotos fue cuando Jack Nilles lo utilizó como una solución ante la crisis petrolera de 1973. Desde entonces ha tenido momentos de esplendor y momentos de crisis, pero a partir de la declaración de la Covid como pandemia por la Organización Mundial de la Salud despertó especial interés en el ámbito del Derecho del Trabajo, toda vez que han sido muchos los trabajadores que han desempeñado esta forma de empleo, teniendo su domicilio como principal lugar del trabajo, siendo las mujeres las que en su mayoría se ven más compelidas a teletrabajar dada la necesidad de conciliar su vida laboral con la familiar, pero a su vez las que mayormente se han perjudicado por la carga que le corresponde llevar por ser cuidadoras por excelencia de su entorno familiar, lo que conlleva a un exceso en su jornada de trabajo.

El uso del teletrabajo conduce a un cambio de hábitos culturales que permite señalar que se están produciendo cambios culturales en el lugar de trabajo, de ellos el más importante es asumir que el lugar de trabajo ya es flexible, lo que permite desarrollar su labor en otros entornos que no es exactamente la tradicional oficina.

Es preciso definir que la movilidad laboral no significa el desplazamiento de los trabajadores hacia los lugares designados por la empresa, lo que se conoce mejor por movilidad geográfica de la persona, sino a que estos realicen sus labores fuera de los mismos, donde el control del empleador no es permanente, pero si existe una situación de dependencia de ellos, que se puede llevar a cabo a través del uso de las Tecnología de la informática y las comunicaciones, reportando beneficios tanto para el empleador como para los trabajadores, como mayor productividad, disminución de costos, ahorro en tiempo de trabajo, factores que contribuyen al auge del teletrabajo.

Algunos autores consideran que la utilización de esta forma de empleo y la flexibilidad que imprime es una negación de las conquistas laborales, otros en

cambio opinan que es una forma de afrontar el avance de las tecnologías y una tercera posición refiere que ni la primera ni la segunda son excluyente entre sí, toda vez que si bien es cierto que las relaciones laborales emergentes han reducido los derechos de los trabajadores, estas dos cosas van de la mano, porque el trabajo debe adaptarse a la flexibilidad que se ofrece, teniendo en cuenta los efectos de la globalización y el desarrollo de la revolución 4.0 con el uso intensivo de las tecnologías de la informática y las comunicaciones. Coincidiendo esta autora con esta posición.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) no ha concretado un convenio internacional sobre el teletrabajo, pero vale la pena considerar algunas de las normativas que ya han sido emitidas que guardan relación con el tema como son: El convenio 177 de 1996, sobre Trabajo a domicilio, y la Recomendación No. 84 de 2000.

Para la OIT (2016:3), el trabajo a distancia y la utilización de nuevas tecnologías conllevan cambios organizacionales, pues es una forma de organización del trabajo con las siguientes características:

- el trabajo se realiza en otro lugar que no sea la ubicación principal o el lugar de producción del empleador, de modo que el empleado no entre contacto personal con otros colegas, y
- las nuevas tecnologías facilitan la comunicación aun cuando están separados físicamente, y el teletrabajo puede realizarse “online” (directamente conectado a un ordenador) o “offline”, organizado individual o colectivamente, formando todo o parte de las funciones del empleado y es realizado por trabajadores independientes o asalariados. p. 44.

De manera similar en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de 2018 “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro” al hablar sobre el teletrabajo, se reconoció que desde finales del siglo XX, las tecnologías de la información y las comunicaciones se han desarrollado a un ritmo cada vez más acelerado. Las TICS incluyen tecnologías como teléfonos inteligentes, tabletas, computadoras portátiles y de escritorio y dispositivos para telefax. Así mismo han cambiado la forma en que se trabaja de muchas maneras y han afectado el tiempo en que se trabaja y se descansa.

Desde principios del siglo XXI, las nuevas TICS han revolucionado la vida laboral y personal. Si bien permiten a las personas mantenerse en contacto con familiares y amigos de forma remota y en cualquier momento, también las relaciones de los empleados con su lugar de trabajo, supervisores y compañeros de trabajo se han ampliado, provocando interrupciones en horarios y lugares tradicionalmente reservados a la esfera personal.

Como se expresa en el Tesauro de la OIT⁵, el teletrabajo ha sido definido como el Trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) realizado con el auxilio de equipos de telecomunicaciones y/o computadora. Es útil señalar que, si bien no es una herramienta específica para el teletrabajo, a menudo se le utiliza como fuente normativa en este campo. El convenio se aplica a todos los que trabajan desde casa.

