

THAIS GUERRERO PADRÓN
Directora

DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. ASPECTOS CRÍTICOS DE SU REGULACIÓN

Autorías:

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO
ALBERTO AYALA SÁNCHEZ
SANTOS MANUEL CAVERO LÓPEZ
M^a ALEXANDRA DÍAZ MORDILLO
DULCE ELICHE MORAL
JOSÉ BLAS FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
THAIS GUERRERO PADRÓN
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

RAMÓN LÓPEZ FUENTES
M^a DEL CARMEN PÉREZ SIBÓN
M^a ISABEL RIBES MORENO
JOSÉ ALBERTO RIVAS MORENO
JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA
MARÍA SALAS PORRAS
FRANCISCO VIGO SERRALVO

Editorial

JOSE MIGUEL ORTIZ ORTIZ
DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

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

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

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

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

CARMEN SÁEZ LARA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Consejo Colección Trabajos de Investigación

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
DIRECTORA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

MARÍA DEL CARMEN SALCEDO BELTRÁN
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

Dirección:
THAIS GUERRERO PADRÓN

DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. ASPECTOS CRÍTICOS DE SU REGULACIÓN

Autorías:

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO
ALBERTO AYALA SÁNCHEZ
SANTOS MANUEL CAVERO LÓPEZ
M^a ALEXANDRA DÍAZ MORDILLO
DULCE ELICHE MORAL
JOSÉ BLAS FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
THAIS GUERRERO PADRÓN
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

RAMÓN LÓPEZ FUENTES
M^a DEL CARMEN PÉREZ SIBÓN
M^a ISABEL RIBES MORENO
JOSÉ ALBERTO RIVAS MORENO
JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA
MARÍA SALAS PORRAS
FRANCISCO VIGO SERRALVO

Proyecto de Investigación "La tutela de los derechos laborales"
(SEJ-501) de la Universidad de Cádiz

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición, © Ediciones Laborum S.L., 2024

ISBN: 978-84-19145-99-4



Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el autor/a en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada (BY-NC-ND) : El material puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas.

*Sobre el mar luminoso y sonriente,
tu volumen preciso y encalado:
Sin oscuras leyendas del pasado.
¡Todo, como la luz, puro y presente!*

Cádiz desde la Bahía, JOSÉ MARÍA PEMÁN Y PEMARTÍN

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	13
<i>Thais Guerrero Padrón</i>	
ASPECTOS CRÍTICOS DE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: EN BÚSQUEDA DE LA CAUSA JUSTA	15
<i>Santos Manuel Cavero López</i>	
I. Introducción.....	15
II. El despido disciplinario como extintor de la relación laboral.....	18
III. El despido disciplinario en las relaciones laborales especiales	21
IV. El concepto de justa causa.....	22
V. La justa causa en el despido disciplinario.....	24
VI. Conclusiones	30
VII. Bibliografía.....	31
LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO POR ENFERMEDAD TRAS LA LEY 15/2022: UNA CUESTIÓN CONTROVERTIDA	33
<i>Antonio Álvarez del Cuvillo</i>	
I. Introducción.....	34
II. La dimensión grupal del concepto de discriminación	34
III. Las batallas judiciales para conseguir la nulidad del despido por incapacidad temporal	39
IV. Los posibles efectos de la inclusión de la enfermedad en la Ley 15/2022	46
V. Propuesta final: estrategias para construir supuestos de discriminación grupal por enfermedad.....	57
VI. Bibliografía	61
LA INFLUENCIA DE LA REFORMA LABORAL EN LAS PYMES.....	63
<i>José Blas Fernández Sánchez</i>	
EL FENÓMENO RIDER: ACTUACIONES INSPECTORAS Y MODIFICACIONES NORMATIVAS FRENTE A LAS FÓRMULAS DE EVASIÓN DEL ORDEN SOCIAL	67
<i>José Alberto Rivas Moreno</i>	
I. Origen del conflicto: Inspección de Trabajo versus plataformas digitales de reparto	68
1. Primer pronunciamiento judicial: laboralidad de un <i>rider</i>	70

2. La pionera acta de liquidación de cuotas y confirmación judicial.....	71
3. La esperada sentencia del Tribunal Supremo.....	72
II. Reacción legislativa: modificaciones normativas entre 2021 y 2023.....	74
1. «Ley Rider».....	74
2. «Ley penal Glovo».....	75
3. Supresión del procedimiento de oficio.....	77
III. Próxima directiva de la Unión Europea de plataformas digitales. Posición española.....	79
IV. Evolución y estado actual del conflicto. Nuevas fórmulas de evasión de la laboralidad.....	82
1. Secuelas tras los cambios normativos.....	82
2. Resiliencia de las plataformas de <i>delivery</i>	86
V. Conclusiones.....	88
VI. Bibliografía.....	91

ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN LOS MENORES-INFRACTORES 93

Alberto Ayala Sánchez

I. Consideraciones preliminares.....	94
II. Conceptos generales.....	95
1. Ideas previas.....	95
2. Los menores-infractores: una aproximación conceptual.....	96
3. La libertad ambulatoria de los menores-infractores y su incidencia en las políticas activas de empleo y en el desempeño de su actividad laboral.....	99
III. Colectivos de atención prioritaria: los menores-infractores.....	101
1. Nociones preliminares.....	101
2. Los menores-infractores como colectivo inespecífico de atención prioritaria.....	104
IV. Política activa de empleo específica para los menores-infractores como colectivo inespecífico.....	107
1. Notas preliminares.....	107
2. Apuntes sobre las políticas activas de empleo dirigidas a los menores-infractores.....	109
2.1. Desarrollo de actividad laboral productiva y políticas activas de empleo.....	110
2.2. Políticas de empleo dirigidas al menor-infractor desempleado.....	113
V. Conclusiones.....	114
VI. Bibliografía.....	117

TRANSICIONES VERDES: ¿OPORTUNIDADES Y RETOS EN MATERIA DE EMPLEO? 121

Ramón López Fuentes

I. Justificación de la materia.....	122
II. La transición tecnológica, digital y ecológica como elementos a considerar en la Negociación colectiva según el VAENC.....	123

III. La importancia del momento en el que se suscribe el V Acuerdo y la necesidad de apostar por el cambio como instrumento de crecimiento en la calidad y cantidad de Empleo.....	126
IV. Múltiple referencia al concepto de transición justa.....	128
V. Posibles efectos sobre el empleo: especial atención a la denominada Revolución Verde-Azul.....	131
VI. Impacto de los cambios necesarios para adaptar las transiciones: especial repercusión en el sistema de protección social.....	134
VII. Conclusiones sobre un horizonte no tan lejano.....	136
VIII. Bibliografía.....	137

ACUERDOS DE TRANSICIÓN JUSTA Y DESCARBONIZACIÓN EN SECTORES SOMETIDOS A REESTRUCTURACIÓN INDUSTRIAL. PRIMERAS APROXIMACIONES DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-LABORAL..... 139

María Salas Porras

I. Introducción.....	140
II. La oportunidad del sub-proyecto “Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital”.....	140
III. Marco jurídico-normativo de la descarbonización. La transición justa como objetivo compartido.....	142
1. La idea de transición justa en los compromisos internacionales. La vulnerabilidad como clave indescifrada.....	143
2. La Estrategia comunitaria para la transición justa.....	147
3. Materialización por España de las previsiones internacionales y europeas....	149
3.1. El contenido socio-laboral de la Estrategia española. Fortalezas y debilidades.....	150
3.2. Los Convenios de Transición Justa.....	152
3.3. Otras acciones estatales tendentes a la consecución de la Transición energética justa.....	155
3.4. La contribución autonómica a la transición energética justa.....	161
IV. Conclusiones.....	163
V. Bibliografía.....	164

LEY 31/1995 DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: LA IMPERIOSA NECESIDAD DE UNA REFORMA ACORDE A LAS RELACIONES LABORALES ACTUALES..... 167

Juan María Roldán Conesa

I. Planteamiento Introdutorio.....	168
II. Breve reseña sobre la evolución histórica de la prevención de riesgos laborales	169
III. Marco normativo de la prevención de riesgos laborales.....	173
1. La necesidad de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.....	173
2. El difuso ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.....	175
3. Ley 54/2003, de 12 de diciembre. La importante reforma del marco normativo de la LPRL.....	176

4. Otras fuentes referidas a la prevención de riesgos laborales y el profuso desarrollo reglamentario de la LPRL.....	178
IV. El superficial tratamiento de relevantes cuestiones de la LPRL.....	181
V. La necesidad de actualización de la normativa de seguridad y salud.....	183
1. Las nuevas formas de trabajo a distancia	183
2. Nuevos riesgos psicosociales.....	184
VI. Conclusiones.....	185
VII. Bibliografía.....	186

LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN DE LA FATIGA INFORMÁTICA Y OTROS RIESGOS PSICOSOCIALES ASOCIADOS..... 189

María Teresa Igartua Miró

I. Introducción.....	189
II. Breve aproximación al derecho a la desconexión digital ex art. 88 LOPD.....	190
1. Rasgos básicos de la regulación legal	190
2. El contenido del derecho a la desconexión digital	192
3. Valoración crítica.....	194
III. La Desconexión digital como medida preventiva para la garantía de la seguridad y salud en el trabajo	195
1. Consideraciones preliminares.....	195
2. La fatiga informática y otros riesgos psicosociales asociados.....	198
3. La obligación empresarial de establecer una política interna.....	200
IV. La desconexión digital en la negociación colectiva	201
1. El papel de la negociación colectiva en la LOPD, la LTD y el AENC 2023.....	201
2. Derecho-deber, excepciones y obligaciones de formación preventiva	203
3. Balance del estado de la práctica convencional	206
V. Decálogo de recomendaciones y buenas prácticas	212
VI. Bibliografía	214

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR..... 219

Dulce Eliche Moral

I. El Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar	219
II. La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar	224
III. La exclusión de las personas trabajadoras de la relación laboral especial del trabajo doméstico del ámbito de aplicación de la LPRL	225
IV. La responsabilidad del empleador en materia de riesgos laborales en la relación laboral especial del trabajo doméstico.....	229
V. La inclusión de los trabajadores domésticos en el ámbito de aplicación de la LPRL	231
VI. La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores domésticos en el Convenio número 189 de la OIT y en la Recomendación número 201 de la OIT	234
VII. Medidas preventivas que se pueden aplicar a las personas trabajadoras empleadas del hogar tras su inclusión en el ámbito de aplicación de la LPRL	236

VIII. Conclusiones.....	238
IX. Bibliografía	239
¿PAREJAS DE HECHO O DE DERECHO? AVANCES Y DESAFÍOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL	241
<i>M^a Isabel Ribes Moreno</i>	
I. Introducción.....	241
II. Una aproximación estadística a las uniones de hecho	243
III. Las parejas de hecho: una equiparación ¿necesaria?	245
IV. Las parejas de hecho en el ámbito laboral, una igualdad con diferencias de calado	249
1. El reconocimiento de las parejas de hecho en el marco del Estatuto de los Trabajadores.....	249
2. Parejas de hecho y sus particularidades respecto de las prestaciones de Seguridad Social.....	254
V. Conclusiones	264
VI. Bibliografía	265
DINÁMICA Y CONTROVERSIA DE LA COBERTURA DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	267
<i>Thais Guerrero Padrón</i>	
I. Introducción.....	268
II. Una protección de seguridad social diseñada para trabajadores a tiempo completo	269
III. Los estragos de la estricta proporcionalidad.....	271
1. La duración de la prestación por desempleo	273
IV. Base de cotización	276
V. Cómputo de los períodos de cotización	278
1. Las horas o días efectivamente trabajados.....	278
2. Los días teóricos de cotización.....	279
3. El coeficiente multiplicador 1,5	280
4. El coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad	283
VI. Cálculo de la base reguladora en las pensiones.....	285
1. Vulneración del principio de igualdad ante la ley	287
2. Discriminación indirecta por razón de sexo.....	288
VII. La equiparación de los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo.....	290
VIII. Complementos para pensiones inferiores a la mínima	291
IX. Conclusión.....	292
X. Bibliografía.....	293
CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PROFESIONAL-CONTRIBUTIVO. UNA REFLEXIÓN A TRAVÉS DEL ACUERDO DE ACTIVIDAD DE LA LEY 3/2023 DE EMPLEO	295
<i>Francisco Vigo Serralvo</i>	
I. Introducción.....	296

II. El deber de trabajar como base constitucional de la Seguridad Social profesionalizada.....	297
III. La Seguridad Social como limitación al alcance del deber de trabajar	305
IV. El deber de trabajar en la protección social por desempleo	308
V. El acuerdo de actividad y la colocación adecuada tras la Ley 3/2023 de Empleo.....	312
VI. El régimen jurídico del Ingreso Mínimo Vital ¿Una inadvertida quiebra del deber constitucional de trabajar?	314
VII. Bibliografía.....	317

SISTEMA ESPECIAL DEL HOGAR, ¿SE HA CONSEGUIDO LA PLENA EQUIPARACIÓN CON EL RESTO DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN GENERAL?..... 321

M^a Alexandra Díaz Mordillo

I. Año 2012: De cómo un Régimen Especial se convierte en Sistema Especial	322
II. ¿Qué personas trabajadoras se encuentran incluidas en el Sistema Especial?	328
III. La cotización en el Sistema Especial de personas Empleadas del hogar	329
IV. Particularidades de la acción protectora	331
1. Integración de lagunas	331
2. La protección por contingencias profesionales.....	333
3. La responsabilidad en orden a las prestaciones por contingencias comunes.....	335
4. El subsidio de incapacidad temporal en el Sistema Especial de personas trabajadoras del Hogar	335
5. El acceso a la pensión de jubilación	337
V. La protección por desempleo.....	338
1. Un colectivo excluido históricamente.....	338
2. El trabajo doméstico transfronterizo	340
VI. A modo de conclusión	342
VII. Bibliografía.....	343

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL RECARGO DE PRESTACIONES. DIFICULTADES PRÁCTICAS PARA SU DETERMINACIÓN 347

M^a del Carmen Pérez Sibón

I. Introducción.....	347
II. Compañías aseguradoras	350
III. Pluralidad de empresarios en un mismo centro.....	350
IV. Subcontratación.....	351
1. Hitos jurisprudenciales en la evolución de los criterios en esta materia.....	352
2. Cuestiones procesales. Carga de la prueba.....	356
V. Sucesión de empresas.....	357
1. Regulación	357
2. Distinción entre deudas, prestaciones generadas y prestaciones causadas.....	358
3. Naturaleza del recargo.....	358
VI. Empresas de trabajo temporal	362
VII. Servicios de prevención externos	363
VIII. Intervención de terceros en el siniestro. Culpa “in vigilando” y responsabilidad vicaria en el recargo de prestaciones.....	365
IX. Bibliografía	367

PRESENTACIÓN

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Cádiz por facilitar la celebración del Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en su sede de la capital gaditana los días 10 y 11 de julio de 2023 y asumir la financiación de esta obra colectiva, que ha sido capaz de reunir bajo un título tan sugerente como *DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: ASPECTOS CRÍTICOS DE SU REGULACION*, a profesionales, profesores e investigadores de la rama social del Derecho de diversa procedencia e instituciones.

Incalculable a priori el alcance y contenido de las exposiciones científicas, era previsible una acumulación singular, extensa y variada de ponencias y comunicaciones, dados los términos de la convocatoria y, sobre todo, la generosa acogida de todos los partícipes dispuestos a compartir los frutos de sus investigaciones recientes, aportando novedosos aspectos, angulares e incluso periféricos de las cuestiones tratadas. La celebración del Congreso pudo evidenciar, de forma notable y exitosa, su desarrollo.

Dada la formulación y planteamiento de los temas sugeridos por los ponentes, caracterizados por la plena autonomía y escasa o nula conexión entre los mismos, como se constata, -objetivo que tampoco se perseguía-, una referencia prologable de sus resultados, individualmente analizados, resulta complicada y poco o nada útil para informar sobre una valoración de conjunto, debido a su heterogeneidad, en todo caso, conceptualmente siempre atractiva, oportuna y con una hechura técnica y jurídica intachable.

De tal grado resulta de esta guisa que, se entiende particularmente tedioso y complejo efectuar una relación o prelación de las intervenciones que obedezca a alguna regla clásica de sistematicidad, orden o contenido. El comprensivo lector captará estas incidencias, entendibles como servidumbres propias de su interesante diversidad.

En consecuencia, esta presentación sólo persigue dar cabida y tránsito a todo el esfuerzo realizado por los compañeros Santos-Manuel Caveró López, Antonio Álvarez del Cuviello, José Blas Fernández Sánchez, José Alberto Rivas Moreno, Alberto Ayala Sánchez, Ramón López Fuentes, María Salas Porras, Juan María Roldán Conesa, María Teresa Igartua Miró, Dulce Eliche Moral, María Isabel Ribes Moreno, Francisco Vigo Serralvo, Alexandra Díaz Mordillo y María del Carmen Pérez Sibón, dejando constancia de nuestro agradecimiento y felicitación, con la convicción de que muchos de los comentarios y estudios elaborados, incisivos y coherentes, configurarán mañana la base de una remodelación de zonas importantes del Derecho y, acaso, fuente de otros estudios jurídicos de relevancia formal.

Para terminar, nuestro especial agradecimiento a la editorial Laborum S.L. por su grata cordialidad, la confianza depositada y permitirnos la difusión en abierto de esta obra colectiva.

THAIS GUERRERO PADRÓN

En Cádiz, a 8 de enero de 2024

ASPECTOS CRÍTICOS DE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: EN BÚSQUEDA DE LA CAUSA JUSTA

SANTOS MANUEL CAVERO LÓPEZ

*Profesor Asociado
Universidad Complutense de Madrid*

Resumen:

El despido disciplinario y la causística que lo justifica, dentro de la necesaria seguridad jurídica, constituyen una materia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en permanente necesidad de estudio, revisión y actualidad, por sus trascendentes efectos jurídicos, sociales y laborales. Esta situación de diversidad de situaciones se antoja crítica por la existencia de una variada y específica regulación normativa, a su vez afectada por el sentido e interpretación que realiza tanto la jurisprudencia como la diversa corriente doctrinal. El trabajo analiza la caracterización general del despido disciplinario y su cuadro general de causas, identificando la causa justa de despido disciplinario y las circunstancias en que ésta tiene lugar.

Palabras clave:

Causa justa; culpabilidad; despido disciplinario; extinción de contrato; incumplimiento contractual

I. Introducción

La extinción del contrato de trabajo y la finalización de la relación laboral entre empleado y empleador, además de la innegable incidencia que produce en el ámbito de la empresa y los efectos que sobre ésta y el trabajador afectado suponen, constituye un tema principal de debate en diversos ámbitos que van más allá del puramente jurídico, al alcanzar una dimensión social, cultural, política, económica y, por supuesto, académica, al tratarse de una terminación de contrato de trabajo que pone fin, salvo por la existencia de posibles pactos de no concurrencia

existentes, a la finalización de las obligaciones con carácter permanente para empresario y trabajador.

En este sentido, el tratamiento jurídico de la modalidad de extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario característico del despido del empleado, entendido como negocio jurídico unilateral, constitutivo y recepticio por el que los empresarios extinguen los contratos de trabajo, debe ser analizado tanto desde el enfoque enmarcado en la legislación laboral común como desde el que tiene lugar dentro del marco regulatorio de las relaciones laborales especiales, que considere las distintas causas que lo justifican, materia de indudable relevancia y actualidad.

Así, el despido disciplinario, aunque regulado de manera directa por el Estatuto de los Trabajadores y el resto de las disposiciones legales y convenios colectivos que con carácter general conforman el Derecho del Trabajo, debe completarse con la regulación específica de las relaciones laborales especiales identificadas en el art. 2.1 del Estatuto de los Trabajadores y que también conforman el derecho laboral: la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c); la del servicio del hogar familiar; la de los penados en las instituciones penitenciarias; la de los deportistas profesionales; 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; la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas; la de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo; la de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal; la de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud; la de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos; y la de cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley.

Al mismo tiempo, la realidad de como se resuelve el despido disciplinario en las instancias judiciales, ya sea en sentencias o en resoluciones de conciliación laboral, pone en cuestionamiento la eficacia y eficiencia de los despidos disciplinarios llevados a cabo por las empresas: la mayoría de las decisiones de despido disciplinario finalizan en sentencias favorables al trabajador, ya sea de manera parcial o total, lo que redundaría en una práctica incompleta por parte de las empresas a la hora de ejecutar esta medida disciplinaria. La siguiente tabla así lo muestra:

Tabla 1. *Asuntos judiciales sociales. Despidos*

	2021	2020	2019
Total de asuntos resueltos	399.849	282.153	339.108
Total de despidos resueltos	135.361	106.654	108.698
Despidos resueltos por sentencias	38.197	29.275	32.594
Sentencias favorables al trabajador	30.652 (80,25%)	23.712 (81,00%)	26.044 (79,90%)
Sentencias favorables a la empresa	7.545 (19,75%)	5.563 (19,00%)	6.550 (20,10%)
Despidos resueltos por conciliación	62.578	71.759	82.541
Núm. trabajadores afectados	148.372	115.575	117.750
Cantidades totales	914.812.400 €	753.424.700 €	852.264.000 €
Cuantía media por trabajador	8.882,00 €	9.583,40 €	10.285,00 €

Nota. Adaptado de la Estadística de Asuntos Judiciales Sociales: condiciones de trabajo y relaciones laborales. Ministerio de Trabajo y Economía Social (<https://www.mites.gob.es/estadisticas/ajs/welcome.htm>)

Los datos obtenidos durante los años 2021, 2020 y 2019 reflejan que de los despidos resueltos por sentencias, el porcentaje medio de aquellas favorables para el trabajador fue del 80,38%: lo que significa que de cada 100 despidos realizados en España, únicamente el 20% es favorable para el empresario, es decir, que 8 de cada 10 despidos son declarados improcedentes. Este hecho se manifiesta por las cantidades de indemnización concedidas a los trabajadores, que en 2021 superan los 914 millones de euros, en una cuantía media por trabajador de 8.882 euros¹.