Según el informe de Eurofond⁶ los países con mayor uso del teletrabajo son: Estados Unidos, Finlandia, Japón, Países Bajos y Suecia. En general los hombres tienen más probabilidades de teletrabajar que las mujeres, pero las mujeres trabajan desde casa con más frecuencia que los hombres. Esto sugiere, lo que el género y los patrones específicos de vida, laboral y personal influyen en la configuración del teletrabajo.

Disímiles han sido la manera en que se ha regulado el teletrabajo desde la óptica comparada, desde normas específicas hasta su inclusión en los convenios colectivos de trabajo, pero aún resultan insuficientes. Aparejado todo ello a un efecto negativo que ha traído el teletrabajo, Telework, Networking, Trabajo a distancia o Remote Working, como se le denomina indistintamente, lo que supone que el trabajador permanezca conectado todo el tiempo fuera de su horario de trabajo lo que afecta su salud, siendo las mujeres las que mayores consecuencias sufren en este sentido. Surge de esta forma un nuevo derecho para los trabajadores que teletrabajan, que no es más que el Derecho a la desconexión digital o laboral.

Aunque no existe una definición jurídica de lo que se entiende por desconexión digital, ni una referencia normativa a este derecho, si hay consenso en que la desconexión digital es el derecho de todo empleado que teletrabaje tiene a no atender a las obligaciones derivadas de su puesto de trabajo a través del teléfono, el ordenador o cualquier otro dispositivo electrónico, pero como elemento común que no se encuentre dentro de su horario de trabajo, a fin de garantizar su tiempo de descanso, así como el goce pleno de su vida personal y familiar. En este sentido, podemos preguntarnos si se debe incluir únicamente medios informáticos, o si también sería exigible una desconexión presencial o telefónica; o si esta desconexión debe ser absoluta e irrenunciable.

Al respecto Guevara Ramírez (2022), expresó: la desconexión digital “es un derecho que se enfila directamente contra una práctica abusiva ya convertida en habitual en muchas organizaciones que consiste en mantener a sus trabajadores

⁵ El Tesauro de la OIT es una compilación de más de 4000 términos relacionados con el mundo del trabajo, en inglés, francés y español, <https://www.ilo.org/inform/online-information-resources/terminology/thesaurus/lang-es/index.htm>, (visitado el 7 de julio de 2022).

⁶ 7 Eurofound y OIT: Working anytime, anywhere: The effects on the world of work («Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral» [Resumen]), Luxemburgo y Ginebra, 2017, pág. 1 [consultado el 8 de agosto de 2022].

atentos a los mensajes a su móvil o a su cuenta de correo electrónico una vez finalizada su jornada laboral, vulnerando consecuentemente su derecho al descanso”, p. 1.

Sin duda, el continuo aumento del teletrabajo a partir de la pandemia de la Covid 19, ha incrementado una multiplicidad de desafíos y una erosión jurídica respecto a la regularización del derecho a la desconexión digital dentro del teletrabajo, ya que las disposiciones normativas que existen en la actualidad son muy limitadas. La justificación del derecho al descanso es garantizar la comprensión y el conocimiento básico de las prácticas laborales adecuadas y evitar interrupciones del trabajo durante los descansos. Por lo que resulta necesario su regulación, ya que este nuevo Derecho no obedece solo al trabajo remoto, sino también está encaminado a la protección de los derechos básicos de los empleados. A su descanso, salud y para conseguir una conciliación entre la vida laboral y familiar.

En este contexto, debemos mencionar el aporte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su informe denominado “Desafíos y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe”, de julio de 2021, donde la OIT advierte las falencias del Teletrabajo, como el derecho a la desconexión digital, que pese a que existe legislación laboral que especifica que los trabajadores que laboren bajo la modalidad del teletrabajo gozarán de todos los derechos individuales y colectivos existentes para evitar vulneración a los derechos laborales. (MAURIZIO, 2021).

Es cierto que este tipo de gestión laboral dificulta la relación, porque no existe una separación física entre el trabajo y el hogar y los dispositivos tecnológicos que permiten continuar el trabajo en su esfera privada. En palabras sencillas, según el Parlamento europeo, si trabajas en remoto, trabajarás el doble de horas que si trabajaras en el trabajo presencial. Como resultado se precisa una regulación más estricta y urgente sobre los límites del tiempo de trabajo y su impacto en la conciliación de la vida laboral y personal. Sin duda, es necesario reconocer que esto tiene un impacto significativo en la generalidad de la población activa, pero el impacto en las mujeres es mayor, al tener mayores responsabilidades de cuidados, que hoy son designadas al colectivo femenino (Resolución Parlamento Europeo 21 enero 2021).

Al decir de LÓPEZ AHUMADA (2021), las trabajadoras son las principales víctimas de esta relación permanente. Esto hace que le sea muy mantenerse activa en la vida profesional y lograr un equilibrio entre su vida personal y familiar, dificultando enormemente la ejecución de su proyecto de vida por entero. Estas consecuencias se agravan si la fórmula organizativa es la del trabajo remoto, donde los límites entre ambos tiempos de vida se desdibujan, poniéndose la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo en riesgo, p. 84-85.

La configuración de este derecho debería convertirse en un distintivo de la creación de una cultura de trabajo, donde el derecho a la desconexión digital a favor de los asalariados se convierta en un baluarte positivo de la misma, y un modelo a seguir en un mundo globalizado, si se pretende, además, avanzar en igualdad de género. En la vida laboral es necesaria una verdadera igualdad entre hombres y mujeres, que permita que los derechos de las mujeres sean efectivamente reconocidos en el mercado laboral y de no hacerlo las colocaría en desventaja respecto a los hombres.

Todo lo anterior nos conduce a determinar que se requiere con urgencia una ordenación jurídica de este derecho y que cada país emita las normas que lo regulen y lo más importante, lo controlen para que tanto empleadores y trabajadores asuman los derechos, deberes y obligaciones correspondientes.

En el mismo sentido, es muy importante que el reconocimiento de este derecho se extienda también a aquellos trabajadores que por las condiciones en que ejecutan su trabajo requieren de una protección especial y que claramente afectan el empleo de las mujeres desde ópticas muy distintas. De manera que nos estamos refiriendo a trabajadores temporales, con jornadas parciales o irregulares, trabajadores atípicos, con trabajo a llamada o intermitente, en ocasiones marginales o de fin de semana, todos ellos empleos precarios, en los que el poder de resistencia a la presión empresarial que suponen los recursos tecnológicos es sustancialmente débil. Como es sobradamente sabido, la mujer ocupa desgraciadamente un lugar principal en el ámbito de la precariedad que la sitúa en una posición de clara vulnerabilidad frente a los requerimientos empresariales, siendo en extremo difícil, en defecto de reconocimiento de este derecho, invocar su efectivo ejercicio (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2021, p. 63).

De igual manera debe regularse para aquellos trabajadores que ejercen actividades profesionales altamente cualificadas o que ocupan grandes responsabilidades, que parece han de asumir una disponibilidad de 24 horas, los siete días de la semana (*employee 24/7*). la citada ampliación temporal de la jornada ilimitada conlleva a la autoexclusión silenciosa de un grupo de mujeres que no pueden y en ocasiones no quieren ocupar estos puestos de poder, reforzando así el techo de cristal de la condición de "ser mujer (Estrategia Europea 2020-2025).

La implementación del derecho a la desconexión digital pretende proteger tres aspectos principales que afectan a los empleados que teletrabajan con especial énfasis a las mujeres tal y como refiriera MOLERO MARAÑÓN, 2021, 132 y ss.) y estos son: respetar el tiempo de descanso y el tiempo de cuidados, proteger la salud física y mental y lograr el equilibrio entre la vida laboral, privada y familiar.

En cuanto al respeto del tiempo de descanso y cuidado, incide directamente en la observancia del conjunto de derechos, bienes y beneficios propios de la relación de

trabajo, que resultan nucleares en su configuración jurídica, y que se definen como derechos fundamentales protegidos por la Constitución de cada estado.

Desafortunadamente la revolución 4.0 ha eliminado las fronteras entre ocio y tiempo de trabajo, por lo que el trabajo ha invadido el ámbito personal (DE LA CAZA QUESADA, 2019, 113 y ss.).

La digitalización es uno de los factores que más incrementa las horas de trabajo fuera de la jornada laboral, que resultan invisibles, y consecuentemente, no son remuneradas. Por tanto, el derecho a la desconexión digital como uno de sus objetivos fundamentales debe asegurar que los trabajadores disfruten de su tiempo libre sin interferencias laborales, cuando terminen su horario legal o pactado de trabajo.

Tal y como refiere, PÉREZ DE LOS COBOS (2019) el propósito directo del derecho a la desconexión digital es limitar el poder empresarial en la utilización de la fuerza de trabajo, p.12-13. No se puede permitir ni considerar normal que un empleador interfiera repetidamente en el tiempo de descanso de sus empleados utilizando medios digitales, si tenemos en cuenta que los días no laborables como los domingos, los días festivos, las licencias, se emplean frecuentemente para atender a la familia, una tarea que recae principalmente en las mujeres.