Esta realidad estadística, como se ha dicho, interpela a las empresas sobre la adecuación de sus medidas adoptadas en la sanción de sus trabajadores con la extrema del despido disciplinario, ya que únicamente son resueltas en sentencias favorables al empresario en el 20% de los casos. Lo que puede significar que o bien las causas esgrimidas por los empresarios en el despido de los trabajadores no constituyen causa justa de despido, o bien que los empresarios no responden a las exigencias que la legislación laboral establece a la hora de proceder disciplinariamente con el despido y la extinción de la relación contractual.

Respecto a la primera posibilidad, basada en que las sentencias resueltas favorezcan en el 80% de los casos a los trabajadores (con la declaración de improcedencia del despido que fue formulado inicialmente por los empresarios como disciplinario), se concibe en el entendimiento de que las causas alegadas por éstos no constituyen causa justa de despido, en línea con las indicadas en el art. 54.1 del ET, por lo que ha de interpretarse que se utiliza el despido disciplinario como modalidad de extinción contractual y finalización de los servicios de los trabajadores, en formato de concepto de ‘despido libre’ con la condición del abono de la correspondiente indemnización: basta argumentar la existencia, no real, de alguna de las causas establecidas como incumplimientos contractuales

1 Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano, «La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional». *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 2, (3), (2021): 62-63, doi.org/10.20318/labos.2021.6487.

de los trabajadores, para proceder, bajo la figura del despido disciplinario, a la extinción del contrato del trabajador, sin mayor consecuencia aparente que la de la indemnización.

La segunda posibilidad que puede explicar la enorme diferencia de sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales favorables a los trabajadores en materia de despido disciplinario, calificando los mismos como improcedentes, se concentra en que por parte de los empresarios no se realizan, con la pulcritud que se determina en las normas (ET o convenios colectivos), el procedimiento establecido al respecto, como puede ser la carta de despido y su comunicación, como señala el art. 55 del ET. En esta situación, a diferencia de la primera posibilidad, sí tiene lugar una causa justa de despido como incumplimiento grave y culpable del trabajador, pero que no ha sido ejecutada con la debida diligencia por parte del empresario.

II. El despido disciplinario como extintor de la relación laboral

Entre las causas de la extinción del contrato de trabajo establecidas en el Estatuto de los Trabajadores por su art. 49, destaca la del despido disciplinario, figura de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, en decisión que debe estar amparada en una causa que pueda alegar y justificar², ya que este tipo de resolución contractual se fundamenta en alguna causa tipificada que justifique la acción del empresario en dar por concluida la relación de trabajo entre éste y el trabajador.

En base a lo anterior, la decisión extintiva del despido disciplinario del trabajador responde a una doble naturaleza jurídica³: una primera facultad de resolución del contrato de trabajo por incumplimiento de lo que le incumbe (art. 1.124 del Código Civil), y una segunda de carácter sancionador, procedente del poder de dirección del empresario y de imponer sanciones, conforme al art. 58.1 del ET, que lo faculta cuando se producen incumplimientos contractuales, y siempre respetando la graduación de las faltas cometidas y las sanciones impuestas⁴, atendiendo tanto a las disposiciones legales como a los convenios colectivos que sean de aplicación.

2 Manuel Alonso Olea. *El despido: un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957), 103.

3 Francisco José Barbancho Tovillas. *Derecho del Trabajo* [Recurso electrónico]. (Cizur: Editorial Aranzadi, 2018), 30.6.

4 STS 4591/2010. ECLI:ES:TS:2010:4591. Id Cendoj: 28079140012010100561. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sede: Madrid. Sección: 1. Fecha: 19/07/2010. FD 5º: “(...) *debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente de que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido (...)*”.

La decisión de despido disciplinario se fundamenta, conforme al art. 54.1 del ET, en un incumplimiento del trabajador que tenga el carácter grave y culpable, necesario para la extinción del contrato de trabajo. Y el mismo artículo en el apartado siguiente señala un listado no exhaustivo de incumplimientos contractuales que justifican la decisión de extinción laboral del despido disciplinario, aunque también es necesario acudir a los incumplimientos que pueda establecer el convenio colectivo de aplicación⁵: faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; indisciplina o desobediencia en el trabajo; ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; y acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Incumplimientos que han de tener de la características de gravedad y culpabilidad exigidas en la norma para la justificación del ejercicio del poder disciplinario del empresario, armonizado con la garantía jurisdiccional recogida en el art. 58.2 del ET de revisión de la valoración de las faltas y las sanciones impuestas ante la jurisdicción social, conforme igualmente se señala en los arts. 103 a 113 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que trata del despido disciplinario, control judicial que integra el poder de apreciación del orden jurisdiccional social al respecto de causa real y verosímil, que identifique que los motivos del despido disciplinario son reales, actuales y proporcionales⁶.

Ahondando en la cuestión previamente planteada, resulta igualmente imperativo destacar la relevancia intrínseca de la prescripción de las faltas cometidas por los trabajadores, lo que constituye un aspecto esencial que encuentra su fundamento normativo en el artículo 60 del ET: en ausencia de una disposición más específica en el convenio colectivo que regule la situación. En consideración a lo determinado, en este art. 60 del ET se establece, en líneas generales, un marco temporal determinado para la prescripción de tales faltas, en el que es menester subrayar que dicha prescripción adquiere una dimensión crucial, especialmente en el caso de aquellas faltas que ostentan la calificación de muy graves, categoría que comprende aquellas conductas susceptibles de ser sancionadas con el drástico desenlace del despido.

En esta línea de pensamiento, es de primordial significancia subrayar que las faltas de esta índole prescriben, señala el citado artículo, a los sesenta días a

5 Patrick O'Callaghan Rodríguez. *El despido y otras sanciones* (Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2021), 23.

6 Vicente Pastor Lafuente Pastor. *El control judicial de los despidos* (Albacete: Editorial Bomarzo, 2021), 247.

partir del momento en que la empresa adquiere conocimiento fehaciente de su comisión, aunque no obstante lo precedente, en el escenario en el que no se logre demostrar el referido conocimiento, el plazo de prescripción se extiende hasta los seis meses a partir de la fecha de comisión de la falta. Es de reseñar que este marco temporal meticulosamente establecido para las tres tipologías de sanciones, no solo confiere una certidumbre normativa a las relaciones laborales, sino que también proporciona un margen temporal en el que, en virtud de la prescripción, el trabajador se ve eximido de cualquier sanción pertinente.

Esta circunstancia revela una peculiaridad fundamental en el sistema jurídico laboral; a saber, que en aquellos casos en los que, pese a haberse suscitado una falta grave y culpable por parte del trabajador, la cual está tipificada como causa justa de despido, el trabajador no podrá ser objeto de sanción alguna si se cumple con el plazo de prescripción consagrado en la normativa. Esta excepción, emanada de un riguroso análisis jurídico, implica que dicha conducta, por virtud de la prescripción, quedará exenta de cualquier consecuencia sancionadora, propiciando, de esta manera, un equilibrio entre los intereses de las partes involucradas en la relación laboral.

La prescripción de las faltas laborales en el ámbito jurídico español se revela por tanto como un pilar fundamental que permea el entramado de las relaciones laborales, además de configurarse como un concepto que no sólo posee una relevancia de primera magnitud, sino que también se erige como un cimiento esencial que sustenta la seguridad jurídica en el ámbito laboral, puesto que al otorgar un plazo determinado para la imposición de sanciones por faltas cometidas, este mecanismo confiere un nivel inestimable de certidumbre y previsibilidad a las partes involucradas en la relación laboral, y no deja que las sanciones a los trabajadores puedan llevarse a cabo, sin importar las fechas en que las faltas tuvieron lugar, lo que provocaría una situación de indefensión al trabajador al permitir al empresario sancionar sus faltas sin importar cuando se cometieron.

En esta situación, resulta ineludible destacar la función protectora y garante que ejerce la prescripción en relación a los derechos de los trabajadores, ya que ésta, la prescripción, específicamente se erige en un escudo frente a eventuales arbitrariedades o excesos en la aplicación de sanciones disciplinarias por parte de los empleadores. La temporalidad de la comisión de la falta emerge como un elemento cardinal en la ecuación empresario-trabajador, determinando la evaluación de su imputabilidad y, por ende, su sancionabilidad: este matiz contextual es crucial, ya que reconoce que el paso del tiempo puede diluir la pertinencia o la proporcionalidad de la sanción, en especial cuando la falta ha sido cometida en el pasado y la situación laboral ha experimentado cambios significativos.

La disposición legal de la prescripción, en virtud de su consonancia con los principios fundamentales del derecho laboral, responde a la necesidad de establecer

un equilibrio entre los intereses de ambas partes, empresario y trabajador, equidad que se traduce en la consolidación de un sistema jurídico laboral de envergadura y equilibrio como lo es el nuestro. Al propiciar una relación laboral justa y armoniosa, esta normativa contribuye a la construcción de un entorno laboral que promueve la productividad y el bienestar de los trabajadores, al mismo tiempo que brinda un marco de certeza a los empleadores para gestionar sus equipos de trabajo, teniendo presente los tiempos en los que se producen las faltas e incumplimientos y las posibles sanciones que les acompañan.

En conclusión, la prescripción de faltas laborales va más allá de ser una mera formalidad legal: es un pilar sustancial que sustenta la confianza y el equilibrio en el ecosistema laboral. Al otorgar a los trabajadores y empleadores un marco normativo claro y equitativo, la prescripción contribuye de manera notable a la construcción de un tejido laboral sólido, en el que la justicia y la estabilidad son valores centrales, ya que su relevancia perdura en la garantía de que las sanciones se apliquen con justicia y proporcionalidad, en respeto de los derechos y dignidad de los trabajadores y dentro de una temporalidad adecuada.

III. El despido disciplinario en las relaciones laborales especiales

Las relaciones laborales especiales son aquellas en las que concurren las características de una relación laboral común conforme determina el art. 1.1 del ET, pero que en razón a su especialidad, disponen de un régimen legal especial que debe ser atendido. De hecho, el art. 2.2 del ET señala que existirá no solamente una regulación especial, si no que ésta deberá respetar los derechos básicos reconocidos en la Constitución Española: regulación especial que se encuentre dentro del marco constitucional y no infringe ninguno de sus preceptos⁷, especialmente los arts. 14 y 24 de la CE.

En el contexto de los despidos disciplinarios de trabajadores en una relación laboral especial se impone la necesidad imperante de atenerse a las disposiciones pormenorizadas y específicas que gobiernan esta esfera del derecho laboral, lo que necesariamente implica que, al contemplar la posibilidad de desvincular a un trabajador especial, es de imperativo cumplimiento ajustarse escrupulosamente a lo establecido en las normas pertinentes, es decir, que se requiere seguir con rigurosidad las directrices y requisitos que dichas normativas establecen para llevar a cabo el despido de un trabajador bajo este tipo de relación laboral, así como para poner fin a la relación laboral preexistente.

Este enfoque detallado y específico en materia de despidos disciplinarios en las relaciones laborales especiales resalta la importancia de un tratamiento jurídico preciso y adecuado en estas circunstancias, puesto que las particularidades

7 STC 79/1983, de 5 de octubre de 1983. BOE núm. 266, de 7 de noviembre de 1983. ECLI:ES:TC:1983:79.

y características inherentes a este tipo de relaciones laborales requieren una consideración especial y una atención detenida a las normativas que las regulan, debido a que el incumplimiento de estas disposiciones podría conllevar a consecuencias legales significativas y a la posible invalidez del despido, lo que subraya la relevancia de proceder en estricta conformidad con lo que estipulan las normas específicas aplicables.

Asimismo, este enfoque subraya la importancia de la seguridad jurídica y la protección de los derechos tanto del empleador como del trabajador especial involucrado en el proceso de despido, ya que al someterse a las normativas específicas, se asegura un marco normativo equitativo que protege los intereses de ambas partes y proporciona una guía clara sobre los procedimientos y requisitos a seguir en esta particular situación y contempla las características propias de este tipo de relaciones laborales especiales.

IV. El concepto de justa causa

Según el art. 1.274 del Código Civil, se entiende por causa en los contratos onerosos, cuando tiene lugar la prestación de un servicio, y es necesaria su existencia como requisito para la validez de un contrato, ya que la causa ilícita del art. 1.275 del Código Civil, no produce efecto alguno. De hecho la causa del contrato debe tratarse desde una perspectiva unipersonal por estar referida la causa a cada una de las partes firmantes del contrato y no al contrato en su conjunto y donde la causa se relaciona con la función socio económica del negocio pactado.

Desarrollando lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 1.274 del Código Civil, se dilucida un aspecto central en el ámbito de los contratos onerosos, ya que el artículo precisa con claridad meridiana que la noción de causa adquiere una importancia capital, puesto que ésta, la causa, como elemento definitorio, se materializa en el momento en el que se lleva a cabo la prestación de un servicio, y es en este punto crucial donde se revela la esencia y el fundamento subyacente de dicho contrato, de modo que de esta forma la causa no solo emerge como una formalidad más, sino que se erige como un componente esencial, sin el cual el contrato carecería de validez. Es por ello que la causa en este contexto ostenta un papel determinante y no puede subestimarse su función en la dinámica contractual, ya que su presencia es requisito sine qua non para que el acuerdo entre las partes adquiera legitimidad y eficacia jurídica: de hecho, sin una causa debidamente fundamentada y ejecutada, el contrato oneroso podría quedar en entredicho, pudiendo incluso invalidarse por falta de un componente esencial, lo que sin duda resalta la trascendencia de la causa en la esfera del derecho contractual, ya que su ausencia o insuficiencia podría poner en tela de juicio la validez y la ejecución del acuerdo entre las partes involucradas.

Es igualmente pertinente destacar que la definición que brinda el artículo 1.274 del Código Civil, al circunscribir la causa al ámbito de los contratos onerosos, refleja la atención minuciosa que el legislador otorga a la esencia de las transacciones económicas, en un enfoque que no solo respalda la seguridad y la estabilidad en las relaciones contractuales, sino que también procura equidad y justicia al asegurarse de que cada parte cumpla con su respectiva obligación de manera fundamentada y respaldada por una causa legítima.

En definitiva, el artículo 1.274 del Código Civil proyecta una luz esclarecedora sobre la importancia de la causa en los contratos onerosos, ya que su presencia se erige como pilar fundamental para la validez y eficacia de tales acuerdos, subrayando así la necesidad de que las partes involucradas en una transacción económica respalden sus obligaciones con una causa legítima y debidamente fundamentada. Este precepto legal, en última instancia, responde a la necesidad de consolidar la integridad y la coherencia del sistema contractual, proporcionando un marco normativo que promueve la justicia y la equidad en las relaciones económicas entre las partes contratantes.

Con relación al art. 1.275 del Código Civil, relativo a la causa ilícita, señalar que se confiere un carácter imperativo al ámbito de los contratos, ya que la norma establece de manera tajante que una causa ilícita, es decir, aquella que contraviene las normas y principios legales o morales, carece de la capacidad de generar efectos jurídicos, lo que tal pronunciamiento legal, al abordar la causa ilícita, reviste una trascendencia innegable en la dinámica de los contratos, ya que desencadena una serie de implicaciones significativas.

En primer lugar, la mencionada prohibición refleja la firme voluntad del legislador de preservar la legalidad y la integridad en las transacciones contractuales, ya que al impedir que una causa ilícita surta efectos, se busca erradicar cualquier forma de participación en contratos que puedan derivar en situaciones perjudiciales o en la vulneración de derechos fundamentales: medida legal que no solo protege a las partes involucradas en el contrato, sino que también fomenta la confianza y la credibilidad en el sistema jurídico. Además, el artículo 1.275 del Código Civil proyecta un mensaje claro sobre la imposibilidad de que se beneficie a través de la contravención de normativas o de la realización de actos ilegales, ya que la norma, sin duda, ejerce igualmente una función pedagógica al desincentivar comportamientos contrarios a la legalidad, promoviendo así una cultura de cumplimiento y ética en el ámbito contractual.

En un plano más amplio, la negación de efectos a la causa ilícita respalda la integridad y la equidad en el ejercicio del contrato como institución fundamental en el ámbito jurídico y económico, al asegurar que las partes se adhieran a un marco normativo que propugna la justicia y el respeto de los derechos fundamentales, por lo que, por tanto, la prescripción del artículo 1.275 no solo constituye una

disposición legal, sino que también representa un principio rector que impulsa la legitimidad y la coherencia en las relaciones contractuales.

En conclusión, el artículo 1.275 del Código Civil se alza como un eje fundamental que garantiza la legalidad y la integridad en los contratos, al establecer de manera categórica la ineficacia de una causa ilícita, y en el que su relevancia perdura como una piedra angular en la construcción de relaciones contractuales justas y equitativas; y al hacerlo, al establecer la ineficacia de una causa ilícita, la norma no solo protege a las partes involucradas sino que también promueve una cultura de cumplimiento legal y ético en el ámbito contractual, fortaleciendo así la confianza en el sistema jurídico y económico.

V. La justa causa en el despido disciplinario

La causa justa en el despido disciplinario se entiende como aquella que tiene lugar cuando se produce un incumplimiento que revista gravedad por parte del trabajador en sus obligaciones laborales⁸. De hecho, el art. 54.1 del ET señala la necesaria confluencia de dos características que deben acompañar al incumplimiento contractual: gravedad y culpabilidad.

La causa justa en el despido disciplinario es tratada tanto desde los ángulos de la legislación reguladora (atendiendo a lo dispuesto en las normas) como de lo desarrollado por la doctrina y a la luz de la interpretación del orden jurisdiccional, ya que la misma se refiere tanto a la causa genérica como a los hechos alegados por el empresario que justifican su decisión extintiva⁹.

La teoría doctrinal establece cuatro principios de relevancia a la hora de determinar la causa justa del despido disciplinario:

En primer lugar, el principio de tipicidad, por el cual se indica que el despido disciplinario debe estar basado en una conducta específica y tipificada como causa de despido en la legislación laboral, concretamente en la legislación laboral ordinaria, en alguno de los incumplimientos enumerados en el art. 54.2 del ET, que igualmente deben ser interpretadas de manera restrictiva. Este principio implica que el empresario para realizar el despido disciplinario debe basarse en el incumplimiento grave determinado en las normas (ET y convenios colectivos), que además deben ser aplicados de forma precisa y limitada, lo que garantiza que los despidos disciplinarios se basen en motivos objetivos y no sean arbitrarios o discrecionales por parte del empresario.

Un segundo principio es el de proporcionalidad, por el que el incumplimiento del trabajador debe ser lo suficientemente grave como para justificar la extinción

8 Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Saúdo y Joaquín García Murcia, *Derecho del Trabajo* (Madrid: Editorial Tecnos, 28ª ed., 2019), 804.

9 Lafuente, *El control...*, 49.

del contrato de trabajo, de manera de que la sanción de despido impuesta sea proporcional a la gravedad de la falta cometida. Este principio evita que un empresario despidiera a un trabajador de manera injustificada o desproporcionada por una falta o conducta que no revista la gravedad suficiente para poner fin al contrato laboral: la falta cometida por el trabajador debe ser lo suficientemente seria y constituir un incumplimiento sustancial de sus obligaciones laborales.

Para llevar a cabo esta proporcionalidad entre falta y sanción, la gravedad de la falta y la proporcionalidad de la sanción han de ser evaluadas considerando diferentes factores, como la naturaleza del incumplimiento, sus consecuencias para la empresa, la reiteración o reincidencia en conductas similares, el daño causado a terceros, entre otros. En este sentido, el empleador debe realizar una evaluación objetiva y razonada para determinar si la falta cometida justifica el despido y si la sanción del despido es proporcionada en relación con la gravedad de la conducta. Es importante destacar que el principio de proporcionalidad busca evitar que se apliquen sanciones excesivas o desproporcionadas en relación con la falta cometida. Esto implica que, en algunos casos, se pueden considerar sanciones menos severas o medidas disciplinarias alternativas en lugar del despido, si son adecuadas para corregir la conducta del empleado y proteger los intereses legítimos de la empresa.

Un tercer principio señalado por la doctrina es el de inmediatez. Por este principio, el empresario debe realizar el despido disciplinario de manera inmediata una vez que haya conocido los hechos que lo motivan, ya que los retrasos injustificados en la aplicación de la sanción, pueden implicar una pérdida de la justa causa. Así, este principio determina que el empleador debe ejercer la acción de despido de manera inmediata una vez que haya tenido conocimiento de los hechos que motivan la sanción. En otras palabras, una vez que el empleador tiene conocimiento de la falta o conducta del empleado que justificaría el despido, no debe haber un retraso injustificado en la aplicación de la sanción disciplinaria, y así lo determina en términos generales el art. 60.2 del ET al respecto de la prescripción de las infracciones y faltas cometidas por los trabajadores, fijando que las faltas muy graves, que son aquellas que pueden derivar en el despido disciplinario del trabajador, prescriben o a los 60 días de tener conocimiento de su comisión o a los seis meses de haber sido cometida: en todo caso, la referencia a los convenios colectivos es de preceptiva obligación, para conocer en detalle lo dispuesto al respecto de esta materia.