Si tenemos en cuenta el mundo globalizado en el que se desenvuelve el mercado de trabajo, donde existe una gran movilidad e interconexión de los trabajadores desde diferentes áreas geográficas, con diferentes horarios, el computo de las horas de trabajo se convierten hoy en un gran reto para los empleadores, si tenemos en cuenta además que en ocasiones es el trabajador quien demanda horarios flexibles para el desempeño de sus funciones. Todo ello pone en riesgo el descanso de los trabajadores sin que en ocasiones se pueda medir el tiempo de las llamadas, el uso del WhatsApp, la terminación de un informe, todo lo que constituye un desafío para controlar o no el derecho a la desconexión. (MOLERO MARAÑÓN 2021, p.133).

El cálculo de las horas de trabajo es un aspecto clave en el contexto laboral actual, caracterizado por la globalización, la movilidad y la interacción de los empleados desde distintos lugares y zonas horarias, y se convierten en un gran reto para los empleadores, si tenemos en cuenta además que en ocasiones es el trabajador quien demanda horarios flexibles para realizar su trabajo, lo que puede comprometer su descanso, ya que a veces no se puede controlar el tiempo que dedican a las llamadas, al WhatsApp o a finalizar un informe, todo lo que constituye un desafío para controlar o no el derecho a la desconexión (Molero Marañón, 2021, p. 133).

Así mismo otro de los aspectos a valorar y que es afectado por violación del derecho a la desconexión es la protección de la salud física y mental de los trabajadores, lo que se evidencia fundamentalmente en un uso desmedido de tiempo dedicado al trabajo, que

incluye fines de semana, vacaciones, licencias, entre otros, lo que provoca una sobrecarga a sus sistema de salud tanto física como psicológica, al generar un presión constante que le provoca estrés, conduciendo al denominado tecnoestrés, que tiene efectos como la falta de sueño, ansiedad, agotamiento emocional y físico por sobrecarga cognitiva y reducción de la concentración (MELLA MÉNDEZ, 2016, p. 16 y TRUJILLO PONS, 2020, pp. 1529-1532).

De igual manera mantener la misma posición durante mucho tiempo cuando hacemos teletrabajo, puede producir trastornos musculoesqueléticos y una fatiga excesiva que puede conducir a enfermedades psicosociales, aumentando los trastornos mentales que se traducen en un aumento desmedido del uso de medicamentos. Dichos riesgos se intensifican en el caso de las mujeres, por la naturaleza de las actividades que desarrollan, por sus precarias condiciones de trabajo y por el rol de cuidadoras que provocan que el daño a su salud y bienestar se multiplique, reclamando cada vez con más intensidad la adaptación de las políticas preventivas a la dimensión de Género tal y como refieren ROMERAL HERNÁNDEZ (2021) y MOLERO MARAÑÓN (2021).

De modo general cuando existe un excesivo uso de los medios digitales y que afecta el descanso de los trabajadores perturba la salud mental y física de estos, por lo que la denominada hiperconectividad pone en riesgo conquistas sociales ya plenamente consolidadas como es el derecho al descanso, jornadas laborales de 8 horas, derecho a vacaciones anuales y aunque se considere que estos derechos se respetan por encontrarse el trabajador desempeñando su labor en su domicilio, lo cierto es que su continua interrupción por el trabajo no permite un efectivo disfrute del derecho al descanso (MOLERO MARAÑÓN, 2021, p.134).

El derecho a la desconexión digital juega un papel primordial en cuanto a la necesidad de salvaguardar el equilibrio entre la vida profesional y la vida personal y familiar, pues garantiza una protección a la intimidad personal y familiar del trabajador. El uso desmedido de mensajes, llamadas, redes sociales, Messenger, WhatsApp fuera de la jornada de trabajo, constituye una grave invasión a la privacidad. De ahí que se vea vulnerado el derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional, pues de manera constante se siente presionado y estresado en la espera de indicaciones, aún cuando ha concluido su jornada laboral, lo que impide además la atención y cuidado a sus familiares, rol preponderante que hoy asumen las mujeres en la mayoría de nuestras sociedades, lo que la pone en una situación de desventajas en relación con el sexo masculino MOLERO MARAÑÓN, 2021, pp. 136 y ss.).

En consonancia con lo anterior y como expresaran, MELLA MÉNDEZ y QUILEZ MORENO (2018) que el derecho a la desconexión se debe concebir como una garantía esencial para el adecuado ejercicio del derecho a la conciliación, pp. 2 y ss. Es necesario tener en

cuenta que, aunque el uso de las tecnologías reporta enormes beneficios puede constituirse en un enemigo potencial sino es bien administrado, pues el trabajador en su afán de permanecer fuera de los predios de la empresa considera que su uso le permite conciliar el tiempo dedicado a su vida privada, familiar y laboral sin tener en cuenta las afectaciones que la hiperconexión puede provocarle.