Este principio tiene como objetivo garantizar que el empleador tome decisiones oportunas y evite demoras innecesarias en la adopción de medidas disciplinarias, como lo es la más determinante de todas como el despido disciplinario. La aplicación inmediata del despido disciplinario se basa en la premisa de que la falta o conducta del empleado debe ser abordada de manera pronta y efectiva para mantener la disciplina y el orden en el entorno laboral. Igualmente, si el empresario se demora injustificadamente en la aplicación de la

sanción disciplinaria, ello puede afectar la justa causa del despido; lo que significa que, si existe un retraso indebido en la adopción de la medida disciplinaria, se puede cuestionar la validez y la proporcionalidad del despido, incluso si inicialmente existía una causa justificada. Es importante tener en cuenta que la inmediatez no implica que el despido deba llevarse a cabo de forma instantánea en todos los casos: hay situaciones en las que puede ser necesario realizar una investigación o recopilar pruebas adicionales antes de tomar una decisión definitiva. Sin embargo, la demora en la adopción de la medida disciplinaria debe ser razonable y justificada en relación con las circunstancias específicas del caso.

En cuarto término, la doctrina también trata del principio de culpabilidad, por el que se exige que, para que el despido disciplinario se pueda producir, exista una responsabilidad o culpa por parte del empleado. Esto implica que el incumplimiento grave sea imputable al trabajador y no a circunstancias ajenas a su conducta. Así, para que el despido disciplinario sea válido, es necesario demostrar que el trabajador ha incurrido en un incumplimiento grave de sus obligaciones laborales de manera voluntaria o negligente, ya que la conducta o falta cometida debe ser imputable al trabajador y no atribuible a factores externos, como situaciones fuera de su control o decisiones empresariales que no sean imputables a su conducta personal.

Este principio de culpabilidad busca garantizar que el despido disciplinario se base en una responsabilidad individual y directa del trabajador por sus acciones o inacciones, lo que necesariamente implica que el empleador deba evaluar si el incumplimiento es resultado de una actuación deliberada, negligente o imprudente del empleado, y no como consecuencia de causas externas o situaciones ajenas a su conducta personal. Por ello, el principio de culpabilidad no implica que el incumplimiento deba ser intencional o doloso, ya que los incumplimientos graves derivados de negligencia o imprudencia pueden ser considerados como responsabilidad o culpa del empleado, siempre que se demuestre su relación causal directa con la falta cometida.

Además de estos principios, la jurisprudencia ha desarrollado diferentes teorías para determinar la existencia de una justa causa en casos concretos.

En primer término hay que destacar la teoría del incumplimiento contractual, que se basa en la violación de las obligaciones contractuales fundamentales por parte del trabajador, como pueden ser el rendimiento insuficiente, la indisciplina laboral o la desobediencia a instrucciones razonables del empleador, entre otras. En virtud de ello, el despido disciplinario se justifica cuando el trabajador no cumple con sus obligaciones esenciales establecidas en el contrato de trabajo, obligaciones que pueden incluir la prestación de servicios de manera diligente y eficiente (el rendimiento insuficiente se refiere a la falta de cumplimiento de los estándares de calidad, productividad o eficiencia establecidos para el puesto de trabajo), el

acatamiento de las normas y políticas internas de la empresa (la indisciplina laboral abarca conductas como el incumplimiento de horarios, el abuso del tiempo de trabajo, el irrespeto hacia los compañeros de trabajo o la negativa a acatar órdenes legítimas), así como la obediencia a instrucciones razonables y legítimas del empleador (la desobediencia a instrucciones razonables del empleador se refiere a la negativa injustificada a seguir directrices o instrucciones relacionadas con la realización de las tareas laborales).

La jurisprudencia ha desarrollado y establecido criterios para determinar cuándo estos incumplimientos constituyen una violación de las obligaciones contractuales fundamentales y justifican el despido disciplinario. Estos criterios consideran factores como la gravedad del incumplimiento, su carácter reiterado, las consecuencias que ha tenido para la empresa y la posibilidad de corrección o rehabilitación del trabajador. Por ello, es importante destacar que la aplicación de esta teoría requiere un análisis caso por caso, considerando las circunstancias específicas de cada situación, ya que el despido disciplinario debe ser proporcionado y no excesivo, tomando siempre en cuenta la proporcionalidad entre el incumplimiento y la sanción impuesta.

En segundo lugar, en la jurisprudencia también se habla de la teoría de la gravedad objetiva, por la que se manifiesta que en el despido disciplinario ha de evaluarse siempre la gravedad del incumplimiento sin tener en cuenta la intencionalidad del empleado, centrándose en el impacto negativo que haya tenido en la relación laboral o en la empresa. De acuerdo con ella, lo relevante para justificar un despido disciplinario no es tanto la intención o voluntad del trabajador al cometer la falta, sino los efectos negativos que dicha falta ha tenido en la relación laboral o en el funcionamiento de la empresa. Se considera que la gravedad objetiva del incumplimiento es lo que fundamenta la decisión del empleador de poner fin al contrato de trabajo, ya que se busca evitar que el análisis del despido disciplinario se limite únicamente a la intención o motivación del empleado al cometer la falta. En su lugar, se enfoca en el impacto real y objetivo que el incumplimiento ha tenido en el ámbito laboral y se evalúa la trascendencia de la falta cometida y su repercusión en la relación de trabajo, en la eficiencia de la empresa o en la convivencia laboral.

En este enfoque, se considera que ciertas conductas o incumplimientos pueden tener consecuencias tan perjudiciales que justifican la terminación del contrato laboral, incluso si el empleado no actuó de manera intencional. Por ejemplo, un acto de violencia física en el lugar de trabajo, independientemente de la intención del trabajador, puede ser considerado como un incumplimiento grave y justificar el despido. Es por estas razones por lo que esta teoría indica que se requiere siempre un análisis cuidadoso que considere las circunstancias específicas de cada caso que evalúe el impacto negativo del incumplimiento en la relación laboral y en la empresa, así como la proporcionalidad y razonabilidad del despido disciplinario en función de esos efectos.

Una tercera teoría al respecto de la causa justa identificada en la jurisprudencia es la denominada teoría de la gravedad subjetiva, por la que se determina que, a la hora de sancionar con la medida disciplinaria del despido disciplinario, haya de considerarse la intencionalidad o culpa del empleado a la hora de evaluar la gravedad del incumplimiento realizado, de manera de que se tome en cuenta su conocimiento y voluntad de actuar de manera contraria a las normas laborales. Así, al valorar la gravedad del incumplimiento, se analiza si el trabajador actuó con pleno conocimiento y voluntad de realizar una conducta contraria a las normas laborales establecidas y logre determinar la existencia de intencionalidad o culpa del empleado, lo que constituye un factor relevante para determinar la sanción disciplinaria adecuada. Este enfoque valora el grado de responsabilidad del trabajador en la comisión del incumplimiento y tiene en cuenta su conocimiento sobre las normas laborales aplicables: si el empleado era consciente de las obligaciones que tenía y, a pesar de ello, actuó deliberadamente de manera contraria a las normas, la gravedad del incumplimiento es mayor, lo que justificaría la sanción del despido.

Esta teoría de la gravedad subjetiva busca vincular la responsabilidad individual del trabajador con la sanción disciplinaria que se le impone, ya que se considera que si el incumplimiento fue intencional o culposo, reflejando una voluntad deliberada de actuar en contra de las normas, la gravedad del mismo se acentúa y puede justificar la terminación del contrato laboral. Es obligado que, en aplicación de esta teoría, la empresa realice un análisis cuidadoso de las circunstancias del caso concreto en el que se vea implicada, ya que en caso de demanda, los tribunales y la jurisprudencia evaluarán la intencionalidad o culpa del empleado, así como otros factores relevantes, para determinar si la gravedad del incumplimiento justifica el despido disciplinario.

La cuarta teoría sustentada por los tribunales es la conocida como teoría de los actos propios¹⁰, principio jurídico por el que una de las partes no puede contradecir sus propios actos anteriores y beneficiarse de ellos en perjuicio de la otra parte. Concretamente en materia de despido disciplinario, se hace referencia a situaciones o casos en los que el empleador ha tolerado o aceptado ciertos comportamientos o incumplimientos por parte del trabajador y luego, por otras razones, intenta utilizarlos como causa de despido. En base a esta teoría, cuando el

10 STS 4922/2021. ECLI:ES:TS:2021:4922. Id Cendoj: 28079140012021101174. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sede: Madrid. Sección: 1. Fecha: 21/12/2021. N° de Recurso: 1090/2019. N° de Resolución: 1283/2021. FD 4º.3: “Si el empleador conoce y tolera una conducta antijurídica de su trabajador durante un periodo de tiempo significativo, sin imponerle ninguna sanción o imponiéndole sanciones menos graves que el despido, el empresario no puede contradecir su comportamiento anterior realizando sorpresivamente un despido disciplinario porque ello vulneraría su deber de buena fe. Sancionar con la mayor severidad (el despido disciplinario) una conducta que se había tolerado anteriormente, sin ninguna advertencia previa al trabajador de que se iba a poner fin a dicha tolerancia, sería contrario a la buena fe del empleador”.

empleador permite o acepta ciertas conductas o comportamientos de un trabajador, y no ha tomado medidas ni acciones algunas para evitar que se sigan produciendo, genera ciertas expectativas y dudas por parte del trabajador sobre lo que está o no permitido¹¹.

Esta teoría de los actos propios busca proteger la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad en las decisiones de despido por parte del empresario, ya que si ha tolerado o aceptado ciertos actos o conductas de un trabajador sin consecuencias disciplinarias, se entiende que ha renunciado a su derecho de utilizar esos mismos actos como motivo de despido en el futuro. De ahí la necesidad, como en los casos anteriores, de realizar un análisis detallado de las circunstancias específicas de cada caso, de manera que se evalúe si la empresa ha realizado actos inequívocos de tolerancia o aceptación de ciertos comportamientos y si se ha generado una expectativa razonable en el empleado de que esos actos no serán utilizados en su contra en el futuro.

Finalmente citar la teoría gradualista¹² del despido disciplinario, que sostiene que, en ciertos casos, es posible aplicar sanciones disciplinarias menos gravosas antes que recurrir directamente al despido como medida disciplinaria, fundamentada en la idea de que, en aras de la proporcionalidad y la justicia, se deben agotar todas las opciones menos drásticas antes de llegar a la terminación del contrato de trabajo por medio del despido disciplinario, la sanción más potente de todas las puestas a disposición del empleador. Así, según esta teoría gradualista, el empleador debe seguir un proceso escalonado al aplicar sanciones disciplinarias, comenzando por medidas menos severas, como amonestaciones verbales o escritas, suspensiones temporales o incluso traslados a otros puestos de trabajo, conforme a lo seguramente tipificado en el convenio colectivo de aplicación: solo cuando estas medidas no sean suficientes para corregir la conducta del trabajador o proteger los intereses de la empresa, se podría justificar la imposición del despido disciplinario. Es así por lo que esta teoría busca garantizar que el despido disciplinario sea

11 STSJ AS 2439/2022. ECLI:ES:TSJAS:2022:2439. Id Cendoj: 33044340012022101714. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social. Sede: Oviedo. Sección: 1. Fecha: 28/07/2022. N° de Recurso: 647/2022. N° de Resolución: 1715/2022. FD 2º: “(...) la empresa pasa de tolerar el proceder de la trabajadora a extinguir el contrato de trabajo, sin pasar si quiera por las fases previas de sanción por falta leve o por falta grave llegado el caso, de ahí la desproporción entre el comportamiento de la trabajadora y la respuesta de la empresa (...)”.

12 STS 2419/2005. ECLI:ES:TS:2005:2419. Id Cendoj: 28079140012005100375. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sede: Madrid. Sección: 1. Fecha: 20/04/2005. N° de Recurso: 6701/2003. FD 8º: “(...) Ello es así, en primer lugar, porque los incumplimientos laborales posibles dependen decisivamente de los actos y situaciones de trabajo, que no son idénticos de una empresa a otra, de un sector a otro, de un grupo profesional a otro, y de una circunstancia a otra. Y en segundo lugar, porque, de acuerdo con la llamada doctrina gradualista, la aplicación de la sanción disciplinaria de despido exige al empresario y en su caso a los órganos jurisdiccionales un detenido análisis de las conductas de los trabajadores despedidos para determinar la gravedad y la culpabilidad de las faltas cometidas”.

la última medida a tomar y que se aplique de manera justa y proporcional a la gravedad del incumplimiento, ya que considera que, en algunos casos, es posible corregir la conducta del trabajador a través de sanciones disciplinarias menos severas, evitando así la ruptura definitiva del vínculo laboral.

Aunque también es cierto que la aplicación de la teoría gradualista está sujeta a ciertas limitaciones y no es aplicable en todos los casos, ya que existen situaciones en las que el incumplimiento del trabajador es de carácter tan grave que el despido disciplinario se justifica directamente, sin necesidad de seguir un proceso gradual de sanciones: se trata de actos de violencia, fraude o conductas que pongan en peligro la seguridad de otros empleados o la empresa pueden justificar un despido inmediato.

VI. Conclusiones

Cada caso de despido disciplinario debe ser analizado de forma individual y se deben evaluar todas las circunstancias específicas existentes antes de determinar la existencia de una justa causa que permita su aplicación. Más aún cuando la jurisprudencia y la doctrina continúan evolucionando para adaptarse a nuevos contextos y casos, que ayuden a evaluar la justa causa en cada situación concreta.

La causa justa en el despido disciplinario se encuentra por tanto, en el análisis del incumplimiento realizado por el trabajador que faculte al empresario, en base a su poder de dirección y sancionador, a imponer la sanción más grave de todas, el despido disciplinario. La causa justa requiere que el incumplimiento del trabajador, conforme a lo expuesto tanto en la norma general del ET como en el convenio colectivo¹³, reúna una serie de circunstancias, para que proceda el despido disciplinario, en búsqueda del despido ontológico¹⁴: debe entrañar la suficiente gravedad, tanto objetiva como subjetiva, que justifique la proporcionalidad de la sanción y el incumplimiento producido; debe considerar la existencia de culpabilidad del trabajador en ese incumplimiento, relacionada con la voluntariedad de sus acciones; debe analizar la situación concreta de cada caso, conociendo las medidas y acciones llevadas a cabo previamente con el trabajador para corregir su comportamiento y que no sea el despido disciplinario la única medida llevada a cabo por el empresario; debe existir gradualidad entre la falta cometida y la sanción impuesta; debe concretarse y acreditarse la existencia de incumplimiento por parte del trabajador y que ese incumplimiento se encuentra tipificado; y debe

13 STS 1355/2018. ECLI:ES:TS:2018:1355. Id Cendoj: 28079140012018100331. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sede: Madrid. Sección: 1. Fecha: 3/04/2018. N° de Recurso: 1950/2016. N° de Resolución: 355/2018. FD 3º: “(...) el despido será improcedente cuando en su forma no se ajustara a lo establecido (...) sino también la posibilidad de que por convenio colectivo se establezcan otras exigencias formales para el despido”.

14 Alberto Ayala Sánchez, *Una aproximación al despido disciplinario desde la óptica de las relaciones laborales* (Madrid: Ediciones Laborum, 2021), 173-179.

respetar los derechos fundamentales del trabajador¹⁵. Tal y como el art. 54.1 del ET señala, debe producirse el incumplimiento grave y culpable del trabajador, concurriendo ambos requisitos necesariamente juntos: gravedad (referido al incumplimiento contractual) y culpabilidad (referido al trabajador como causante del incumplimiento) para la existencia de causa justa de despido disciplinario¹⁶.

Tal y como recoge el art. 4 del convenio 158 de la OIT, la terminación de un contrato de trabajo por medio del despido disciplinario requiere la existencia de una causa justificada que esté relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador, para lo que establece una serie de derechos para el trabajador, como son la existencia de preaviso cuando sea posible (art. 11) y la posibilidad de poder defenderse de los cargos formulados en su contra cuando sea posible (art. 7). Como igualmente establece el art. 24 de la Carta Social Europea respecto a la protección del trabajador en caso de despido que debe realizarse cuando existan razones válidas relacionadas con sus aptitudes o conducta.

VII. Bibliografía

- Alonso Escacena, Manuel. «El despido sin causa, o con causa falsa: ¿nulidad o improcedencia?» *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 6 (2022): 295-308. <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i6.09>.
- Alonso Olea, Manuel. *El despido: un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- Aparicio Pérez, Miguel Ángel y Barceló i Serramalera, Mercé (coord.). *Manual de derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier, 3ª ed., 2016.
- Ayala Sánchez, Alberto. *Una aproximación al despido disciplinario desde la óptica de las relaciones laborales*. Murcia: Ediciones Laborum, 2021.
- Barbancho Tovillas, Francisco José. *Derecho del Trabajo* [Recurso electrónico]. Cizur: Editorial Aranzadi, 2018.
- Carmona Pozas, Francisco (coord.). *Estudios sobre el despido disciplinario*. Madrid: Editorial ACARL, 2ª ed, 1992.
- Gárate Castro, Javier (coord.). *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Santiago de Compostela: Editorial Universidad de Santiago de Compostela, 1997.

15 STSJ GAL 910/2023. ECLI:ES:TSJGAL:2023:910. Id Cendoj: 15030340012023100700. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social. Sede: Coruña (A). Sección: 1. Fecha: 15/02/2023. Nº de Recurso: 6281/2022. Nº de Resolución: 925/2023. FD 5º: “(...) Coincidimos con la trabajadora demandante en que la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios (...)”.

16 Esperanza Roales Paniagua, *Despido por transgresión de la buena fe contractual* (Granada: Editorial Comares, 2021), 225.

- Lafuente Pastor, Vicente Pastor. *El control judicial de los despidos*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2021.
- Martín Valverde, Antonio, Rodríguez-Sañudo, Fermín y García Murcia, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 28ª ed. 2019.
- O'Callaghan Rodríguez, Patrick. *El despido y otras sanciones*. Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2021.
- Ocaña Escolar, Luis. «El despido sin causa, ¿vulnerador de derechos fundamentales?». *LAN HARREMAK Revista de Relaciones Laborales* 46 (2021): 170-202. doi.org/10.1387/lan-harremanak.23133.
- Pardo Galán, María Elisa. «*Revisión y análisis de las causas del despido disciplinario*». Trabajo Fin de Grado. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, 2022. <https://udimundus.udima.es/handle/20.500.12226/1514>.
- Roales Paniagua, Esperanza. *Despido por transgresión de la buena fe contractual*. Granada: Editorial Comares, 2021.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, Beatriz. «La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional». *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 2, (3) (2021): 60-76. doi.org/10.20318/labos.2021.6487.

LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO POR ENFERMEDAD TRAS LA LEY 15/2022: UNA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

[...] me contó que en Erewhon, las enfermedades de cualquier tipo constituían graves delitos, criminales e inmorales y que incluso agarrar un catarro era motivo de juicio y encarcelamiento por un tiempo considerable [...]

SAMUEL BUTLER, *Erewhon o al otro lado de las montañas*

Resumen:

Este trabajo se ocupa de la cuestión de si la Ley 15/2022 realmente ha añadido una nueva causa de discriminación que suponga una alteración de la doctrina constitucional sobre el carácter discriminatorio del despido del trabajador en situación de IT. En el texto, se defiende que el legislador no puede añadir “nuevas” causas de discriminación, ni por ley ordinaria ni por ley orgánica, dado que todas las causas de discriminación actuales o futuras se encuentran ya incluidas en la cláusula abierta del texto constitucional. Así pues, el legislador no ha añadido nada, sino que simplemente ha puesto de manifiesto una causa de discriminación que ya existía con anterioridad y que, de hecho, había sido ya reconocida por algunas normas anteriores. Ahora bien, la enfermedad, como todas las demás causas de discriminación, debe conectarse necesariamente con la protección de colectivos potencialmente vulnerables, para no confundirse con el principio de igualdad formal. En este sentido, las estrategias destinadas a obtener la nulidad del despido del trabajador en IT han tendido a instrumentalizar el concepto de discriminación, desligándolo de su lógica grupal, lo que fue en su día contestado por el Tribunal Constitucional, que remitía la discriminación a los supuestos en los que la enfermedad operaba como categoría social clasificatoria. Esta doctrina constitucional sigue plenamente vigente y no ha sido enmendada por la Ley 15/2022, que, de cualquier modo, no tendría capacidad para alterar la interpretación

autorizada de la Constitución. En este sentido merece la pena liberarse de la distorsión que ha sufrido el debate y reflexionar sobre los supuestos en los que la enfermedad permite configurar colectivos vulnerables

Palabras clave:

discriminación; concepto de discriminación; discriminación por enfermedad; Ley 15/2022

I. Introducción

Probablemente, el aspecto relativo a la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación que más ha llamado la atención de los iuslaboralistas ha sido la inclusión de la enfermedad o condición de salud como causa de discriminación prohibida. La polémica que se ha generado se explica fundamentalmente por la evolución histórica de nuestro ordenamiento interno, en el que se ha planteado un debate judicial y doctrinal muy intenso respecto a la calificación del despido del trabajador en suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal. A este respecto, se han llevado a cabo numerosos intentos para que se consideren nulos los despidos cuando se aporten indicios de que estuvieran motivados en la incapacidad temporal del trabajador, que en gran medida se han sostenido sobre la alegación de discriminación directa por razón de enfermedad o discapacidad. Todos estos intentos se habían encontrado con límites muy significativos a partir de determinadas resoluciones judiciales de órganos superiores, pero la promulgación de esta ley parece haber cambiado la situación preexistente, en una lectura a primera vista. Mi posición personal es que esto no es así y es precisamente lo que intento argumentar en este trabajo. Para ello será necesario hacer un pequeño excurso sobre la función y el significado de la prohibición de discriminación, para afirmar su carácter inherentemente social o grupal; en segundo lugar, se explorará con mayor detalle esta lucha por la nulidad del despido del trabajador en IT y sus consecuencias y, en tercer lugar, se analizará el sentido de la Ley 15/2022 en relación con la doctrina constitucional precedente. Por último, una vez enfocada la cuestión de la enfermedad sobre una noción cabal de discriminación, trataré de explicar qué virtualidad puede tener esta causa en el desenvolvimiento de las relaciones laborales.

II. La dimensión grupal del concepto de discriminación

Existe un consenso muy amplio en las sociedades democráticas actuales respecto al carácter odioso y reprobable de las conductas calificadas como “discriminación”. Este término, a pesar de ser bastante reciente¹, goza de un

1 En lo que respecta al castellano, no aparece en el Diccionario de la RAE hasta 1925, procedente de Latinoamérica y, en cualquier caso, estas acepciones iniciales no tenían la carga casi invariablemente peyorativa que tiene hoy esta palabra.

considerable arraigo en los usos lingüísticos actuales. Surgió originariamente como una categoría económica, que se trasladó pronto al campo jurídico, vinculándose a partir de ese momento a la protección de la dignidad humana². En la actualidad, como es sabido, esta categoría es ubicua en la legislación, las resoluciones judiciales y el discurso de los operadores jurídicos en la mayoría de los países del mundo. De hecho, no cabe duda de que este término ha trascendido más allá del campo jurídico, extendiéndose, no solo a las ciencias sociales y humanas, sino también al lenguaje coloquial. Sin embargo, es fácil observar que los usos lingüísticos de la palabra “discriminación”, son muy variados y a menudo incoherentes o incluso incompatibles entre sí. De hecho, esta indefinición y ambigüedad del término no se produce solamente en el lenguaje vulgar, sino también en el ámbito estrictamente técnico-jurídico. En realidad, podría decirse que parte del éxito de la palabra “discriminación” se debe precisamente a esta imprecisión, que permite convertirla en un signifiante vacío que se adapta con facilidad a los prejuicios e intereses retóricos del hablante. Desde esta perspectiva, la discriminación se termina confundiendo con la ilicitud, e incluso con la injusticia.

Todo ello se ve favorecido por la ausencia generalizada de un concepto global de discriminación. Las declaraciones multilaterales de derechos humanos se limitan a prohibir toda discriminación sin definir de ningún modo el término. Aunque en otras normas internacionales sí que se establecen definiciones, estas no terminan de identificar en qué consiste la discriminación en sí, sino que parecen referirse al tratamiento diferenciado basado en la concurrencia de una causa muy específica o, todo lo más, de un listado relativamente cerrado de motivos que no permiten justificar el tratamiento peyorativo, sin que se ofrezcan elementos de juicio que permitan establecer qué es exactamente lo que distingue a estas causas de cualesquiera otras circunstancias que pudieran motivar un tratamiento diferenciado de manera legítima. De este modo, la pregunta acerca de si existe discriminación se termina desviando hacia la cuestión de si concurre la causa prohibida. Las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea siguen este modelo de regulación “particularista”, centrado exclusivamente en la concurrencia de una serie de causas tasadas, pero, además, ni siquiera establecen un concepto global de discriminación. Ciertamente, definen una serie de modalidades o manifestaciones de la discriminación (como la discriminación directa, la discriminación indirecta o el acoso), pero no terminan de hacer explícito qué es lo que todas estas conductas tienen en común.

En ese contexto, para entender en qué consiste la discriminación, tenemos que acudir a la finalidad que orienta esta institución jurídica, particularmente en su génesis histórica. Ciertamente, los conceptos no son entidades metafísicas

2 Puede seguirse un el relato de la evolución del término en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Fernanda Fernández López, *Igualdad y discriminación* (Madrid: Tecnos, 1986), 84-88.

desvinculadas de la realidad concreta, sino más bien herramientas epistémicas destinadas a percibir y comprender una parte de la realidad para intervenir en ella de algún modo. A grandes rasgos podríamos decir que la noción de “discriminación” aparece como un instrumento para garantizar la dignidad de las personas pertenecientes a determinados colectivos vulnerables, que se habían visto excluidos, tanto en términos jurídicos como fácticos, de la ciudadanía, entrando en abierta contradicción con los ideales del liberalismo político que teóricamente sostenían las primeras constituciones liberales. En efecto, la proclamación solemne de la igualdad natural entre todos los “hombres” en las primeras declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII y XIX no impidió de ningún modo el mantenimiento de la esclavitud en los Estados Unidos ni, a grandes rasgos, en las colonias europeas. Del mismo modo, tampoco se consideró, salvo para algunos grupos minoritarios, considerados “radicales”, que la igualdad formal supusiera obstáculo alguno para la exclusión de las mujeres del derecho de sufragio o de la titularidad y ejercicio de derechos civiles básicos (en la medida en que la legislación sancionaba explícitamente su sujeción jurídica a los varones de la familia). Estas formas de desigualdad grupal estaban tan firmemente arraigadas en las sociedades liberales, que se entendían como fenómenos “naturales” que no estaban de ningún modo reñidos con sus ideales constitutivos. En este sentido, las cláusulas antidiscriminatorias que aparecen en la Declaración Universal de 1948 y en otros convenios multilaterales de derechos humanos vienen a ser precisamente una afirmación expresa de la titularidad universal de estos derechos, indicando explícitamente que pertenecen a todas las personas por el hecho de serlo, lo que necesariamente implica que debe proscribirse el trato peyorativo y contrario a la dignidad humana de las personas que pertenecen a estos grupos sociales victimizados.

Por otra parte, en la evolución histórica de la normativa antidiscriminatoria se advierte que la prohibición de discriminación adquiere una notable autonomía del principio de igualdad formal, precisamente con objeto de garantizar la eficacia real, tanto de la dignidad como de la igualdad entre todos los seres humanos en un contexto social presidido por la existencia de desigualdades grupales muy intensas. Así, por ejemplo, mientras que el principio de igualdad formal, en sí mismo considerado, solo puede afectar a los poderes públicos -dado que resultaría excesivo trasladarlo a los particulares de manera genérica-, la prohibición de discriminación termina vinculando también a los sujetos privados y, particularmente, a los empleadores, como condición necesaria para erradicar la exclusión o subordinación de determinados grupos como las minorías raciales o las mujeres. Por otra parte, la prohibición de discriminación, al contrario que el principio de igualdad, no exige necesariamente la comparación entre dos supuestos individualizados equivalentes entre sí, precisamente porque el contraste se traslada en gran medida al ámbito colectivo en virtud de esta dimensión grupal; así, por ejemplo, el despido de una mujer por quedarse embarazada constituye una discriminación por razón de sexo

aunque la víctima sea sustituida por una mujer que no tiene hijos, dado que, no solo se produce un daño individual a la dignidad de la persona despedida, sino que, además, se está contribuyendo a reproducir la posición de inferioridad que sufren las mujeres como grupo en el mercado de trabajo. Por último, el principio de igualdad opera precisamente como un “principio”, es decir, como un mandato de optimización, que debe realizarse en el mayor grado que sea factible, dentro de las posibilidades de la realidad y del respeto de los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos, mientras que la prohibición es una “regla”, esto es, un mandato taxativo -como sucede con la prohibición de tortura-, que no admite ninguna gradación ni, en sentido estricto, ponderación con otros bienes jurídicos; así, por ejemplo, el interés empresarial legítimo puede justificar una cierta afectación del derecho a la intimidad de los trabajadores -porque la intimidad opera un principio-, pero no un cierto grado de discriminación racial³.

Todas estas particularidades derivan de la irrenunciable dimensión social o grupal del mandato antidiscriminatorio, que, sin embargo, no se suele hacer explícita en las formulaciones normativas. Estas tienden a utilizar un vocabulario de carácter individualista, ya sea por motivos coyunturales (para alcanzar más fácilmente un consenso político) o simplemente, por no existir un marco conceptual adecuado para la finalidad que realmente se pretende. Así pues, parafraseando y modificando la famosa frase de Canelutti respecto al convenio colectivo, podríamos decir que la prohibición de discriminación tiene cuerpo de derecho individual y alma de derecho colectivo. Generalmente, el lenguaje individualista de las normas antidiscriminatorias omite toda referencia a grupos sociales, disolviéndolos en la mención abstracta de una serie de “causas de discriminación” que operarían como motivos que impedirían la diferencia de trato. Esto puede llevar a una confusión con el principio de igualdad formal, considerándose que lo que se pretende evitar es el comportamiento irracional o arbitrario, como si el motivo para prohibir la discriminación por razón de sexo no fuera realmente la exclusión y subordinación que realmente sufren las mujeres, en detrimento de su dignidad, sino la circunstancia de que el sexo es un motivo irrazonable para la diferencia de trato. Lo cierto es que el ordenamiento jurídico permite muchas conductas irracionales -para garantizar la libertad humana- y, al mismo tiempo, algunas conductas económicamente racionales -como por ejemplo, la explotación de la vulnerabilidad social de los extranjeros- deben ser prohibidas para garantizar la dignidad de las personas afectadas. Sin asumir debidamente esta dimensión grupal del concepto de discriminación no puede en realidad comprenderse ni el fundamento de la prohibición, ni los elementos que tienen en común las distintas causas y modalidades, ni pueden entenderse instituciones como la prohibición de discriminación indirecta o la admisión de la acción positiva.

3 La distinción entre “reglas y principios” deriva de la doctrina de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993) [Versión original en alemán de 1986], 86-87.

Esta dimensión grupal está expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional español, que tras algunas vacilaciones iniciales, ha establecido de manera constante y reiterada, la autonomía del segundo inciso del art. 14 CE (prohibición de discriminación), respecto al principio de igualdad establecido al inicio del mismo precepto⁴. Esta independencia tiene consecuencias jurídicas muy importantes, especialmente en el ámbito laboral, por cuanto, siguiendo la tendencia histórica que hemos mencionado anteriormente, se considera que la prohibición de discriminación, al contrario que el principio de igualdad, vincula directamente a los particulares y que no implica necesariamente una operación de comparación con una situación equivalente. Ciertamente, esto no ha impedido que subsistan los usos impropios de la palabra discriminación⁵, que, de hecho, a veces se deslizan en el contenido de las normas jurídicas y en las resoluciones judiciales, incluso del propio Tribunal Constitucional. No obstante, este último siempre mantiene las diferencias de régimen jurídico, de modo que, en los casos en los que utiliza impropriamente el término, nunca pretende subsumirlo en el mandato proclamado en el segundo inciso del art. 14 CE ni, por tanto, en su particular estatuto jurídico. Si queremos distinguir la discriminación en sentido estricto de otros usos del término impropios, pero a veces legalmente sancionados, podemos denominar a esta conducta “discriminación grupal”, dado que, como hemos visto, está concebida para afrontar el riesgo de vulneración de la dignidad humana de los grupos vulnerables, como expresamente reconoce el propio Tribunal Constitucional⁶.

Ahora bien, en el ordenamiento español, el establecimiento del efecto directo sobre los particulares del segundo inciso del art. 14 CE tiene una complicación añadida, puesto que este artículo no contiene un número tasado de causas de discriminación, sino que establece una cláusula abierta “por cualquier otra condicion o circunstancia personal o social”, siguiendo el modelo de protección universalista de los convenios multilaterales de derechos humanos. En este contexto, resulta imprescindible construir una definición global de discriminación, que permita identificar cuáles son las circunstancias a las que se refiere el constituyente, sin retornar a la lógica insuficiente del principio de igualdad formal, sustentada sobre la necesaria razonabilidad de las diferencias de trato. Hay que destacar que

4 SSTC 128/1987, 168/1988, 19/1989, 145/1991, 229/19921, 173/1994, 240/1999, 200/2001, 39/2002, 17/2003, 27/2004, 161/2004, 175/2005, 182/2005, 41/2006, 342/2006, 3/2007, 233/2007, 59/2008, 62/2008, 176/2008, 36/2011, 51/2011, 63/2011, 79/2011, 116/2011, 104/2014, 66/2015, 31/2018, 91/2019, 74/2020, 172/2021, 67/2022.

5 “Existe un concepto vulgar de discriminación que no coincide con el concepto jurídico de discriminación”, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Los contornos de la discriminación”, *Trabajo, Persona, Derecho*, Mercado, nº 5 (2022), p. 20.

6 Así, por ejemplo, se afirma que la prohibición de discriminación “[...] impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana”, SSTC 269/1994 y 3/2018.

las teorías individualistas sobre la naturaleza de las causas de discriminación resultan claramente inoperantes. En efecto, elementos como el carácter innato o inmutable de las causas o su derivación del ejercicio de libertades básicas no permiten delimitar racionalmente las categorías objeto de protección, en la medida en que se pueden encontrar causas claramente admitidas que no responden en lo más mínimo a estos parámetros (por ejemplo, es irrelevante si una discapacidad es innata o adquirida para que sea digna de protección) y, al mismo tiempo, también existen motivaciones para la diferencia de trato que cumplirían alguno de estos requisitos pero que, sin embargo, nadie calificaría como discriminatorias (por ejemplo, contratar a un futbolista por un talento natural innato para el fútbol).

En definitiva, para definir correctamente la discriminación y, por tanto, identificar las “nuevas causas” no incluidas en el texto constitucional, es imprescindible visibilizar la dimensión social o grupal del fenómeno. Así pues, podríamos decir que la discriminación es un tratamiento que perjudica significativamente a un individuo, pero que al mismo tiempo está basado en la vinculación con un grupo social y que, por ello, contribuye a generar una pauta sistemática de degradación de la posición social y jurídica del grupo afectado. Por consiguiente, para saber si la enfermedad es o no una causa de discriminación prohibida, es preciso verificar si esta permite conectar a un sujeto con un grupo social susceptible de ser victimizado.

III. Las batallas judiciales para conseguir la nulidad del despido por incapacidad temporal

En el contexto español, el debate acerca del reconocimiento de la enfermedad como causa de discriminación no puede disociarse de los denodados esfuerzos que han llevado a cabo numerosos profesionales del Derecho, dirigidos a obtener en sede judicial la calificación de nulidad de los despidos derivados de la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal. Estos esfuerzos han contado con un cierto apoyo doctrinal e incluso judicial, pero se han saldado hasta la promulgación de la Ley 15/2022 con un relativo fracaso, al verse parcialmente -pero no totalmente- bloqueados por las resoluciones adoptadas por los órganos superiores, no obstante lo cual, se han seguido sosteniendo con tenacidad durante décadas. A mi juicio, este debate aparece distorsionado porque la motivación última de estas estrategias no ha sido realmente la identificación de un grupo social vulnerable y sometido a relaciones sistemáticas de dominación -como sucede con las reivindicaciones feministas o las relativas a las minorías étnicas-, sino más bien la búsqueda de una alternativa a las evidentes deficiencias que presenta la regulación de las consecuencias jurídicas asociadas al despido improcedente en el ordenamiento español y que lo han convertido, en ocasiones, en una pauta normalizada de gestión de los recursos humanos.

Como es sabido, la calificación de improcedencia del despido atribuye en exclusiva al empleador la posibilidad de optar entre la readmisión del trabajador y el pago de una compensación económica tasada, salvo que este tenga la condición de representante. Esta indemnización es completamente previsible de antemano y excluye en principio cualquier otro tipo de compensación económica, como los daños y perjuicios acreditados o incluso los llamados “salarios de tramitación”, que solo se pagan en caso de readmisión. Por otra parte, su cuantía se basa exclusivamente en la antigüedad y el salario del trabajador despedido, sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia, de manera que puede ser extraordinariamente baja para los trabajadores de escasa antigüedad. En estos casos, un despido manifiestamente ilegal podría traducirse únicamente en una indemnización simbólica, para nada disuasoria, de cuantía tan reducida que, de hecho, resultaría totalmente contraproducente acudir a la vía judicial. Este estado de las cosas ha entrado en crisis en nuestro ordenamiento a partir de la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996, puesto que la interpretación que reiteradamente ha hecho de este instrumento el Comité Europeo de Derechos Sociales se opone claramente a la regulación española de las compensaciones por despido improcedente, lo que ha provocado que España haya sido denunciada ante dicho comité⁷.

Mientras tanto se resuelve este problema normativo, subsiste una palpable injusticia en la regulación de las indemnizaciones del despido improcedente de los trabajadores de escasa antigüedad, que, en lo que concierne a este trabajo, se ha puesto de manifiesto con particular virulencia en relación con la práctica que podríamos denominar “despido por enfermedad”. En estos casos, el empleador despidе a un trabajador por el mero hecho de haber suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal, generalmente para evitar los costes organizativos y económicos asociados a esta suspensión.

Esta situación repugna a la conciencia de los iuslaboralistas, puesto que se opone frontalmente a todos los valores sobre los que se sostiene la protección frente al despido y, por ende, toda la disciplina del Derecho del Trabajo. Ciertamente, la suspensión del contrato por incapacidad temporal es un derecho legalmente reconocido a todos los trabajadores, de modo que el despido derivado de esta constituye una represalia que atenta contra el reconocimiento mismo de dicho derecho. Por otra parte, el derecho a la suspensión por enfermedad o accidente tiene una conexión con la salud y, por tanto, de algún modo, con la integridad física y moral; ciertamente, si el trabajador se ve obligado a seguir trabajando a pesar de estar enfermo por miedo a las represalias del empresario, puede producirse en muchos casos un riesgo significativo de empeoramiento de su estado. Asimismo, esta situación no solo termina por negar el derecho a la suspensión por IT, sino

7 No obstante, en mi opinión, estas situaciones ya eran contrarias al principio de causalidad del despido derivado del art. 35 CE y al Convenio 158 de la OIT.

que también se opone frontalmente al principio de causalidad del despido, dado que constituye un despido manifiestamente ilícito y, en este sentido, fraudulento, en contraste con otros casos en los que el empleador tiene razones para creer que concurre una causa lícita -disciplinaria u objetiva- para despedir, pero finalmente la jurisdicción no las considera de entidad suficiente como para justificar la extinción.

De hecho, este desvalor específico del despido por enfermedad tiene un cierto reconocimiento internacional, en la medida en que se reconoce de manera explícita en el art. Convenio 158 de la OIT (art. 6)⁸ y en la Carta Social Europea [Anexo, art. 24.2 f)]. Por lo demás, en las primeras normas laborales sistemáticas del ordenamiento jurídico español existía una protección específica frente al despido por enfermedad (art. 90.1 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y art. 79.1 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944); posteriormente, en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 se establecía que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal debía calificarse como nulo salvo que se apreciara su improcedencia (art. 55.4), garantía que desapareció con la reforma flexibilizadora de 1994⁹.

En este contexto, los esfuerzos de los profesionales se han centrado en conseguir a toda costa la calificación de nulidad del despido del trabajador basado en la situación de incapacidad temporal, para evitar la injusticia material que se produce en estos casos de despido fraudulento cuando la escasa antigüedad del trabajador no permite garantizar una indemnización adecuada. A estos efectos, la principal estrategia -aunque no la única- ha sido la consideración de la enfermedad como causa de discriminación¹⁰. Por ese motivo, no se ha buscado en realidad una

8 Ciertamente, el carácter injustificado de esta causa admite excepciones, a diferencia de lo que sucede con las causas de despido injusto reconocidas en el art. 5 del mismo convenio, más relacionadas con una concepción más tradicional de los derechos humanos. En este sentido, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales*, 2 (2008), 62.

9 En lo que respecta al carácter histórico de la protección cualificada del despido por enfermedad, *Vid.* Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, “Despido por enfermedad...”, 61-62; Joan Agustí Maragall, “La nueva Ley 15/2022 para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, julio (2022), 10; Jaime Cabeza Pereiro, “La discriminación por enfermedad en el despido”, *Revista de Derecho Social*, 102 (2023), 38.

10 La cuestión se ha planteado también desde la óptica del derecho a la salud del art. 43 CE. A estos efectos, el Tribunal Supremo ha contestado con cierta ligereza que este no es un derecho fundamental [SSTS de 27 de enero de 2009 (Recurso nº 602/2008), de 22 de enero de 2008 (Recurso nº 3995/2006), de 22 de septiembre 2008 (recurso nº 3591/2006), de 18 de diciembre de 2007 (Recurso nº 4355/2006), de 11 de diciembre de 2007 (Recurso nº 4355/2006), de 22 de noviembre de 2007 (Recurso nº 3907/2006)], aunque algunas sentencias ciertamente hacían alusión a su conexión con el derecho a la integridad física y moral del art 15 CE. Finalmente, la STS (Social) de 31 de enero de 2011 (recurso nº 1532/2010) termina admitiendo, con buen criterio, que las presiones del empresario, utilizando la amenaza del despido, dirigidas a que el trabajador abandone el tratamiento médico con prescripción de baja laboral sí que constituyen

conexión entre la enfermedad y la configuración de grupos sociales victimizados, sino que se ha instrumentalizado la noción de discriminación para otros fines, acudiendo así a nociones vulgares o impropias del término, que terminan identificando la discriminación con cualquier diferencia de trato ilícita, irrazonable o injusta. De este modo, se anula la dimensión necesariamente grupal o colectiva del concepto de discriminación, con objeto de alcanzar un resultado materialmente justo, pero contribuyendo inadvertidamente a disolver la noción de discriminación en el paradigma individualista propio del principio de igualdad formal, lo que podría terminar por desactivar su eficacia real si se extiende al resto de las causas.

Estos intentos de distorsionar el concepto de discriminación para ponerlo al servicio de los intereses individuales de determinadas personas víctimas de un tratamiento injusto han sido bloqueados tanto por el Tribunal Supremo¹¹ como por el Tribunal Constitucional¹² (STC 62/2008), como no podía ser de otro modo, por cuanto lo contrario hubiera sido incoherente con la doctrina general del TC de que la prohibición de discriminación es una garantía relativamente autónoma del principio de igualdad formal, destinada a abordar las desigualdades sistemáticas que sufren o pueden sufrir las personas por razón de su vinculación a determinados grupos sociales, que resultan contrarias a la dignidad humana.