Realizar el trabajo mediante el teletrabajo, evita que el trabajador se desplace de un lugar a otro, le reduce el tiempo de trabajo, le permite elegir el lugar donde va a desempeñar sus funciones y el momento en que lo realizará. En fin, el trabajador es libre de decidir sobre su tiempo y de cumplimentar lo encomendado en el tiempo, lugar y espacio que más le acomode, lo que implica una mayor capacidad de elección de sus horarios, cuya trascendencia resulta más nuclear para la mujer, puesto que como indica CASAS BAAMONDE (2019), “el trabajo y la igualdad de género comienzan en el hogar”, pp. 235 y 237.

Esta forma de empleo permite al trabajador adaptar su vida familiar a los requerimientos laborales, sintiéndose libre de escoger los horarios para el cuidado de sus hijos, personas mayores o dependientes de estas, u otras necesidades familiares que requieren de sus esfuerzos. La elección de horarios dentro de su jornada, el incremento del ritmo de trabajo en determinados días, le posibilitará una mejor adecuación y conciliación entre la vida familiar, personal y profesional, si de teletrabajo se trata.

Es indiscutible que la introducción del uso de las tecnologías de la informática y las comunicaciones ha traído consigo un cambio de paradigma y de cultura que conlleva a repensar la tradicional relación de trabajo vista desde la oficina de manera permanente y que los resultados del trabajo dependan de la permanencia física del trabajador, adaptando de hecho la remuneración por el trabajo realizado y no a las horas dedicadas de manera estática en la oficina, se visualiza una realidad diferente. Lo que permite a su vez minimizar la tensión que provoca entre conciliar la vida personal, familiar y profesional, principalmente para las mujeres protagonistas fundamentales del rol familiar.

Del otro lado de la relación de trabajo se encuentra el empleador quien presenta otros intereses con el uso de las herramientas tecnológicas, pues las mismas van en función de la organización productiva, lo que provoca que al ser dueño no tenga límites con el uso y disposición de los mismos, interactuando en cualquier horario con sus empleados, sin prestar atención a los tiempos que estos dedican a la empresa, provocando alargamientos de las jornadas de trabajo diarias y una disponibilidad permanente del empleado para con su empresa. Estos efectos traen consigo consecuencias irreparables para los trabajadores, los que no todos reciben el mismo perjuicio de manera igual, sino que afectan de modo particular a las mujeres que son quienes en la actualidad llevan la

carga de la conciliación al ser las responsables directas del cuidado del hogar. (MOLERO MARAÑÓN, 2021, pp. 135 y 136)

La efectividad del derecho a la desconexión digital hay que analizarla desde dos perspectivas, desde el beneficio que reporta para los empleadores y el que reporta para los trabajadores, especialmente a las mujeres por lo que su regulación desde una perspectiva de género es fundamental. La hiperconexión afecta a aquellas mujeres de manera particular que asumen en el domicilio las responsabilidades familiares, como cuidadoras de niños, ancianos u otras personas dependientes de estas; máxime si se trata de familias monoparentales. Su incumplimiento puede producir situaciones de estrés constante, lo que afectaría la salud física y mental de las mujeres, lo que conduce inevitablemente a que peligre su posibilidad de acceder o de mantenerse en el mercado laboral, puesto que se encontraría en franca desventaja en relación a los hombres que no asumen estas responsabilidades. (MOLERO MARAÑÓN, 2021, pp. 135 y 136)

De igual manera mantener su rol como cuidadoras del hogar, influye negativamente en el cambio de mentalidad y cultura en relación a los hombres, pues impide que haya una transformación en corresponsabilidad en las tareas del cuidado y domésticas, presupuesto inexcusable para el avance de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo.

Otro aspecto fundamental al analizar la instrumentación jurídica del derecho a la desconexión digital, está basado en la necesidad de un reconocimiento expreso en las normas, de vías de tutelas eficaces y eficientes que permitan aplicar medidas ante la violación de este y que no vaya en detrimento de los derechos de los trabajadores y trabajadoras y que no provoque consecuencias negativas para estos, ni se constituya en un motivo para ser sancionado laboralmente.

Así mismo su ejecución no puede estar condicionado al ejercicio de determinada profesión o provocar pérdida en su remuneración, pues como ha dicho el Parlamento Europeo, “el derecho a la desconexión debe permitir al trabajador apagar las herramientas de trabajo y no responder a las solicitudes de los empleadores fuera del horario de trabajo, sin riesgo de posibles consecuencias adversas, como el despido u otras represalias”. (MOLERO MARAÑÓN, 2021, p. 137).

2.2. La desconexión digital en Cuba

A partir del año 2019 con la aparición de la Covid en el mundo y tras ser declarado como Pandemia, Cuba incrementó como una medida de protección la utilización del teletrabajo como una modalidad de empleo, sumado a ello el empleo de las tecnologías de las Informáticas y las Comunicaciones que son los medios que les permite teletrabajar al trabajador llámese, computadoras, tablets, laptod, teléfonos celulares, entre otros.

De esta manera gran número de trabajadores pasó a desempeñar esta forma de empleo y la mayoría de ellos son mujeres, encontrando asidero jurídico el contrato de trabajo a formalizar inicialmente solamente en el artículo 24 de la Ley No.116 Código de Trabajo del 20 de diciembre del 2013, que establece el contenido de los contratos de trabajo, en el inciso “e) se prevé que se acuerda el lugar de trabajo, el que puede ser el domicilio del trabajador”, sin que hasta el momento existiera otra normas que protegiera al trabajador, como los riesgos de seguridad y salud, derecho a la privacidad y consecuentemente el derecho al descanso al desempeñar sus funciones desde el hogar y con medios informáticos y en cualquier horario, estando obligado además a responder llamadas, correos, reuniones y visitas del empleador cuando esto lo determine. Atentando por ende contra los derechos laborales fundamentales de los trabajadores como es el derecho al descanso.

La modificación de las condiciones iniciales del contrato de trabajo se formaliza mediante suplemento, donde se acuerda la periodicidad para la entrega del trabajo y otras cuestiones de interés, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 del Código de Trabajo.

Sin embargo, al ir incrementándose el uso del teletrabajo en Cuba se hacía necesaria la existencia de una norma jurídica que regulara esta forma de empleo y protegiera derechos desde una nueva óptica como lo es el derecho a la desconexión digital, de tal manera que se publica la Resolución 71 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en agosto de 2021 contentiva del “Reglamento sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo”.

Esta norma incorpora una definición del teletrabajo precisando que se constituye como una organización del trabajo, donde no se requiere la presencia física del trabajador en el centro de trabajo⁷, y se realiza el mismo a través de los medios que ofrece las Tecnologías de las Informáticas y las Comunicaciones.

En cuanto al uso de medios de la informática y las comunicaciones, la norma cubana no precisa cuáles son todos los medios a utilizar, definiendo solo el uso de tres de ellos 3: el correo electrónico, redes sociales, mensajería instantánea y otros mecanismos de comunicación que garantiza el empleador el control. Sin embargo, el Decreto Ley No. 370 de 2019 “Sobre la Informatización de la sociedad cubana”, en su artículo 3 define que:

se denominan Tecnologías de la Información y la Comunicación, en lo adelante TIC, al conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas y aplicaciones informáticas, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento,

⁷ Se sustituye centro de trabajo por lugar de trabajo, cualquiera que sea el lugar donde se realice la labor por el trabajador.

almacenamiento, transmisión y recepción de información en cualquier formato: voz, datos, texto, video e imágenes.

De igual manera el teletrabajo podrá ser utilizado tanto en el sector público como en el sector privado y define que la formalización de la relación se realizará mediante un contrato de trabajo o suplemento contractual según determine el empleador, incluyendo varios aspectos como son organización del trabajo, forma y manera en que se controlará el trabajo, especificaciones de calidad, entre otros. Sin embargo, no se dispone la obligatoriedad de determinar las herramientas tecnológicas que utilizará el teletrabajador, pues si bien estas pueden ser entregadas por el empleador, también puede ser de propiedad personal del teletrabajador.

En igual sentido la norma adolece de la inclusión de los principios sobre el que se construye el régimen jurídico laboral del teletrabajo en Cuba como son el derecho a la igualdad y no discriminación, reversibilidad y voluntariedad⁸.

Otro aspecto a analizar es precisamente el derecho al descanso de los trabajadores que teletrabajan y que se constituyen en un riesgo laboral, siendo criterio de muchos empresarios que el trabajador en esta modalidad de trabajo no necesita vacaciones pues está en su casa. La vivencia práctica de esta autora en diferentes empresas tras revisión de contratos de trabajo, evidencia las particularidades antes mencionadas, viéndose afectadas fundamentalmente las mujeres por el rol que le desempeñan de cuidadoras de la familia y aquellos trabajadores que en el sector público ocupan cargos de dirección, quienes no tienen horarios para descanso y se les obliga a responder los teléfonos y correos en cualquier horario, día y lugar sin importar que coincida con su descanso o no.

La norma vigente en Cuba ha sido escueta en cuanto a regular el derecho al descanso y por ende a la desconexión digital pues se restringió a establecer en su artículo 10 inciso g) que se deben regular los términos para la entrega del resultado del trabajo, de manera que las tareas planificadas no obstaculicen el tiempo de descanso del trabajador, limitándose solo a reconocer el derecho al descanso en sí. Por tanto, dependerá de las partes individualizar este derecho en dependencia de cada actividad a realizar.