Hay que destacar que esta doctrina no se opone, en realidad, a que la enfermedad constituya una causa de discriminación protegida por el segundo inciso del art. 14 CE, sino que más bien explica con claridad cuáles son las circunstancias en las que esto sucede. Naturalmente, las enfermedades relacionadas con el embarazo o el parto podrían vincularse a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Pero también la enfermedad puede constituir en sí misma una causa de discriminación cuando este factor “[...] sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece [...]” (STC 62/2008, F.6). Como desarrollaremos más adelante, no cabe ninguna duda

un riesgo intolerable de afectación a la integridad física y moral. Sin embargo, no se admite que esta amenaza pueda estar implícita en un contexto empresarial de generalización del despido ilícito para los trabajadores enfermos, de modo que es necesario probar en cada caso la existencia de un riesgo efectivo para la salud del trabajador despedido individualmente considerado. Desde otra perspectiva, la STS (Social) Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 12 julio 2004 (Recurso 4646/2002), rechaza la posibilidad de alegar la garantía de indemnidad si no hay un ejercicio previo por parte del trabajador de actuaciones dirigidas a la tutela del derecho.

11 SSTS (Social) nº 366/2016 de 15 de mayo, de 27 de enero de 2009 (Recurso nº 602/2008), de 13 de febrero de 2008 (Recurso nº 4739/2006), de 22 de enero de 2008 (Recurso nº 3995/2006), de 18 de diciembre de 2007 (Rec. 4194/2006), de 11 de diciembre de 2007 (Recurso nº 4355/2006), de 22 de noviembre de 2007 (Recurso nº 3907/2006), de 23 de mayo de 2005 (Recurso nº 2639/2004), de 12 de julio de 2004 (Recurso nº 4646/2002), de 23 de septiembre de 2002 (Recurso nº 449/2002), de 29 de enero de 2001 (Recurso nº 1566/2000).

12 STC 62/2008 de 26 de mayo.

de que la enfermedad puede utilizarse como rasgo distintivo para generar grupos excluidos, marginados o victimizados, pero esto no implica que la incapacidad temporal para el trabajo permita siempre identificar esta dimensión grupal.

De hecho, en realidad, este elemento de vinculación grupal no es una particularidad de la enfermedad como causa de discriminación, sino que debe concurrir también en todas las demás; así, por ejemplo, las distinciones jurídicas por razón de edad o discapacidad no siempre tienen un carácter segregador. Sin embargo, esto no siempre se hace explícito, porque en el plano teórico existe una significativa confusión entre las clasificaciones sociales que generan la discriminación (“grupos sociales”) y las características personales que pueden activar estas clasificaciones en un momento dado (“rasgos distintivos”) ¹³. En los casos en los que estas características no operan como rasgos distintivos, es decir, cuando adquieren relevancia por sí mismas y no por su aptitud para activar categorías sociales, se entiende que no concurre discriminación, pero esto se tiende a explicar, en el mejor de los casos, a través de la mención del “requisito esencial y determinante” y, en el peor de los casos, a un esquema de razonabilidad y proporcionalidad que implica un discreto y desafortunado retorno al principio de igualdad formal. Naturalmente, las insuficiencias de este esquema teórico se hacen patentes en casos como el despido por IT, en los que puede existir una conducta que no sea discriminatoria porque no implique una vinculación grupal, pero que al mismo tiempo, tampoco esté justificada.

Sin embargo, algunos aspectos de esta doctrina resultan criticables, al menos en su formulación lingüística. En primer lugar, parece poner demasiado énfasis en la intencionalidad del empresario, cuando cuando es por todos sabido que la discriminación no se cualifica necesariamente por la intención, sino más bien por sus efectos. Así, cuando un empresario despide a una trabajadora por quedarse embarazada, seguramente no tiene ninguna intención de segregar ni de excluir a las mujeres del mercado de trabajo, sino que opera movido únicamente por el interés económico, pero aún así su conducta es discriminatoria porque de hecho tiende a producir esta exclusión ¹⁴. En esta línea, resulta llamativo que no existan referencias,

13 Diego Álvarez Alonso D., y Antonio Álvarez del Cuvillo, “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132 (2006): 1020-1026.

14 Así, la STC argumenta “[...] la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla”. El argumento no es irrelevante, puesto que, en caso de que el despido empresarial estuviera sostenido sobre estereotipos y prejuicios sobre las personas que tienen una determinada enfermedad (por ejemplo, fantasías sobre el contagio del VIH por vía no sanguínea), su carácter segregador estaría fuera de toda duda. Sin embargo, no resultaría concluyente, dado que es posible imaginar situaciones en las que el empresario actúe únicamente movido por un interés económico cierto (por ejemplo, si le constara que es su

siquiera *obiter dicta* a la posibilidad de alegar discriminación indirecta en relación con los posibles impactos desfavorables por edad, discapacidad o enfermedad estigmatizante¹⁵. En conexión con esta relevancia de la intencionalidad, resulta aún más criticable el énfasis que se pone en la doctrina del Tribunal Constitucional y, con mayor intensidad, en las sentencias del Tribunal Supremo, en el interés económico del empresario, que podría dar a entender erróneamente que esta circunstancia permite excluir la discriminación. Naturalmente, pueden producirse numerosas situaciones en las que el empresario lleve a cabo una conducta tendente a la segregación, victimización, exclusión o explotación grupal, precisamente porque le interesa económicamente¹⁶. En realidad, lo que se quiere decir es que, en los casos controvertidos, la causa de la diferencia de trato no es la “enfermedad” como categoría social clasificatoria (equivalente en este sentido al género o la raza), sino precisamente la incapacidad transitoria del trabajador para desempeñar sus tareas, lo que ciertamente es ilícito, pero no porque contribuya a someter o marginar a un grupo social determinado, sino más bien porque la legislación ordinaria, para favorecer la estabilidad del vínculo, establece un derecho del trabajador a la suspensión del contrato de trabajo que en estas situaciones se habría visto vulnerado.

De cualquier modo, si la enfermedad no puede ser en todo caso una causa de discriminación, otra estrategia posible para conseguir la deseada nulidad del despido, sería la de vincular la incapacidad temporal a la discapacidad, causa que goza de un reconocimiento normativo mucho más amplio y explícito. Desde la perspectiva del concepto de discriminación grupal que he defendido anteriormente, esta estrategia parte de un equívoco, por cuanto, si el despido por IT no es siempre discriminatorio porque no implica en todo caso la referencia a un grupo social que pueda ser objeto de segregación, lo mismo sucedería si se invocara cualquier otra causa. Dicho de otro modo, encontrar una “causa de discriminación” no consiste en identificar un motivo ilícito para la diferencia de trato, sino más bien en localizar un grupo social que pueda sufrir un perjuicio colectivo sistemático; por eso no resulta discriminatorio, por ejemplo, evitar la contratación de una persona ciega como chófer de autobús, en la medida en que lo que se tomaría en consideración en este caso sería el dato objetivo de su incapacidad para desarrollar las tareas correspondientes, sin que opere en este caso un mecanismo clasificatorio.

clientela quien tiene prejuicios frente a los portadores de determinada enfermedad), pero que, aún así, se produzca un efecto segregador.

15 Además, hay que tener en cuenta que la “discriminación por asociación” se aplica también a la adscripción indirecta al grupo, por lo que, en definitiva, la persona que impugna no tiene que pertenecer necesariamente al colectivo que sufre el impacto desfavorable. En este sentido, STJUE *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, de 16-7-2015, Apdo. 56.

16 Así lo expone con brillantez Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, “Despido por enfermedad...”, 64 (respecto a la doctrina del TS) y 80 (respecto a la jurisprudencia del TC). Por otra parte, critica de manera muy contundente la aparente validación de la racionalidad económica, Cabeza Pereiro, “La discriminación...”, 43.

Sin embargo, existía alguna posibilidad de soslayar este obstáculo invocando el Derecho de la Unión Europea y, en último término, promoviendo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. A nadie se le escapa que, a menudo, la cuestión prejudicial se utiliza para combatir una doctrina firmemente asentada en los órganos judiciales jerárquicamente superiores, pero que en último término no se comparte.

En este caso, se da la circunstancia de que, a pesar de que la prohibición de discriminación está prevista de manera general en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la práctica y en virtud del principio de subsidiariedad, solo puede tener una incidencia directa en los ordenamientos de los estados miembros a partir de la invocación de la regulación específica de las directivas antidiscriminatorias. Estas directivas se encuadran en un modelo de regulación intensamente particularista, de modo que no se proscribe la discriminación de manera universal, como una agresión intolerable a la dignidad humana, sino que se prohíbe formalmente la diferencia de tratamiento basada en un número limitado de causas y solo respecto de los ámbitos sociales expresamente previstos en cada norma. Ciertamente, todas estas causas aluden en último término a clasificaciones sociales que permiten configurar grupos vulnerables o, en cualquier caso, susceptibles de ser sistemáticamente victimizados en un momento dado. Sin embargo, el texto de las normas utiliza un lenguaje fuertemente individualista, eludiendo cualquier referencia al carácter grupal de la discriminación. Así pues, en ningún momento se explicita el fundamento último de toda esta normativa, es decir, cuál es la razón que determina la selección de las categorías “sospechosas”. Ni siquiera existe, como hemos visto, un concepto de discriminación que unifique las distintas modalidades. En este contexto el debate sobre la concurrencia de la discriminación se termina deslizando inevitablemente al problema de la concurrencia de la causa. Así, por ejemplo, en la famosa sentencia *P v. S*, ante el despido claramente discriminatorio de una persona por cambiarse de sexo, el Tribunal de Justicia hubo de acudir de manera un tanto forzada a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que era la única causa que en aquel momento estaba reconocida, a pesar de que era evidente que en ese caso el grupo vulnerable afectado por la represalia empresarial no eran las mujeres, sino las personas transexuales¹⁷.

De este modo, dada la innegable conexión que existe entre la enfermedad y la discapacidad, si el Tribunal de Justicia hubiera declarado que ambas categorías son idénticas, forzosamente tendría que haberse admitido la enfermedad como causa de discriminación en el ordenamiento español, lográndose así la deseada nulidad del despido causado por la baja por IT. Sin embargo, este órgano adoptó una postura moderadamente restrictiva. En efecto, sin dejar de admitir que hay enfermedades que pueden ser calificadas como discapacidades, también declaró

17 STJ *P v. S*, de 20-4-1996.

que esto no sucede en todos los casos. Sin que sea necesario en este momento entrar en mayores matices, en términos generales podría decirse que el elemento determinante en este caso es la duración de la afectación de la salud, de modo que, en principio, una enfermedad de “larga duración” sí podría considerarse como una discapacidad¹⁸. Desde luego, el Tribunal de Justicia utiliza este criterio como elemento definitorio de la discapacidad y no como elemento definitorio de la discriminación, pero lo cierto es que la conexión no es arbitraria. En efecto, la “larga duración” atribuible a la discapacidad implica una mayor facilidad de estas características personales para configurar grupos sociales potencialmente vulnerables, mientras que, por el contrario, es bastante más difícil que una dolencia de carácter puramente transitorio permita activar mecanismos clasificatorios que permitan diferenciar grupos humanos. Este es precisamente el motivo implícito, por el que la prohibición de discriminación por razón de discapacidad goza en términos generales de un mayor reconocimiento internacional que la prohibición de discriminación por razón de enfermedades que tengan un carácter más efímero.

De un modo u otro, no puede decirse que esta estrategia fracasara completamente, por cuanto la constatación de que una alteración de la salud de larga duración puede considerarse como una discapacidad, seguramente permite atender adecuadamente muchas de las situaciones de injusticia material a las que se ha hecho referencia anteriormente. Sin embargo, seguían existiendo supuestos en los que los trabajadores estaban desprotegidos frente a despidos manifiestamente injustos, motivados por la suspensión del contrato de trabajo por una dolencia de corta duración, al menos hasta la promulgación de la Ley 15/2022.

IV. Los posibles efectos de la inclusión de la enfermedad en la Ley 15/2022

En este contexto, en el que la doctrina judicial parecía inamovible, la prohibición expresa de discriminación por enfermedad en la Ley 15/2022, integral, de igualdad de trato y no discriminación ha reactivado el debate, permitiendo sostener de nuevo la nulidad del despido motivado por la incapacidad temporal del trabajador.

Aunque ciertamente esta ley incorpora una cláusula abierta, siguiendo el modelo del art. 14 CE, renuncia a establecer un concepto general de discriminación que permita identificar la aparición de cualesquiera causas de discriminación que puedan existir o aparecer en el futuro, lo que puede implicar que la discusión sobre la existencia de discriminación se termine desviando una vez más hacia el debate

18 STJ *Chacón Navas*, de 17-7-2006 (Apdos. 43 y 45) y posteriormente, invocando ya la Convención de la ONU, SSTJ *HK Danmark (Ring)*, de 11-4-2013 (Apdos. 38 y 39); *Kaltoft*, de 18-12-2014 (Apdo. 53); *Daoudi*, de 1-12-2016 (Apdo. 42). Esta doctrina ha sido, en todo caso, recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien creo que para este trabajo no es necesario citar estas sentencias.

por la concurrencia de la causa. Para evitar la incertidumbre en este sentido, el legislador incorpora un listado muy prolijo de “categorías sospechosas”, con ánimo de abarcar todos los supuestos de discriminación imaginables. Así, en el caso que nos ocupa, se incorporan una pluralidad de causas relacionadas con el estado de salud que en cierto modo se solapan entre sí, pero que ciertamente se diferencian por algunos matices que podrían ser significativos para un órgano judicial que hiciera una lectura restrictiva de cada una de las expresiones: la “enfermedad”, la “condición de salud”, el “estado serológico”, la “predisposición genética a sufrir enfermedades y trastornos” y, naturalmente, también la “discapacidad”, son características que están íntimamente relacionadas entre sí (del mismo modo a como lo están, por ejemplo, la “raza”, la “etnia”, el “color de la piel” y la “lengua”), porque en realidad, operan, a menudo simultáneamente, como rasgos distintivos de distintas clasificaciones sociales relacionadas con el estado de salud.

Hay que aclarar que las características “estado serológico” y “predisposición genética a sufrir enfermedades y trastornos” no resultan en absoluto problemáticas respecto al concepto constitucional de discriminación grupal¹⁹, dado que ambas son muy proclives a configurar grupos sociales potencialmente vulnerables, de manera que, la generalización del trato peyorativo fundado en estos factores terminaría provocando una posición de marginación o subordinación de estos grupos humanos. Por otra parte, el término “condición de salud” resulta muy ambiguo y genérico y podría referirse tanto a clasificaciones grupales abiertamente segregadoras como simplemente a alteraciones de la salud de carácter efímero que no pudieran ser consideradas como enfermedad en sentido estricto (como por ejemplo una lesión provocada por un accidente). De cualquier modo, la inclusión de la palabra “enfermedad” permite reabrir el debate que hemos visto en el epígrafe anterior, por cuanto, aunque en algunos casos se podría solapar con la discapacidad, en otros casos se podría referir a dolencias puramente transitorias y en este último caso es necesario determinar si puede funcionar como una causa de discriminación autónoma.

Hasta el momento, la postura dominante en la doctrina académica es la que entiende que la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación ha supuesto un cambio significativo respecto al estado de las cosas que se había consolidado a partir de la jurisprudencia anteriormente mencionada, de manera que, a partir de este momento, los despidos basados en la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal deberían de calificarse como nulos²⁰.

19 En este sentido, Erik Monreal Bringsvaerd, “Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes), Trabajo y Empresa. Revista de Trabajo, 2: 2 (2023), 43-44.

20 Agustí Maragall, “La nueva Ley 15/2022...”, *per totum*; Inmaculada Ballester Pastor, “La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 64 (2023), p. 76; Cabeza Pereiro, “La discriminación...”, 46; Vanesa Cordero Gordillo, “El despido de la

Lógicamente, de ello no se desprendería la nulidad automática de los trabajadores que se encontraran en esta situación, sino que sería necesario aportar algún indicio de la relación de causalidad entre incapacidad temporal o despido y, de cualquier modo, el empresario podría refutar la prueba indiciaria de acuerdo con los parámetros ya conocidos de la redistribución de la carga de la prueba.

Esta misma conclusión es la que hasta el momento resulta dominante en la “jurisprudencia menor”²¹ y parece haberse consolidado en los últimos meses, al menos hasta que el Tribunal Supremo o, en su caso, el Tribunal Constitucional, tengan ocasión de pronunciarse de nuevo sobre la cuestión. Así pues, la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia explicitan que la nueva normativa implica necesariamente una ampliación del ámbito subjetivo de la prohibición de discriminación, modificando así el estado de cosas preexistente, o simplemente, lo dan por supuesto de manera implícita, al no tomar en consideración las pautas jurisprudenciales. Igualmente, asumen que no se trata de una nulidad automática,

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*, 13:1 (2023), pp. 17-23; José Luis Goñi Sein, “La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia & Trabajo*, 1 (2022), p. 19. Esta fue también mi primera interpretación de la norma, aunque sin dejar de criticar que esta situación llevaba a una banalización del concepto de discriminación: “[...] Con ello se alcanza, a mi juicio, un resultado materialmente deseable, pero a costa de banalizar el concepto de discriminación para confundirlo con el de injusticia.” Antonio Álvarez del Cuvillo, “La ley integral para la igualdad de trato y no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, *Briefs de la AEDTSS*, 2022 [en la versión online inicial, puesto que modifiqué la postura en la recopilación]. En sentido similar, esto es, admitiendo la relevancia del cambio normativo, pero criticando la desnaturalización del concepto de discriminación, María José Asquerino Lamparero, “La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación”, *Temas Laborales*, 165 (2022): 178-179.

- 21 Por todas, *Vid.* SSTSJ de Asturias, nº 1500/2023 y nº 1547/2023, de 14 de noviembre, nº 1352/2023 de 31 de octubre, 1041/2023 de 25 de julio.; SSTSJ de Castilla-León, Valladolid nº 1446/2023, 610/2023, de 3 de octubre, 1251/2023 de 18 de septiembre, 1066/2023 de 17 de julio, entre otras; STSJ de Castilla y León, Burgos, nº 589/2023 de 20 julio; STSJ Cantabria nº 701/2023 de 27 de octubre, nº 672/2023 de 16 de octubre; y nº 697/2023 de 24 de octubre; STSJ Extremadura, nº 575/2023, de 25 de octubre y 562/2023, de 19 de octubre; STSJ Castilla-La Mancha, nº 1451/2023, de 20 de octubre, 1419/2023, de 17 de octubre, 1371/2023 de 5 de octubre, 1358/2023 de 5 de octubre, 1349/2023 de 29 de septiembre, 1339/2023 de 29 de septiembre y 1126/2023 de 6 de julio; STSJ País Vasco, nº 1878/2023 de 26 de julio; STSJ Canarias, Las Palmas, nº 1143/2023 de 27 de julio; SSTSJ Madrid, nº 701/2023 de 12 de julio, 664/2023 de 30 de junio; STSJ Aragón, nº 559/2023 de 30 de junio; STSJ Galicia, nº 3107/2023 de 29 de junio (aunque hay al menos una sentencia en sentido contrario). Por otra parte, otros tribunales (Andalucía, Comunidad Valenciana, Cataluña, Islas Baleares) aunque no aplican todavía la ley, por referirse a supuestos anteriores a ella, parecen asumir el mismo resultado. Por último, más allá de la cuestión del despido, la SAN nº 80/2023 de 19 de junio asume también que se ha añadido una causa nueva, en una argumentación que parece ignorar la existencia de una cláusula de apertura en el art. 14 CE (por otra parte reproducida en la propia Ley 15/2022).

sino que, por el contrario, es necesario que el demandante aporte indicios del nexo causal entre el despido y la enfermedad y, de hecho, en algunos casos, han terminado desestimando sus pretensiones. Sin embargo, estos razonamientos sustituyen automáticamente la “enfermedad”, por la “incapacidad temporal”, esto es, la suspensión del contrato de trabajo justificada en una alteración de la salud. De este modo, se asume que los indicios deben conectar el despido con la suspensión del contrato a iniciativa del trabajador, sin exigir, a su vez, un razonamiento que una esta suspensión del contrato con la enfermedad entendida como criterio clasificatorio que permite la construcción de grupos sociales²².

No obstante, lo anterior, algunas voces minoritarias en la doctrina académica y judicial entienden que la promulgación de la Ley 15/2022 no ha supuesto ninguna variación en el estado de las cosas preexistente respecto a la calificación del despido por IT.

A este respecto, se ha planteado una objeción relativa a la ordenación constitucional del sistema de fuentes. Partiendo de la base de que la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación altera la dimensión constitucional del concepto, explicitada en la doctrina de la STC 62/2008, se entiende que una modificación tal del estado de las cosas no puede aprobarse por ley ordinaria, sino por ley orgánica, por cuanto resultaría de aplicación la reserva del art. 81.1 CE²³. Tengo que decir que no comparto esta argumentación, y ello por dos motivos distintos. En primer lugar, entiendo que la mención a “los derechos fundamentales y las libertades públicas” que se hace en el art. 81.1 CE tiene un carácter estrictamente literal en relación con la sistemática del texto constitucional, es decir, se refiere exclusivamente a los derechos proclamados en la sección primera del capítulo segundo, que precisamente se titula “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”; esta es, por cierto, la postura mayoritaria en la doctrina²⁴ y la que en principio se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁵.

22 Ciertamente, podría aducirse que el mismo mecanismo opera en el caso de la suspensión por cuidado de hijos o las enfermedades relacionadas con el embarazo. Sin embargo, en estos casos, existe una conexión muy clara entre estas formas de tratamiento y las desigualdades sociales sistemáticas que sufren las mujeres en el mercado de trabajo.

23 Monreal Bringsvaerd, “Enfermedad, discriminación...”, 45-46.

24 En relación con la Ley 15/2022 en particular, Cabeza Pereiro, “La discriminación...”, 39; Goñi Sein, “La Ley 15/2022...”, 8-9.

25 La STC 76/1983 establece “Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el art. 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario [...] que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del título I habrían de quedar sujetas a reserva de Ley orgánica. Existe, pues, una exclusión expresa del art. 14 en el art. 81. 1 de la Constitución”. No obstante, la cuestión es debatible, porque se justifica esta exclusión en el hecho de que la igualdad, en sí misma considerada “[...] no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas”. Hay que reconocer que la distinción neta entre igualdad y

En segundo lugar, esta argumentación solo puede sostenerse sobre la premisa implícita de que una Ley Orgánica puede enmendar la Constitución, haciéndole decir algo que realmente no dice, que no podemos admitir de ninguna manera. Este segundo motivo es el más contundente y también el que enlaza con la postura que personalmente defiendo respecto a la inclusión de la enfermedad, por lo que exige una mayor clarificación.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha interpretado en sentido restrictivo la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, considerando que no se refiere a la regulación del ejercicio del derecho, sino exclusivamente a su “desarrollo”²⁶ directo e inmediato, en todo caso respetando el contenido esencial del derecho derivado necesariamente del propio texto de cada uno de los derechos, interpretado conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los convenios multilaterales en la materia. Este desarrollo consiste en la determinación de los titulares, la identificación de las concretas facultades que contiene el derecho, su alcance en las relaciones *inter privados*, las garantías fundamentales frente a los poderes públicos y, en el caso de los derechos de libertad, los límites necesarios para compatibilizarlo con otros derechos (STC 173/1998, de 23 de julio)²⁷.

Así pues, el “desarrollo” el derecho se refiere fundamentalmente a la determinación de su contenido básico, lo que resulta particularmente importante en aquellos derechos fundamentales que operan como “principios” o mandatos de optimización, que son la mayoría (derecho a la intimidad, libertad ideológica y religiosa, libertad de expresión, derecho al honor, etc.). En estos casos, el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales puede establecer determinados puntos

no discriminación apareció en 1987 y, por tanto, es anterior a esta sentencia; fruto de esta diferenciación, la prohibición de discriminación se ha ido consagrando como un derecho subjetivo específico, que, al gozar de las mismas garantías que los derechos fundamentales en sentido estricto (*ex. art. 53.2 CE*) y al equipararse a estos en la legislación ordinaria (por ejemplo, en el art. 55.5 ET), se entiende habitualmente como un derecho “fundamental” en sentido material. No obstante, precisamente la inclusión expresa del art. 14 CE en las garantías del art. 53.2 CE permite deducir que su omisión en el art. 81.1 CE era intencionada, por lo que a estos efectos debe predominar una interpretación literal y sistemática. De hecho, el Tribunal Constitucional adopta siempre una postura literal, de modo que, por ejemplo, también excluye expresamente la reserva de ley orgánica para desarrollar el derecho a la objeción de conciencia (STC 160/1987, de 27 de octubre). En base a esta interpretación del art. 81.1 CE y, ya en relación con la incorporación de la enfermedad como causa de discriminación en la Ley 15/2022, rechaza la necesidad de una ley orgánica la STSJ de Canarias, Las Palmas, 1143/2023, de 27 de julio. De manera más confusa, la STSJ de Galicia, 3107/2023 de 29 de junio considera que el carácter orgánico solo hubiera sido necesario para una restricción del derecho fundamental, pero no para una ampliación.

26 Por todas, STC 173/1998, de 23 de julio; 127/1994 de 5 de mayo; 67/1985, de 24 de mayo;

27 También la STC 127/1994, de 5 de mayo se refiere a la determinación del alcance del derecho y de sus límites en relación con los derechos de otras personas. Por otra parte, las SSTC 292/2000, de 39 de noviembre y 53/2002 de 27 de febrero, clarifican que el desarrollo se refiere exclusivamente a los límites al contenido del derecho fundamental mismo

de equilibrio entre derechos que podrían entrar en conflicto (por ejemplo, entre la libertad de expresión y el derecho al honor). Sin embargo, como hemos visto, la prohibición de discriminación es una “regla” que no admite diversos grados de cumplimiento. Así, por ejemplo, mientras que puede admitirse un cierto grado de limitación de la libertad religiosa para garantizar la libertad de empresa, no puede admitirse un cierto grado de discriminación racial que sea oportuno para garantizar las finalidades empresariales²⁸; si la conducta realmente es discriminatoria, no es admisible en ningún caso, dado que no puede “prevalecer” discriminación alguna. Asimismo, como ya hemos visto, en el ordenamiento español el mandato antidiscriminatorio del art. 14 CE tiene efecto directo, incluso sobre los sujetos privados, sin necesidad de un desarrollo legal.

Por otra parte, este efecto directo del mandato antidiscriminatorio se aplica también a la cláusula abierta. Esto se desprende claramente de la literalidad del art. 14 CE “[...] sin que pueda prevalecer discriminación alguna [...] o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, pero también concuerda con la práctica interpretativa del TC. Así, por ejemplo, en la STC 67/2022 se admitía la relevancia constitucional de las causas de “identidad de género” y de “expresión de género”, antes de su reconocimiento legal expreso. De ello se deduce sin ninguna duda que el legislador no puede añadir “nuevas” causas de discriminación, ni por ley ordinaria ni por ley orgánica porque, sencillamente, todas las causas de discriminación posibles están ya incluidas en la cláusula abierta del texto constitucional. Y lo están, lógicamente, en los términos establecidos por la doctrina del TC que entroncan con el carácter inherentemente grupal que tiene todo acto de discriminación, a diferencia de lo que sucede con el principio de igualdad formal, que responde a una lógica de comparación individual²⁹. Como se ha dicho anteriormente, esto sucede con todas las demás causas de discriminación reconocidas; por ejemplo, en el caso de la “lengua”, la conducta prohibida no se puede referir simplemente al conocimiento de un determinado idioma en sí mismo considerado, sino más bien a las situaciones en que la lengua conocida o hablada opera como rasgo distintivo que

28 En ese sentido, no puedo compartir la argumentación que plantea Monreal Bringsvaerd, “Enfermedad, discriminación...”, 46, que destaca que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entraría en el campo del “desarrollo” el establecimiento de límites en relación con otros derechos, como la libertad de empresa o la eficacia inter privados. La prohibición de discriminación directa ya se aplica directamente a los sujetos privados y no puede ceder ante la libertad de empresa, sino que es necesario delimitar su contenido.

29 En este sentido, comparto plenamente la doctrina de la STSJ de Galicia nº 4615/2023 de 25 de octubre, “En consecuencia, cabe avanzar ya que no puede ser invocada como causa de discriminación cualquier enfermedad en cualquier momento. No cabe la mera enfermedad ni cualquier enfermedad como categoría de discriminación per se sino sólo cuando la enfermedad produce segregación o estigmatización, exigencia que devuelve la categoría a los cauces propios de la discriminación, porque entonces sí cabe predicar de ella la identificación de un grupo concreto entre el común género humano (quienes padecen dicha enfermedad) y la marginación como nota histórica que produce esa enfermedad en tanto que estigmatiza y segrega, es decir, aparta a quien la padece.”

permite la formación de grupos sociales potencialmente victimizados, en realidad, por motivos étnicos o ideológicos. En este sentido, la “lengua” como causa de discriminación no sería en realidad una característica del sujeto, sino más bien una clasificación aplicada al sujeto en virtud de esta característica.

Por supuesto, el legislador -orgánico u ordinario- tampoco puede añadir al contenido del art. 14 CE causas de discriminación que no se incluyan en la cláusula final de apertura, por no tener carácter grupal. No se trataría en este caso de ampliar el contenido del derecho a no ser discriminado respecto a las facultades que constituyen su contenido esencial, sino de inventar un derecho fundamental nuevo, atribuyendo relevancia constitucional a un derecho que no la tiene, o bien otorgando las garantías propias de los derechos fundamentales a derechos que la Constitución no contempla como tales. Supongamos, por ejemplo, que se reformara la LOTC para establecer la posibilidad de recurso de amparo respecto al derecho a vacaciones pagadas; en este caso, no cabe ninguna duda de que se estaría vulnerando la Constitución. Tampoco podría una eventual Ley Orgánica de Huelga incluir en el ámbito de este derecho a los paros estudiantiles, que no guardan ninguna relación con el derecho previsto en el art. 28.1 CE ni con su finalidad (cuestión distinta sería que estos se pudieran vincular a otros derechos, como, en su caso, la libertad ideológica). Por poner un último ejemplo, aparentemente alejado del problema que nos ocupa, pero en realidad muy similar, el legislador no podría establecer que los “acuerdos individuales en masa” se encuentran protegidos por el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE, que se refiere necesariamente a acuerdos negociados por representantes de los trabajadores.

Lo que sí puede hacer el legislador es introducir nuevas causas de nulidad del despido, que no estén relacionadas ni con la discriminación grupal ni con los derechos fundamentales. Sin embargo, esta finalidad no se desprende de la Ley 15/2022, que se limita a enunciar un listado de causas de discriminación, sin hacer ninguna referencia a la calificación del despido. Ciertamente, como se ha adelantado, los legisladores utilizan en ocasiones el término “discriminación” de manera impropia, para referirse a determinadas diferencias de trato injustificadas y, por tanto ilícitas. Esta terminología resulta sin duda criticable desde una perspectiva teórica, pero puede corregirse por vía interpretativa, desconectando estos supuestos del ámbito de aplicación del segundo inciso del art. 14 CE, de manera que las garantías de los derechos fundamentales solo se aplicarán en caso de que el supuesto en cuestión pueda reconducirse a un derecho de este tipo. Así, el propio Estatuto de los Trabajadores reconoce abiertamente la discriminación por motivos sindicales, aunque el Tribunal Constitucional ha establecido de manera reiterada y constante que estas diferencias de trato habrían de encauzarse a través del art. 28.1 CE y no del art. 14 CE (en este caso también se trataría de un derecho fundamental, por lo que no se verían afectadas las garantías básicas). También se establece que los miembros de los órganos de representación unitaria no pueden

ser “discriminados” por el ejercicio de sus funciones [art. 68 c)], pero esto no puede interpretarse como una expansión del ámbito del art. 14 CE, sino simplemente como una medida legislativa de protección de los representantes unitarios. Otro ejemplo podría ser la supuesta “discriminación” por “vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa” reconocida en el Estatuto de los Trabajadores (art. 17). Ciertamente, en el caso -iertamente improbable- de que esta última causa operara como fundamento de un despido, este habría de ser declarado nulo, por mandato del legislador, pero no resultarían aplicables las garantías del art. 14 CE³⁰, salvo que el parentesco operara como rasgo distintivo de vinculación con un grupo social (como la “casta” entre personas de origen indio) o funcionara como nexo con un grupo social a través de la vinculación por asociación.

Sin embargo, no hay ningún indicio de que la ley haya intentado establecer una protección laboral específica de la suspensión por incapacidad temporal utilizando impropriamente el término “discriminación”. En efecto, la Ley 15/2022 no modifica los listados de causas de discriminación del Estatuto de los Trabajadores para incluir la enfermedad y, de hecho, tampoco se ha añadido esta causa posteriormente cuando se han modificado los listados en la Ley 4/2023 [que modificó art. 4.2 c) y 17] y el Real-Decreto Ley 5/2023 [que volvió a modificar el art. 4.2 c)]. No existe, por tanto, una voluntad explícita de establecer la nulidad del despido causado por la situación de incapacidad temporal del trabajador acudiendo a nociones vulgares o impropias de discriminación. De hecho, la Ley 15/2022 no es una ley específicamente laboral, sino precisamente una ley de desarrollo del art. 14 CE, como reconoce expresamente en su exposición de motivos y se desprende claramente de su articulado.

En base a este razonamiento, en caso de que se entendiera que el legislador ha pretendido alterar el concepto constitucional de discriminación, enmendando la interpretación del Tribunal Constitucional, no cabría otra conclusión que manifestar que dicha alteración es contraria a la Constitución Española, con independencia de si se hace uso de una ley ordinaria o de una ley orgánica. Sin embargo, existe una interpretación alternativa que me parece más razonable y que salva la constitucionalidad del artículo, a saber, que el legislador simplemente ha hecho explícita una causa de discriminación preexistente, que debe interpretarse

30 En este sentido, STSJ (Social) de Galicia, nº 5478/2022, de 7 de diciembre: “[...] la fundamentación positiva de tal causa de discriminación es la legalidad ordinaria, no la legalidad constitucional [...] Se podría incluso afirmar que el artículo 17 del ET utiliza el concepto de discriminación de modo técnicamente incorrecto al incluir al parentesco como causa de discriminación. Por ello, la discriminación por vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa del artículo 17 del ET no se encuentra dentro del paraguas protector de la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución Española y de la Ley 15/2022”.

necesariamente desde la dimensión social o grupal del concepto de discriminación³¹, lo mismo que las demás causas, como la discapacidad, la edad o la lengua. No en vano la exposición de motivos de la Ley 15/2022 establece: “Es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto”. Se alude a que la ley no se orienta a crear nuevos derechos, precisamente porque el mandato antidiscriminatorio del art. 14 CE despliega efecto directo, afectando también a las relaciones *inter privados* y a todas las causas de discriminación imaginables. Por consiguiente, en este sentido se trata de un mandato cerrado en sí mismo en el precepto constitucional, de manera que la ley no pretende incorporar nuevas facultades, sino garantizar su eficacia real a través de distintas estrategias. Por último, no pretende en ningún caso enmendar la jurisprudencia constitucional, sino precisamente integrarla en una regulación explícita que facilite su conocimiento y aplicación.

De hecho, el reconocimiento expreso del estado de salud como causa posible de discriminación no constituye, en realidad, una novedad de la Ley 15/2022. Así, el art. V E de la Carta Social Europea de 1996 establece la “salud” como una causa de discriminación prohibida, que también se contempla en el art. 4.3 del Convenio de Estambul (“estado de salud”)³². De igual modo, el TEDH ha considerado el hecho que los portadores del VIH constituyen un grupo vulnerable, merecedor de una protección cualificada frente a la discriminación³³. Asimismo, el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales se refiere a las características genéticas, lo que permite abarcar la predisposición genética -real o supuesta- para tener determinadas enfermedades. Por último, el propio ordenamiento interno español reconoció ya expresamente la enfermedad como causa de discriminación en el art. 6.1 de la Ley 33/2011 de salud pública.

Como hemos visto anteriormente, no hay ninguna duda respecto a la aptitud del “estado serológico” o de la “predisposición genética a sufrir patologías o trastornos” para configurar grupos humanos potencialmente vulnerables. En lo que respecta a la enfermedad o a las alteraciones de la salud de larga duración,

31 Ya expuse, de manera más resumida esta conclusión en mi artículo “La Ley Integral para la Igualdad: Un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución”. *Temas Laborales*, 165 (2022), 106-109.

32 En lo que respecta al derecho comparado, podemos destacar que el art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos contempla la prohibición de discriminación por las “condiciones de salud”; el art. 11.2 de la Constitución de la República de Ecuador prohíbe la discriminación por el “estado de salud” y por “portar VIH”; el art. 22 de la Constitución de Burundi prohíbe la discriminación por tener VIH u otra enfermedad incurable.

33 *SSTEDH Kiyutin v. Rusia*, de 10 de marzo de 2011, Apdo. 64 y *Novruk y otros v. Rusia*, de 15 de marzo de 2016, Apdo. 100. El TEDH tiene un concepto muy amplio y formalista de “discriminación”, que se confunde con el de desigualdad injustificada; sin embargo, al mismo tiempo reconoce una protección cualificada conectada con los casos de victimización grupal, a través de la consideración de los “grupos vulnerables”.

ciertamente, estos supuestos encajarían fácilmente en el concepto de “discapacidad”, por lo que se produciría un cierto solapamiento entre las distintas causas enumeradas, como también se produce, como hemos visto, entre la “enfermedad” y las demás causas asociadas al estado de salud³⁴. Sin embargo, estos solapamientos son muy habituales en los listados de causas, debido a la confusión generalizada entre las categorías sociales y los rasgos distintivos que activan el mecanismo clasificatorio y también al hecho de que la ausencia de una definición explícita de discriminación produce una cierta incertidumbre respecto a la posibilidad de que queden espacios vacíos sin cubrir. Así, por ejemplo, el origen racial, el color de la piel, el origen étnico y la lengua se refieren en realidad al mismo tipo de clasificaciones “raciales”, tratándose simplemente de una diversidad de características personales (a las que en realidad podríamos añadir muchas otras) que, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, operan como mecanismos de adscripción a un grupo social potencialmente victimizado. Del mismo modo, la enfermedad o, en sentido más amplio, la condición de salud, son rasgos que, considerados en sí mismos, permiten en determinadas circunstancias configurar grupos sociales vulnerables. Como señalé anteriormente, cuando la dolencia en cuestión tiene un carácter puramente transitorio o efímero es mucho más difícil constituir grupos humanos reconocibles y precisamente por eso la causa de la “discapacidad” ha gozado de un mayor desarrollo legislativo en el ámbito internacional, europeo e interno. Sin embargo, no es para nada imposible que una dolencia efímera desencadene procesos clasificatorios y, de hecho, como veremos, los supuestos son mucho más numerosos de lo que aparece a primera vista, solo que han quedado invisibilizados por el peso que tiene en el debate académico y judicial la indignación acerca de la injusticia del despido basado en la suspensión por IT. Por lo demás, la doctrina de la STC 62/2008 simplemente pone de manifiesto la necesidad de una dimensión social o grupal del concepto de discriminación, que concurre también en las demás causas; así, por ejemplo, la causa de la discriminación entre hombres y mujeres no son los caracteres sexuales, sino las construcciones de género que se activan a través de la percepción de estos rasgos. Esta dimensión grupal no ha sido cuestionada en ningún momento por la Ley 15/2022, que, de hecho, la reconoce expresamente en su exposición de motivos³⁵. Así, esta ley no se sitúa en un paradigma ideológico individualista, sino que precisamente hace un esfuerzo por situar la discriminación en el contexto de las relaciones de poder desiguales entre los grupos humanos. Sin embargo, a menudo

34 Cabeza Pereiro, “La discriminación...”, 46, destaca que el “fervor conceptualista” de las resoluciones judiciales tiene su base en una aproximación excesivamente rígida, derivada de la normativa de la UE, en la que las causas de discriminación se conciben como compartimentos estancos.

35 “Resulta relevante tener en cuenta que los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos”.

termina recayendo en categorías individualistas, simplemente porque no tiene a su disposición herramientas conceptuales apropiadas, al igual que sucede con los operadores jurídicos y las decisiones judiciales. Las limitaciones de este lenguaje individualista impiden o dificultan a los interesados la construcción de supuestos de verdadera discriminación por enfermedad, limitando el debate a la cuestión del despido basado en la suspensión por IT, problema que trataré de abordar en el epígrafe final.

En otro orden de cosas, lo que sí puede hacer el legislador, precisamente a partir de este paradigma grupal, es tomar en consideración las especificidades de la situación de vulnerabilidad de determinados colectivos, imponiendo a los sujetos públicos o privados la realización de comportamientos activos que desencadenen responsabilidades por omisión, como por ejemplo, los ajustes razonables en relación con la discapacidad o las medidas específicas previstas en la LOIEMH respecto a la igualdad entre mujeres y hombres. En estos casos se produce una cierta ampliación del contenido esencial del derecho a no ser discriminado, pero esta expansión no altera de ningún modo el concepto de discriminación, sino que contribuye precisamente a hacerlo efectivo en un contexto social de desigualdad estructural en el que determinados grupos se encuentran en una posición de desventaja sistemática. La discriminación no es otra cosa que un tratamiento peyorativo (real o potencial) a un individuo, derivado de la vinculación a uno o varios grupos sociales que contribuye a situar a estos grupos en una situación sistemática de subordinación o exclusión; así pues, la imposición de obligaciones positivas a empresas o instituciones simplemente permite identificar tratamientos peyorativos por omisión, sin que desaparezca la dimensión grupal del concepto. Por otra parte, la ley también puede establecer garantías adicionales a la aplicación estricta de la prohibición de discriminación, prohibiendo en términos objetivos la comisión de determinadas conductas sin necesidad de que se acredite su carácter discriminatorio. Esto último es, de hecho, lo que sucede en los supuestos a) b) y c) del art. 55.5 ET, que establecen la nulidad -salvo que se demuestre la procedencia- del despido de determinadas personas trabajadoras que se encuentran en situaciones que podrían vincularse a la discriminación de género, aunque esta última circunstancia no se consiguiera acreditar finalmente en juicio ni siquiera a través de la prueba indiciaria. Por supuesto, el legislador podría haber previsto una protección similar para las personas en situación de IT, lo que seguramente sería deseable, pero lo cierto es que no ha previsto ninguna medida de este carácter.

Ciertamente, en el art. 2.3 de la Ley 15/2022 parecen incorporarse garantías adicionales a la prohibición de discriminación, en la medida en que se establece una lista cerrada de motivos en los que resulta posible la diferencia de trato por razón de enfermedad: las necesidades del tratamiento, las limitaciones para el ejercicio de determinadas actividades y la salud pública. Este listado no es, empero, una novedad de esta ley, dado que se ha tomado literalmente del art. 6.3 de la

Ley 33/2011 General de Salud Pública. Tampoco supone ninguna alteración ni ampliación del concepto de discriminación, por cuanto se refiere simplemente a las situaciones en las que la “enfermedad” opera en sí misma como circunstancia justificativa de la diferencia de trato, por lo que no funciona como un criterio clasificatorio. En realidad, si un empresario despidе a un trabajador exclusivamente por la suspensión de la relación de trabajo por IT, precisamente esta decisión estará fundada en la limitación efectiva que la enfermedad supone para la realización de las tareas contratadas. Naturalmente, ello no implica que su decisión sea lícita, pero en este caso la ilegitimidad no se sostendría sobre la contribución del tratamiento a la desigualdad sistemática de los grupos humanos, sino más bien sobre la vulneración del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, concebido para garantizar la estabilidad del vínculo. Dicho de otro modo, desde una perspectiva constitucional se estaría vulnerando automáticamente el derecho al trabajo del art. 35 CE, pero no la prohibición de discriminación, salvo que se termine perjudicando a un grupo social. Esto es difícil de advertir desde la habitual consideración de la discriminación en sentido impropio, que la identifica con cualquier desigualdad que se considere injustificada y que, por tanto, difícilmente puede admitir que un tratamiento peyorativo que a primera vista se relaciona con una causa prohibida sea injustificado, pero no discriminatorio. Como ya se ha adelantado, esto es lo que realmente implica la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la consideración “estrictamente funcional” de la incapacidad para el trabajo, que, a pesar de su lenguaje desafortunado, en ningún caso debería interpretarse como una afirmación de legitimidad de las discriminaciones sustentadas sobre el interés empresarial. Así, por ejemplo, la causa de “predisposición genética a sufrir patologías o trastornos”, que no se ha considerado problemática, claramente puede relacionarse con la racionalidad de la gestión empresarial, pero eso no implica que pueda admitirse, precisamente porque genera relaciones sistemáticas de exclusión del mercado de trabajo de las personas a las que se les apliquen estas clasificaciones.