No existe en el país estudios multidisciplinarios que permitan establecer propuestas en cuanto a la protección del derecho a la desconexión digital de manera que este no afecte el descanso de los trabajadores que teletrabajen por tratarse de algo novedoso

⁸ El principio de voluntariedad se erige de gran importancia pues el trabajador cambia su lugar de trabajo lo que puede quedar al arbitrio del empleador, siendo imprescindible que el de su consentimiento, véase el artículo 9, inciso b) de la Resolución 71 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2021, Cuba, donde se establece que para que surta efectos legales el contrato o suplemento que se firme debe existir acuerdo entre las partes.

que apenas comienza en Cuba, se requiere de criterios desde las ciencias jurídicas, económicas, psicológicas, ergonómicas entre otras que permitan dar una solución a esta temática.

Es criterio de esta autora que bien pudieran quedar establecidos en los Convenios Colectivos aspectos relacionados con el derecho a la desconexión digital, pero se requiere de un fortalecimiento de esta institución jurídica en Cuba, pues es conocido por todos que la misma se ha convertido en un instrumento poco utilizado y medianamente negociados entre empleadores y sindicatos, donde más bien se plasman cuestiones formales que ya vienen explícitamente determinadas en ley, sobre todo en el sector público donde es obligatorio su uso, sin embargo habría que trabajar para su inclusión en el sector privado pues a pesar de que es reconocido su utilización en el mismo, la realidad demuestra que muy pocos trabajadores están sindicalizados y tanto empleadores como trabajadores del sector privado no les interesa la firma de estos.

Al decir de LAFITA COBAS (2018):

La percepción que tienen los trabajadores empleados por personas naturales de la necesidad de reconocimiento y protección de sus derechos laborales está influenciada por las condiciones en que se desarrolla la economía cubana. Existen diferencias materiales entre trabajadores de los sectores estatal y no estatal en torno a la cuantía del salario, así como a las mejoras de condiciones materiales de trabajo (...).

Las circunstancias aludidas supra, favorecen el desinterés que muestran esos trabajadores por sus derechos, los que se refleja en las preocupaciones que muestran en los foros sindicales observados, al plantear fundamentalmente problemas relacionados con materias primas, pagos de impuestos, condiciones de los locales donde se concentran, pero pocas de índole laboral⁹. Resalta entonces, la necesidad de considerar en el contenido del convenio que se requiere para los trabajadores empleados en el sector privado, aquellos derechos que deberán ser protegidos en la relación colectiva de trabajo, de modo que una vez pactados trasciendan a la relación individual de trabajo.

La realidad de los espacios de gestión no estatal no se corresponde, ni en estructura, función, e intereses, a las lógicas estructurales de una economía

⁹ Estas preocupaciones fueron constatadas por esta investigadora en los foros sindicales realizados en la provincia de Santiago de Cuba en el año 2016, a través de entrevista realizada a Rodolfo Jiménez Polanco, funcionario de la CTC nacional, Rafael Simón Padró, funcionario de la CTC en la provincia de Santiago de Cuba, ambos atienden el sector no estatal, así como con Jesús Otamendiz Campo, Director de Empleo del Ministerio de trabajo y Seguridad Social, Donny Ernesto Hernández Morales, Jefe del departamento de Empleo no estatal del Ministerio de trabajo y Seguridad Social y Olga Lidi Alapón Travieso, Especialista de la Dirección Jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

estatal socialista, aunque se reconozca su participación en el entramado socioproductivo nacional. Si tenemos en cuenta que el empleador es el dueño de los medios de producción y de los frutos de su trabajo, por lo que no son los mismos intereses que los del sector estatal y que la estructura y función de la CTC han respondido a la hegemonía del modelo estatal de gestión y organización del trabajo.

Al tener estas características se requiere reforzar la protección de los derechos de estos trabajadores y es precisamente a través del sindicato que se logra tal propósito, al ser ellos los que representan a los mismos y defiende sus derechos. pp. 690 y 693.

Es preciso tener en cuenta que la aparición de del teletrabajo no responde solo a la pandemia por la Covid 2019 sino a una revolución que ya se aproxima a la 5.0 en el uso de las Tecnología de la Informáticas y las Comunicaciones y por ende nos obliga a adoptar medidas urgentes en cuanto a la protección de los derechos laborales de los trabajadores en especial el derecho al descanso y a la desconexión digital, y donde se regule que los teletrabajadores no deban responder a llamadas telefónicas, WhatsApp, video llamadas, etc fuera de sus horarios de trabajo legalmente aprobados.