V. Propuesta final: estrategias para construir supuestos de discriminación grupal por enfermedad

Desde una perspectiva garantista, podría aducirse que la postura que defiende en este trabajo peca de un excesivo formalismo academicista, porque terminaría sacrificando los intereses reales y concretos de las personas enfermas para defender la pureza de una abstracción puramente imaginaria como es el concepto de discriminación. No obstante, lo cierto es que la difuminación del carácter grupal de la discriminación no carece de efectos perniciosos sobre la protección de los trabajadores, dado que contribuye a desactivar la operatividad de esta institución jurídica, nacida precisamente para abordar la ineficacia del principio de igualdad formal al que la perspectiva individualista retorna inadvertidamente.

Así, por ejemplo, la consolidación de la idea de que el legislador puede añadir o eliminar libremente causas de discriminación no incluidas en la literalidad del art. 14 CE en función de distintas opciones políticas, entra en conflicto con la universalidad del derecho, como derivado de la dignidad humana y con la necesidad de que este despliegue efecto directo para los particulares. Futuros legisladores podrían contemplar la idea de eliminar causas de discriminación políticamente controvertidas como la identidad sexual o la expresión de género, pero esto no resulta constitucionalmente admisible. Por otra parte, la omisión de los elementos colectivos del concepto de discriminación impide una comprensión adecuada de las políticas de acción positiva (que la lectura individualista asocia inmediatamente a la “discriminación inversa”), así como de la institución de la discriminación indirecta; no en vano los debates sobre el despido por suspensión basada en la IT eluden toda referencia a esta última modalidad de discriminación, en la medida en que no se consiguen configurar grupos sociales victimizados. Por último, el abandono de los elementos definitorios de la discriminación termina reconduciendo la cuestión de la justificación de los tratamientos controvertidos al esquema de razonabilidad propio del principio de igualdad formal, que puede instrumentalizar la dignidad humana en pos de determinados objetivos que se consideren legítimos. De hecho, la propia Ley 15/2022 acude erróneamente a este esquema general de justificación de las discriminaciones, precisamente debido a que no puede identificar correctamente el carácter grupal de la discriminación. Sin la dimensión colectiva no se puede entender cabalmente la justificación de determinados tratamientos basados, por ejemplo, en la lengua, la edad o la discapacidad; en cambio, el recurso a la “justificación razonable” permite introducir en último término el interés empresarial como elemento que podría ponderarse con la prohibición de discriminación. Por último, pero no menos importante, si la discriminación no se identifica necesariamente con un proceso de clasificación grupal, entonces la cláusula abierta que figura tanto en el art. 14 CE como en la propia Ley 15/2022 permitiría que cualquier alegación de trato diferenciado se enfocara por la prohibición de discriminación, banalizando este derecho e invisibilizando así los supuestos de desigualdad grupal sistemática.

Podría afirmarse entonces que la responsabilidad de proteger adecuadamente a la totalidad de los trabajadores enfermos corresponde al legislador y no solamente al mandato constitucional de prohibición de discriminación, sobre la que no pueden cargarse todos los problemas sociales. En ese sentido, es muy urgente, por ejemplo, reformar el sistema de compensación del despido improcedente, para revertir la desafortunada conversión de este acto ilícito en un mecanismo ordinario de flexibilidad externa. Asimismo, resulta posible, e incluso deseable, arbitrar un sistema específico de protección de los trabajadores en suspensión por incapacidad temporal, que contemple expresamente la nulidad. Ahora bien, también sucede que la perspectiva individualista que resulta actualmente dominante en el discurso sobre los derechos fundamentales está dificultando a los profesionales del Derecho

construir argumentos más ajustados, que en muchos casos podrían llevar a la calificación de nulidad del despido del trabajador enfermo³⁶.

En efecto, existen casos en los que puede conseguirse la nulidad del despido del trabajador en IT basándose en la prohibición de discriminación por razón de enfermedad en sí misma considerada, incluso dejando de lado las enfermedades de larga duración asimilables a la discapacidad o las asociadas al embarazo y, por tanto, a la discriminación por razón de sexo. Aparentemente, la doctrina del TC es bastante restrictiva, pero a mi juicio solo lo es en la medida en que no permite abarcar todos los supuestos imaginables, dado que la situación de baja por incapacidad temporal no es lo mismo que la enfermedad. Dicho de otro modo, merece la pena buscar y visibilizar determinados procesos de victimización grupal asociados a la enfermedad y que no siempre implican que el trabajador esté en situación de suspensión por incapacidad temporal. Precisamente por ello, los datos del estado de salud de las personas son delicados y no tienen que ser conocidos por el empresario si no es absolutamente necesario, de modo que no siempre la existencia de una suspensión del contrato por IT en sí misma considerada, opera en realidad como indicio de la existencia de un proceso de clasificación grupal basado en la enfermedad.

-En primer lugar, existen procesos de segregación grupal respecto a las enfermedades contagiosas, o que erróneamente se creen contagiosas, con independencia de si son de duración indefinida o limitada en el tiempo. Naturalmente, a menudo las necesidades de salud pública imponen una cierta separación física que generalmente tendría impacto en la capacidad para el trabajo, pero en ocasiones se imponen pautas de separación ajenas a la evidencia científica y basadas únicamente en el temor irracional (un ejemplo muy señalado puede ser el VIH) o bien en la consideración errónea de que una persona tiene una enfermedad contagiosa, que se enfocaría a través del concepto de “discriminación por error”. Así, por ejemplo, determinadas epidemias, como de hecho sucedió en los inicios de la pandemia de la Covid-19, pueden generar situaciones de pánico colectivo que tengan consecuencias laborales. A estos efectos hay que destacar que la causa de discriminación opera con independencia de las creencias subjetivas de la persona que toma la decisión controvertida; así pues, la conducta del empresario podría estar causada por sus propios estereotipos y prejuicios sobre

36 No puedo entrar aquí con detalle en la cuestión del derecho a la integridad física y moral. Aunque la postura de los tribunales ha sido inequívocamente restrictiva a este respecto, la doctrina de la STS de 31 de enero de 2011 admite la posibilidad de su vulneración cuando el despido tuviera un carácter intimidatorio. Sin embargo, debido a los sesgos individualistas de nuestra cultura jurídica, no se ha planteado todavía la cuestión de que un despido pudiera ser nulo por vulnerar los derechos fundamentales de otra persona distinta del trabajador despedido (de manera análoga al caso de la discriminación por asociación); en tal caso, no cabe duda de que a menudo el despido de un trabajador como represalia por suspender su contrato por IT puede llegar a coaccionar a otros trabajadores de que en el futuro eviten someterse al tratamiento médico requerido si ello exige la “baja laboral”.

las enfermedades contagiosas, pero también podría adelantarse a los hipotéticos impulsos irracionales de los compañeros de trabajo o de la clientela, adoptando decisiones discriminatorias en su propio interés.

-En segundo lugar, muchas enfermedades están asociadas en el imaginario colectivo a comportamientos sociales que son objeto de reprobación por, al menos algunos sectores de la sociedad, lo que podría provocar una cierta estigmatización. Así, por ejemplo, las enfermedades venéreas pueden vincularse a la promiscuidad sexual; asimismo, diversas dolencias pasajeras pueden relacionarse de manera estereotipada con un carácter descuidado y negligente, lo que también podría implicar consecuencias laborales.

-En tercer lugar, existe una clara estigmatización social de las enfermedades mentales, aunque estas tengan un carácter transitorio; así, por ejemplo, un trabajador podría tener circunstancialmente una depresión o un trastorno mental transitorio y, como consecuencia de ello, ser objeto de estereotipos y prejuicios por distintos motivos: valoración moral de su estado, miedo respecto a su comportamiento futuro, presunción errónea de su incapacidad para el trabajo, etc. Una vez más, resulta indiferente si estas disposiciones psicológicas operan en la persona que ejerce los poderes empresariales o si esta simplemente se anticipa a las posibles reacciones de los demás.

-En cuarto lugar, incluso al margen de la dolencia concreta sufrida por el trabajador, la enfermedad en sí misma o incluso la situación de suspensión del contrato de trabajo puede proyectar una imagen de “debilidad” de carácter estigmatizante, especialmente en el marco de las creencias asociadas a la competitividad extrema en el ámbito económico. Así, por ejemplo, un empresario puede presumir estereotipadamente que un trabajador tiene una salud débil y presumiblemente se va a dar de baja muy a menudo. También puede asumir que tiene un carácter débil o un compromiso insuficiente con la empresa por “darse de baja” por dolencias que, a juicio del empresario, deberían haberse soportado en el puesto de trabajo.

-En quinto lugar, una persona puede tener una enfermedad que no la incapacite para el trabajo y aún así, podría asumirse erróneamente de manera estereotipada que el empleado no puede prestar servicios o realizar determinadas tareas.

-En sexto lugar, determinadas enfermedades o dolencias -transitorias o no, incapacitantes para el trabajo o no- o tratamientos especialmente invasivos pueden tener manifestaciones físicas perceptibles que, una vez más, podrían generar incomodidad o activar estereotipos en el empresario, los compañeros de trabajo o los clientes.

-En séptimo lugar, no debemos olvidar la posibilidad de la vinculación directa por asociación. Así, por ejemplo, una persona puede sufrir represalias por tener un pariente enfermo.

-En octavo lugar, incluso aunque el empresario no conozca la dolencia supuestamente sufrida por el trabajador, podría poner en práctica determinadas medidas que terminaran produciendo un impacto desfavorable sobre determinados grupos identificables y caracterizados por su edad, discapacidad o enfermedad estigmatizante, lo que nos llevaría a la institución de la discriminación indirecta. Asimismo, hay que recordar que cabe la vinculación indirecta por asociación, de modo que las personas víctimas de estas prácticas sistemáticamente perjudiciales para determinados colectivos, pueden impugnarlas aunque no pertenezcan a ellos. Así, por ejemplo, a menudo podrá justificarse que la práctica empresarial generalizada de despedir automáticamente a los trabajadores por suspender su contrato por IT tendría un impacto desfavorable no justificado sobre determinados colectivos. De este modo, a través de la lógica de la discriminación indirecta puede procurarse la nulidad del despido sin evadir la naturaleza grupal de la prohibición de discriminación.

En definitiva, la prohibición de discriminación por enfermedad proclamada en la Ley 15/2022 está plenamente justificada y, de hecho, no es una inclusión constitutiva, sino que se limita a enunciar una causa ya incluida en la cláusula abierta del art. 14 CE. Ahora bien, su operatividad no se puede desvincular de la necesidad de identificar uno o varios grupos sociales, sean estos permanentes o efímeros, que puedan verse sistemáticamente victimizados. No puede confundirse la discriminación con la injusticia y debe reservarse la aplicación del mandato antidiscriminatorio exclusivamente para los supuestos para los que está concebido, adoptando otras medidas para proteger los supuestos que quedaran fuera de la protección de este derecho fundamental en particular.

VI. Bibliografía

Agustí Maragall, Joan. “La nueva Ley 15/2022 para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, julio (2022): 5-20.

Álvarez Alonso D., y Antonio Álvarez del Cuvillo. “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132 (2006): 997-1044.

- Álvarez del Cuvillo, Antonio. “La ley integral para la igualdad de trato y no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”. *Briefs de la AEDTSS*, (2022). <<https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque>> .
- Álvarez del Cuvillo, Antonio. “La Ley Integral para la Igualdad: Un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución”. *Temas Laborales*, 165 (2022): 87-120.
- Asquerino Lamparero, María José. “La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación”. *Temas Laborales*, 165 (2022): 151-182.
- Ballester Pastor, Inmaculada. “La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64 (2023): 28-96.
- Cabeza Pereiro, Jaime. “La discriminación por enfermedad en el despido”. *Revista de Derecho Social*, 102 (2023): 37-56.
- Cordero Gordillo, Vanessa. “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*, 13:1 (2023): 1-27.
- Goñi Sein, José Luis. “La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y el despido por enfermedad”. *Revista Justicia & Trabajo*, 1 (2022): 5-27.
- Monreal Bringsvaerd, Erik. “Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes). *Trabajo y Empresa. Revista de Trabajo*, 2: 2 (2023): 35-68.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y María Fernanda Fernández López. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales*, 2 (2008): 61-81.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. “Los contornos de la discriminación”. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 5 (2022): 19-27.

LA INFLUENCIA DE LA REFORMA LABORAL EN LAS PYMES

JOSÉ BLAS FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Presidente del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Cádiz-Ceuta

Tras los acuerdos del principal fruto del Diálogo Social tripartito y con el Acuerdo alcanzado en diciembre de 2021 sobre la reforma laboral, plasmado en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, entre el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT se centraron los objetivos para un cambio y reforzar el mecanismo de los ERTE'S, como medida de flexibilidad interna que ayuden a sostener el empleo, pero esos debates y promesas políticas poco han servido para crear empleo en las pymes, porque tras el anuncio de una gran reforma, todo ello ha quedado en la reducción de la temporalidad de los contratos de trabajo, por lo que esa gran reforma ha quedado en una mini-reforma que es como se le puede llamar.

Para las pymes podemos diferenciar algunos puntos que han sido la supresión de los contratos de trabajo por obra o servicio determinado (el más usado en las pymes y micropymes) y el que por su ausencia es el que más fraude ha provocado, ya que al innovar el contrato fijo-discontinuo se ha cometido un error importante porque no todas las actividades pueden utilizar este tipo de modelo contractual, como por ejemplo los sectores de servicios, comercio, industria, construcción, siderometalúrgica, etc.

En el contrato fijo discontinuo, la antigüedad del trabajador se reconoce en total y para la indemnización son los días efectivos de trabajo. Ahí ha supuesto un pequeño cambio que en resumidas cuentas ha supuesto un encarecimiento de este y un control por los empleadores en las fechas de su uso que de no tener memoria en su funcionamiento puede ocasionar despidos indeseados e indemnizaciones que antes no existían.

En esta reforma se han regulado los contratos formativos (formación en alternancia y contrato formativo para la obtención de la práctica profesional), situación que se da poco en las pymes, pues son muchos requisitos para llevar a

cabo, sin olvidar que en el de práctica profesional hay que hacer un plan formativo, el cual las empresas no suelen llevarlo a cabo por su complejidad.

Todo esto, quien suscribe, ha creído siempre más en un contrato de aprendizaje donde el propio empleador enseña el oficio y la materia a trabajar, pero al querer involucrar al empleador en materias formativas y disciplinas teóricas, éste al no conocerlas por lo variopinto que es el mercado laboral de las pymes no es bien aceptado y por lo tanto, su uso no se lleva a cabo y ha quedado muy disminuido.

Ahora, tenemos por defecto que en la contratación todos los contratos son indefinidos, es decir, que ello está solamente buscando una indemnización finalista, pero con un gran obstáculo que es la valoración de ese despido donde las circunstancias pueden ser variables, ya que si es utilizado el mismo como despido nulo, siendo el último tenedor de la calificación la jurisdicción del orden social, nos encontramos con un coste tan alto de salarios de tramitación y de cotizaciones que vuelve a empeorar el mercado de trabajo. Por ello, hemos comprobado cómo el periodo de prueba que establece todos los contratos es la herramienta más útil para rescindir la relación laboral, donde su aumento ha sido de más del 700%. Es más, se espera llegar al 900% y lógicamente es imparable la salida que están buscando estas pymes y micropymes para no verse de frente ni con un despido improcedente ni nulo, agudizándose la no contratación y aumentando sensiblemente la economía sumergida con el consiguiente menosprecio del mercado de trabajo.

Los contratos por circunstancias de la producción también han sido retocados en esta reforma, pues tienen causas previsibles, los cuales no pueden superar 90 días al año de contratación o causas imprevisibles como es el incremento ocasional de la producción incluidas las vacaciones, cuya duración será de 6 meses ampliables a 12 por convenio colectivo.

En esta reforma ha existido un gran varapalo a la figura del convenio colectivo, ya que prevalece el del sector sobre el de la empresa. Esto ha ido acabando y acabará con los convenios de empresa si en su cómputo anual son menos favorables que el del sector, pero al aplicar este último, nos estamos encontrando con situaciones discriminatorias, salarios y condiciones laborales que las pymes no pueden soportar y tanto las tablas salariales como las categorías profesionales no se hacen asimilables en los convenios colectivos de ámbito provincial con aquellos que existieron de empresas.

La mini-reforma ha querido aparentar la bajada de los contratos temporales. Ha sido su única misión. Sin embargo, uniéndolo a la subida del salario mínimo interprofesional las pymes han tenido una cuesta arriba interminable, por lo que se está creando un aparente empleo, porque el contrato a tiempo parcial ha tomado derroteros nunca pensables. Es decir, prefiere el empleador que en el contrato figuren menos horas de trabajo, aunque el salario sea proporcional al establecido, pero ello al final crea un empleo en precario, donde entre el periodo de prueba

y este tipo de contratos tiene un nexo que podemos llamarle contratos basura y afecta enormemente a las cotizaciones de la Seguridad Social por no cotizarse por la jornada completa de los trabajadores.

Todo el Acuerdo interconfederal al que se ha llegado ha terminado en el resumen que acabo de describir, pues las distintas situaciones que se han dado tras la pandemia en el mercado laboral no pueden ser atractivas ni para el trabajador ni para el empresario, por lo que aunque posiblemente se me tilde de conservador de antiguas reformas, no puedo ni debo dejar de mencionar el Real Decreto 1989/84, creado en tiempo del Ministro Almunia, el cual con contratos de seis meses y con duración máxima de cuatro años lo que parecía temporal creó dos millones de empleo. Es decir, hoy en el mercado de trabajo existen miles de contratos que empezaron en 1984 con aquel Real Decreto, pero ello exponerlo y expresarlo es como si se atentara contra el mercado laboral y todo por querer suprimir la temporalidad. El tiempo dará y quitará razones para comprobar que con lo actuado y legislado hoy existe más desempleo, menos afiliaciones a la Seguridad Social y el mercado ni se ha regulado ni ha prosperado, ya que mi ponencia ha expuesto lo que significa esta reforma y la influencia en las pymes y micropymes.

Dicho lo anterior, considero que las materias del Acuerdo que ha constituido esta reforma no ha favorecido la actividad empresarial ni el empleo, porque ni la negociación colectiva ha hecho crearlo, ni los interlocutores han fijado condiciones que permitan mejorar la productividad y sobre todo, mejorar el empleo en su calidad y contribuir a la cohesión social.

Los convenios colectivos adolecen de negociaciones en sus articulados que haga prosperar el empleo y su aumento, ya que están todos enfocados a la subida salarial. Es más, miles de convenios tienen tales cláusulas tan obsoletas que algunas datan de las derogadas ordenanzas laborales y ni tan siquiera actualizadas, porque tanto las Comisiones Paritarias como las organizaciones firmantes sólo se han preocupado de revisar o renovar la vigencia de los convenios colectivos, pero sin tocar cláusulas que modernicen los mismos y el empleo e incluso crear categorías profesionales del actual mercado laboral, porque si se piensa que el Real Decreto ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo ha innovado o renovado esto, es totalmente incierto. El nuevo marco regulatorio no incorpora menciones a la negociación colectiva ni define un nuevo modelo de contratación laboral en España, por lo que los cambios que se pretenden dar están totalmente congelados y no hay un uso adecuado de las modalidades contractuales, porque ni existe voluntad, ni las empresas están preparadas para ello, ya que en este país, cerca del 90% del empleo lo crean las pymes y micropymes y autónomos, pero estas no tienen ni voz ni voto en las negociaciones de la patronal y sindicatos. Se tiene que atener a su propia naturaleza y lo que es peor, los acuerdos que se toman en otras mesas negociadoras, a ellos, prácticamente los destruyen.

Sigue dicha reforma contemplando lo que se denomina profesión habitual, cuando hoy precisamente ese sinónimo o epígrafe prácticamente está sin uso, pues mientras antes quien era contratado por una empresa, su profesión era tan duradera en el tiempo y en su cualificación profesional que en muchos casos duraba hasta la jubilación, cosa que hoy no existe y la vida laboral de un trabajador es tan variopinta por las distintas actividades que ha tenido, realización de trabajos por el mero hecho de tener un contrato y tocar tantas aparentes profesiones como ha desarrollado que han dado al traste con esa profesión habitual porque ni ha existido y su dedicación ha sido trabajar en todo aquello que le saliese.

La reforma no ha creado empleo a los jóvenes y menos a las mujeres, porque las estadísticas que hoy tenemos son falsas. Es decir, que hasta el propio desempleo no recoge al fijo discontinuo cuando todos sabemos que ahí existen miles de trabajadores y trabajadoras que perciben la prestación como un desempleado más, pero han querido y perdonad por el símil, dejar el “mismo perro pero con distinto collar” y todo para que el desempleo efectivo esté oculto, que es en estos momentos lo que ni se sabe ni se conoce cuántos trabajadores están percibiendo la prestación por desempleo, pues el estar a la expectativa de que lo llamen en la próxima temporada no quita que perciba desempleo y que esté incluido en el volumen de prestaciones que se pagan para todos por ese concepto.