III. CONSIDERACIONES FINALES

De esta forma se ha realizado un análisis de manera general sobre el teletrabajo a nivel internacional y en particular en Cuba, haciéndose énfasis en la protección del derecho a la desconexión digital; si bien es cierto que Cuba emitió una norma jurídica que regula el teletrabajo, adoleció en su contenido de la protección a la desconexión digital, requiriendo de estudios multidisciplinarios que permitan la incorporación rápida y eficiente de la protección de este derecho y la implementación de una norma sistémica construida desde los principios y valores que permitan interpretar y proteger los derechos los teletrabajadores. Así mismo se requiere potenciar el uso de los convenios colectivos tanto en el sector público como en el privado para proteger este derecho.

Es preciso tener en cuenta que el teletrabajo en Cuba deberá responder a las condiciones reales en la que se encuentra la sociedad cubana actual y surge romper barreras subjetivas que impiden una protección efectiva del derecho a la desconexión digital, como son modificar los estilos de dirección y control de aquellos empleadores que aún consideran que los trabajadores son más productivos cuanto más tiempo permanecen en la oficina y que los mismos están obligados a responderle en cualquier momento y lugar, aunque esto implique violaciones en su horario de descanso. De tal manera que este derecho, abarque la tutela al descanso de los trabajadores y se le

norme una jornada limitada, se le inscriba en su contrato y con ello se respete sus horarios tanto los laborales como los de descansos, trayendo como resultado que éste se desconecte de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, para disminuir y hasta impedir su conexión.

Es indiscutible que, si no existe una tutela judicial y administrativa adecuada, que impida las prácticas tradicionales de la permanencia constante del trabajador en la oficina, bajo la supervisión directa del empleador, todo aquel trabajador que defienda dicho derecho contrario a los que no lo ejercen de forma voluntaria tendrán que soportar ciertas desventajas en el desarrollo de su carrera profesional e inclusive penalizaciones más graves como sanciones; esto se resume a la necesidad de normas claras que regulen dicho derecho en cuanto al control de privilegios o consecuencias negativas para los trabajadores en su posición con respecto a la desconexión digital.

IV. BIBLIOGRAFÍAS CITADAS

Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, Las cuestiones de género en relación con la seguridad y salud en el trabajo disponible en: <https://osha.europa.eu/es/publications/report-gender-issues-safety-and-health-work/view>.

CASAS BAAMONDE, MARÍA E. (2019), "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de relaciones laborales* (2019), núm. 3.

DE LA CASA QUESADA, S. (2019), "Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF).

GUEVARA RAMÍREZ, L. (2022), "La desconexión digital, necesidad de su protección", *noticias Cielo* Núm. 2.

LAFITA COBAS, Y. (2018). El convenio colectivo de trabajo un instrumento necesario para las pymes en Cuba. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (51), 675-699.

Ley N° 116 de 20 de diciembre de 2013, Código de Trabajo.

LÓPEZ AHUMADA, J.E. (2021), "Trabajo en remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria", *Revista de Estudios Latinoamericanos*; núm. 11.

MELLA MÉNDEZ, L. (2016), "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores", *Trabajo y Derecho*, núm. 16.

MOLERO MARAÑÓN, M. L (2021), "El derecho a la desconexión digital en el marco de la Unión Europea con Especial Atención a la Igualdad de género", *Derecho Laboral vLex*, Núm. 84.

NILLES. J. M. (1976), *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow*, John Wiley & Sons.

OIT (2018). *Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión.

OIT (2016): *Tendencias Mundiales del Empleo*, Ginebra, 2014, citado en OIT: *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, Shaping Responses*, Ginebra, 2016.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2019), "Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador", *Trabajo y Derecho*, núm. 59.

QUILEZ MORENO, J.Mª. (2018), "Conciliación laboral en el mundo de las TICs. Desconectando digitalmente", *Revista General Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Núm. 51.

Resolución No. 71 (2021) del Ministerio de Trabajo y la Seguridad Social, *Gaceta Oficial Extraordinaria No. 72*, Cuba

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2021), "Implicaciones jurídico-laborales de la desregulación horaria y espacial en la industria 4.0", *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección social*, núm. 11.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J. (2021), "Prevención de riesgos laborales y mujer: trabajo en sectores feminizados", en AA.VV. (Molero Marañón, M.ª, Dir.), *Ser Mujer en el Mercado de Trabajo: Dificultades, oportunidades y retos*, Aranzadi Thomsom Reuters, España.

TRUJILLO PONS, F. (2020), "La conectividad constante del "trabajo en remoto" desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho de Relaciones Laborales*, núm. 11.