Hace falta para las pymes un tratamiento distinto. Entiendo y es mi experiencia que las empresas de más de 10 trabajadores deben estar reguladas por normas distintas a las que tienen menos de ese número, sin que ello suponga discriminación, pero no es lo mismo una empresa de 50 o más trabajadores que una pyme de uno o dos trabajadores a tiempo parcial, por lo que el mundo del trabajo se hace más moderno y cambia las reglas del juego o España seguirá en la misma tónica que hasta ahora, o mejor dicho, peor que hasta ahora porque se atisba más imposiciones empresariales, más amenazas de la Inspección de Trabajo y nada se dice del apoyo a este tipo de pequeñas empresas cuando debían de regularse mayores bonificaciones de Seguridad Social ya que en estos últimos años han desaparecido más de dos millones de autónomos.

Por último, olvida la reforma potenciar la jubilación activa que precisamente su gran objetivo están en que los autónomos y trabajadores puedan mantener el empleo, pero parece que el legislador se olvida no sólo de ellos, sino de que se alarga esta situación para poder compatibilizar la jubilación con el trabajo sin darse cuenta que si el autónomo o profesional se jubila y rescinde la relación laboral de sus trabajadores, éstos en lugar de percibir un salario y seguir cotizando, pasan al desempleo y éste es engordado aún más de lo que está.

EL FENÓMENO *RIDER*: ACTUACIONES INSPECTORAS Y MODIFICACIONES NORMATIVAS FRENTE A LAS FÓRMULAS DE EVASIÓN DEL ORDEN SOCIAL

JOSÉ ALBERTO RIVAS MORENO

Doctorando en Derecho por la Universidad de Cádiz.

Subinspector Laboral de Empleo y Seguridad Social en la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz

Resumen

Se remonta a diciembre de 2017 y a la precursora acta de liquidación de cuotas a la seguridad social, levantada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Valencia contra la empresa Deliveroo y la falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de sus repartidores o mensajeros, los llamados *riders*. Se sucedieron actuaciones inspectoras posteriores en el mismo sentido, así como diversos pronunciamientos judiciales, hasta que finalmente en septiembre de 2020 el Tribunal Supremo declaró la existencia de relación laboral entre la empresa Glovo y un repartidor.

En el mapa legislativo se negociaron distintas modificaciones legislativas que culminaron en septiembre de 2021 con la pionera «Ley Rider» y los retoques del Estatuto de los Trabajadores, la «Ley Penal Glovo» incorporando un nuevo tipo penal en materia laboral en el Código Penal en diciembre de 2022, la relevante supresión del procedimiento de oficio tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, y los avances de una regulación común en plataformas digitales a nivel de la Unión Europea con una Directiva que previsiblemente verá la luz en 2024.

Con este panorama administrativo, judicial y legislativo se abordará como las grandes empresas de reparto siguen entorpeciendo el mercado de trabajo, haciendo un uso perverso de la tecnología, provocando una incipiente precariedad laboral en el sector del reparto, a pesar de la encomiable labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La normativa ha mutado para adaptarse a este acontecimiento económico y social, y, sin embargo, persisten los subterfugios de la laboralidad.

Palabras clave:

rider; plataforma digital; inspección de trabajo y seguridad social; presunción de laboralidad; falso autónomo

I. Origen del conflicto: Inspección de Trabajo versus plataformas digitales de reparto

De conformidad con la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹ (Ley 23/2015 o LOSITSS), el Organismo Autónomo Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OEITSS o ITSS) es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, lo que efectuará en consonancia con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Estas normas del orden social comprenden las relativas a materias laborales, de prevención de riesgos laborales, de seguridad social y protección social, colocación, empleo, formación profesional para el empleo y protección por desempleo, economía social, emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo, así como cuantas otras atribuyan la vigilancia de su cumplimiento a la ITSS. Le corresponde, por tanto, fiscalizar el correcto encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras, y determinar si son por cuenta ajena o por cuenta propia, e incluirlas, respectivamente, en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) o en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA).

En este sentido fue práctica habitual la lucha contra los falsos autónomos o los falsos trabajadores autónomos económicamente dependiente (TRADE), y cómo determinadas empresas imponían condiciones laborales y de seguridad social incorrectas. Los inspectores de trabajo y los subinspectores laborales constataron el fraude de ley, y determinaron la presunción de laboralidad en múltiples sectores, como limpiadores/as, médicos/as, arquitectos/as, profesores/as de academia, traductores/as, dobladores/as, etc. Se levantaron actas de infracción y liquidación en vía administrativa que consecutivamente fueron confirmadas en vía judicial.

1 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. B.O.E. de 22 de julio de 2015. Art. 1. Definición y objeto del Sistema de ITSS. Art. 27.2, creación del OEITSS, como un organismo autónomo dotado de personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, consistentes en el ejercicio de las funciones que le encomienda esta ley. Ley 23/2015 que deroga la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la ITSS.

El Plan Estratégico de la ITSS para el período 2018 al 2020², se refiere a los falsos autónomos como los trabajadores por cuenta propia que realmente no disponen de una infraestructura empresarial, ni asumen el riesgo y ventura de la actividad desarrollada, sino que en ellos concurren las notas de laboralidad en relación con la empresa que le ha subcontratado para tal fin. Ciertos empresarios, en su deseo de mejorar, de una manera fácil, su competitividad, recurrieron a esta figura para reducir fraudulentamente los costes laborales, y evitar la cotización por ellos al RGSS, y solicitar, así, el alta en el RETA del trabajador, para que asumiera éste, por tanto, la totalidad de la cotización a la seguridad social. Así pues, supone una lesión a los derechos de las personas trabajadoras afectadas, un claro ejemplo de precarización de las relaciones laborales al desproveer a estas personas trabajadoras de protección social, entre otras cuestiones, e implica igualmente una competencia desleal para las empresas que cumplen con sus obligaciones legales, y un fraude a la seguridad social, al eludir la cotización correspondiente.

Las empresas eran conocedoras de las zonas grises en la legislación, en lo que respecta al encuadramiento de sus empleados en el Sistema de la Seguridad Social, que daban lugar a interpretaciones, y algunas se decidían por mantener posturas a su favor, con un beneficio de la norma aplicada y un perjuicio a la persona trabajadora. Esta práctica de los falsos trabajadores por cuenta propia se remontaba en el tiempo y se repitió con el comercio electrónico y las plataformas digitales³. En una sociedad digital⁴, aterrizaron en España grandes empresas de reparto que poco a poco se repartieron el mercado de las entregas a domicilio, tanto de comidas y bebidas, como de otros productos. Entre otras, la cadena Just Eat en octubre de 2010, la barcelonesa Glovo en marzo de 2015, la compañía británica de entrega rápida Deliveroo en noviembre de 2015, la empresa Stuart en abril de 2016, o la plataforma americana Uber Eats en enero de 2017, ocuparon gradualmente, no solo el mercado, sino las calles y las plazas de las principales ciudades con su *riders*⁵, sus

2 Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020. B.O.E. 19 de abril de 2018.

3 ¿Qué son las plataformas digitales/virtuales? Las plataformas digitales o virtuales son espacios en Internet que permiten la ejecución de diversas aplicaciones o programas en un mismo lugar para satisfacer distintas necesidades. Cada una cuenta con funciones diferentes que ayudan a los usuarios a resolver distintos tipos de problemas de manera automatizada, usando menos recursos. Las plataformas de comercio electrónico ofrecen el trabajo a una audiencia geográficamente dispersa mediante convocatorias abiertas, a través de una herramienta digital, normalmente aplicaciones («apps») móviles con geolocalización -que sirve de intermediario- en las que el trabajo se asigna a personas situadas en un área geográfica determinada, y que la OIT considera que no difieren de muchas modalidades laborales que ya existían.

4 Vid. De La Quadra-Salcedo, Tomás y José Luis Piñar. *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Red.es y B.O.E. Madrid, 2018.

5 Un *rider* es un repartidor o mensajero de comida y productos a domicilio que trabaja para plataformas digitales. Glovo, Deliveroo, Just Eat o Uber Eats son algunas de las más conocidas.

medios de transporte y bolsas o mochilas térmicas de reparto. Con escasos medios de trabajo fue fundamental el teléfono móvil, para que tales empresas contaran con multitud de personas trabajadoras a su disposición y atender en tiempo récord la demanda de los clientes.

Era de esperar que la proliferación de repartidores a domicilio vinculados a plataformas digitales diera lugar a la constitución de movimientos o sindicatos reivindicativos, como el colectivo «Riders X Derechos», a nivel estatal, que tal y como recoge en su página web⁶ «lucha por los derechos laborales y las condiciones de vida dignas de las personas trabajadoras de reparto a domicilio o *delivery*, así como el futuro de la clase obrera en su totalidad, alertando y combatiendo los peligros de la “flexibilización” o “uberización” del trabajo. Impulsando inspecciones y juicios, la mayoría ganados. Participamos activamente en eventos académicos, de movimientos sociales y gubernamentales en los que se debate la precariedad y el futuro del trabajo». Entre otros, Intersindical Valenciana⁷, CC.OO. y U.G.T también se levantaron y promovieron sendas actuaciones inspectoras y procedimientos judiciales.

Al contrario, y alentados por las propias plataformas digitales, en 2020 se creó el movimiento «Repartidores Unidos»⁸, que parte de la configuración como autónomos, y tiene como principal objetivo la defensa, mejora y proyección del modelo colaborativo de trabajo (autónomos), por lo que propone mejoras que vienen de los mismos repartidores, con la idea de hacer efectivo el diálogo social. En la misma línea se comprueba la «Asociación Profesional de Riders Autónomos»⁹ que defiende el modelo de repartidores por cuenta propia con la máxima libertad e independencia posible.

1. Primer pronunciamiento judicial: laboralidad de un *rider*

La conflictividad fue en aumento, hasta que una persona física, un repartidor de Deliveroo, interpusiera demanda en materia de despido, tras su relación contractual desde el 25 de octubre de 2016 al 30 de junio de 2017, cuando la empresa dio por finalizado, mediante correo electrónico, el contrato de arrendamiento de servicios que les vinculaba. En ese marco, la sentencia nro. 244/2018 del Juzgado de

Aunque *rider* en inglés significa ciclista o motorista, en España hace referencia a cualquier trabajador que desempeñe estas funciones en cualquier transporte, normalmente bicicletas o patinetes eléctricos.

6 <https://www.ridersxderechos.org/>

7 Organización sindical que agrupa a personas trabajadoras de todos los sectores del mundo laboral, que nació en Valencia como confederación sindical en el año 2002.

8 <https://repartidoresunidos.org/>

9 <https://asoapra.wordpress.com/>

lo Social nro. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018¹⁰, declara la laboralidad del *rider* y, por tanto, la improcedencia del despido, condenando a la empresa, y dándole la opción de la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización fijada.

No tienen desperdicio los argumentos dados en el fallo judicial reseñado, tal y como apunta el profesor Todolí Signes¹¹: el repartidor está controlado en todo momento por la empresa mediante por GPS, vigilando sus tiempos de reparto, el precio es fijado por Deliveroo, siendo la plataforma el medio de producción ya que la aplicación (*app*) y la página web son de la empresa por lo que el *rider* carece de estructura empresarial. El repartidor desconoce qué restaurantes están apuntados a la *app* en cada momento e ignora si hay muchos o pocos pedidos a cada restaurante. En conclusión, los *riders* son «la cara de Deliveroo» (tal y como indica en sus anuncios publicitarios).

A pesar de la resolución judicial, obviamente recurrida por la empresa condenada, no cesaron los arrendamientos de servicio entre la mercantil y los repartidores, siendo el modelo habitual y reiterado de relación contractual entre las partes, impuesto por la dominante, Deliveroo.

2. La pionera acta de liquidación de cuotas y confirmación judicial

Intersindical Valenciana fue la que promovió la denuncia en la ITSS de Valencia contra la empresa Deliveroo. La denuncia efectuada tenía por objeto «poner de manifiesto la situación existente en el colectivo de mensajeros que mantienen una vinculación mercantil fraudulenta con la empresa, para tratar de esconder una relación de naturaleza puramente laboral», junto con la solicitud de proceder por parte de la ITSS «a levantar acta de infracción por falta de afiliación y cotización, así como a instar a la denunciada a dar de alta a los mensajeros en el RGSS».

Advertida la ITSS, se iniciaron actuaciones inspectoras que finalizaron con la pionera acta de liquidación por cuotas a la seguridad social de fecha 11 de diciembre de 2017 con un importe total de 160.814,90 euros, siendo el sujeto responsable la mercantil Roodfoods Spain, S.L. -la titular de la plataforma digital con nombre comercial Deliveroo-, donde se regularizó la situación laboral y de seguridad social de 97 repartidores, considerados trabajadores por cuenta ajena¹².

10 Eduardo Rojo Torrecilla, «El caso Deliveroo Valencia. Importa la realidad (trabajo asalariado), no el nombre (trabajo autónomo). Notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de 1 de junio de 2018», *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 4 de junio de 2018, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/>.

11 Adrián Todolí Signes, «Primera Sentencia que condena a Deliveroo y declara la laboralidad del rider», *Blog Argumentos en Derecho Laboral*, 4 de junio de 2018, <https://adriantodoli.com/>.

12 Eduardo Rojo Torrecilla, «Laboralidad. Del acta de la ITSS de 11 de diciembre de 2017 a la sentencia del Juzgado Social núm. 5 de Valencia de 10 de junio de 2019. Análisis del caso

Tras la fase de alegaciones en vía administrativa, se inició el procedimiento de oficio¹³ con la interposición de la demanda por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ya que se discutía la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora. La empresa impugnó el acta con el argumento de que la relación que le unía a los *riders* era de carácter mercantil.

Todo ello derivó en la sentencia nro. 197/2019 del Juzgado de lo Social nro. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019, reconociendo la relación laboral existente entre los 97 repartidores de comida a domicilio, y la empresa Roodfoods Spain, S.L., declarando probada el acta de liquidación inicial de la Inspección Provincial de Valencia. Donde destaca que «los verdaderos medios de producción en esta actividad no son la bicicleta y el móvil que el repartidor o *rider* usa, sino la plataforma digital de emparejamiento de oferta y demanda propiedad de la empresa, en la que deben darse de alta restaurantes, consumidores y repartidores, y al margen de la cual no es factible la prestación del servicio». Es precisamente el «soporte técnico» utilizado por este tipo de plataformas la razón de su «éxito», al igual que la «explotación de una marca, en este caso Deliveroo, que se publicita en redes sociales y en cuya solvencia y eficacia confían restaurantes y clientes», sostiene la magistrada. Los repartidores deben por tanto integrarse en esta plataforma e instalar la aplicación en su teléfono móvil, pero asimismo han de «seguir las instrucciones de la empresa, que como resulta de los hechos probados, en el periodo contemplado, han sido reiteradas», añade.

Dada la relevancia del pronunciamiento judicial, inmediatamente fue expuesto en los medios de comunicación, en las redes sociales, por los operadores jurídicos y por la doctrina laboralista. La sociedad se hico eco del fenómeno *rider*, abriéndose debate sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual entre los repartidores y las plataformas digitales, intentando responder a la pregunta: ¿son personas trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia? Nuevamente resurgía el veterano debate de los falsos autónomos.

3. La esperada sentencia del Tribunal Supremo

La labor esencial realizada por la ITSS se encuentra en el origen de buena parte de los fallos judiciales que han resuelto a favor o en contra de la laboralidad de las prestaciones de servicios en plataformas digitales de reparto. Resoluciones

“repartidores de Deliveroo”, 1 de julio de 2019 (actualizado a 2 de julio), *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>.

13 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. B.O.E. de 11 de octubre de 2011. Art. 148 letra d). Posteriormente veremos como se suprime por la disposición final 9 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero.

judiciales antagónicas¹⁴, en ambos sentidos, pero que de forma continuada la doctrina judicial fue evolucionando hacia la calificación de la relación como laboral. El Alto Tribunal ya se había pronunciado sobre el tipo de vínculo entre empresa y persona trabajadora en múltiples ocasiones y en función de la actividad, siendo ahora obligatorio conocer su postura respecto de los repartidores en plataformas digitales.

Hasta que finalmente el 25 de septiembre de 2020 el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (TS), en sentencia nro. 805/2020, en unificación de doctrina, declaró que la relación existente entre un repartidor (*rider*) y la empresa Glovoapp23, S.L. -mercantil titular de la comercial Glovo- tenía naturaleza laboral¹⁵. Rechazando elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), obviando, con acierto, el posible obstáculo que para esta postura podría significar el Auto del TJUE, de 22 de abril de 2020 (asunto C-692/19), pero poniendo el acento en las claves del citado Auto para considerar la existencia o no de relación laboral: el carácter ficticio de la relación y la existencia o no de dependencia.

Estima el primer motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, argumentando que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo, examinando en particular las de dependencia y ajenidad. El TS sostiene que Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. Es una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador.

Acto seguido, Glovo difundió un comunicado¹⁶ en el que apuntaba que «respeta la sentencia del TS y espera la definición de un marco regulatorio adecuado

14 Ejemplo a favor de la laboralidad: SSTSJ Cataluña [Pleno] 21 de febrero 2020 (rec. 5613/2019); y 7 y 12 de mayo 2020 (rec. 6774/2019; rec. 5613/2019), Glovo; 16 de junio 2020 (rec. 5997/2019), Deliveroo. SSTSJ Madrid 3 de febrero 2020 (rec. 749/2019); 18 de diciembre 2019 (rec. 714/2019); y [Pleno] 27 de noviembre 2019 (rec. 588/2019), Glovo; 17 de enero 2020 (rec. 1323/2019), Deliveroo. STSJ CyL/Valladolid 17 de febrero 2020 (rec. 2253/2019), Glovo. STSJ Asturias 25 de julio 2019 (rec. 1143/2019), Glovo. En contra de la laboralidad: STSJ Madrid 19 de septiembre 2019 (rec. 195/2019), Glovo. Para más información *vid.* Monereo Pérez, José Luis y Belén del Mar López Insua. «Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 4 (2020).

15 Ignasi Beltrán De Heredia Ruiz, «STS 25/9/20: Los repartidores de GLOVO son trabajadores por cuenta ajena (y no necesitan una regulación especial)», *Blog Una mirada crítica a las relaciones de trabajo*, 8 de octubre de 2020, <https://ignasibeltran.com/>.

16 *Vid.* la noticia de prensa publicada el 23 de septiembre de 2020 en *elDiario.es*: «Glovo espera la definición de un marco regulatorio “adecuado” tras la sentencia del Supremo». Disponible

por parte del Gobierno y Europa». Por su parte, el ejecutivo, con Yolanda Díaz a la cabeza -ministra de Trabajo y Economía Social- anunció que se regularía el trabajo en plataformas digitales de reparto con la ya llamada «Ley Rider», con la intención de garantizar la relación laboral entre las partes.

II. Reacción legislativa: modificaciones normativas entre 2021 y 2023

Resultó fundamental el respaldo del Alto Tribunal para que se avanzara en posibles variaciones legislativas que adecuaran el marco normativo al acuciante problema de las personas trabajadoras en plataformas digitales y, en concreto, de los *riders*. El sustento judicial necesitaba complementarse con el dialogo social, era fundamental que el *lobby* de las plataformas digitales conociera que en el territorio nacional tendría que materializar sus actividades conforme a las reglas de juego claramente marcadas, sin vacilaciones, teniendo como fin la eliminación de la precariedad laboral que asolaba a los repartidores. Los políticos ni los poderes públicos se tendrían que ver influenciados por los grupos empresariales, su relevancia económica e incidencia en el mercado de trabajo.

1. «Ley Rider»

Así, en marzo de 2021 se alcanzó acuerdo entre el Gobierno, la patronal y los sindicatos mayoritarios, cuya finalidad era la precisión del derecho de información de la representación de personas trabajadoras en el entorno laboral digitalizado, así como la regulación de la relación trabajo por cuenta ajena en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, debiendo operarse breves modificaciones en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET). A continuación, el 12 de mayo de 2021 publicó en el B.O.E. el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el ET, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Implícitamente derogada por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, publicada en el B.O.E. el 29 de septiembre.

El artículo único modifica el ET en dos aspectos¹⁷: en primer lugar, modifica el artículo 64, relativo a los derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4, en el que se reconoce el derecho del comité de empresa a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos

en: https://www.eldiario.es/economia/glovo-espera-la-definicion-de-un-marco-regulatorio-adecuado-tras-la-sentencia-del-supremo_1_6241039.html (acceso: 3/7/23).

17 Vid. para más información Todolí Signes, Adrián. «Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la ley rider y los derechos de información sobre los algoritmos». Revista Iuslabor, n.º 2 (2021).

o sistemas de inteligencia artificial¹⁸ que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. En segundo lugar, y con la base de lo presupuesto en el art. 1.1. del ET, introduce una nueva disposición adicional, la vigesimotercera, sobre la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Dicha presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 del ET.

En consecuencia, se pretendía que la aprobación y publicación de la medida otorgará seguridad jurídica a los operadores, otorgando un plazo razonable para realizar las adaptaciones necesarias al nuevo marco legal, periodo de tiempo que se considera como mínimo indispensable a tal fin, en concreto a los tres meses de su publicación en el B.O.E. -el 12 de agosto de 2021-.

Respecto de la «Ley Rider», el colectivo «Riders X Derechos» emitió un comunicado de fecha 11 de mayo de 2021, titulado: «Un paso insuficiente, poco que celebrar», emitiendo una crítica valoración. Si bien, la Asociación de Plataformas de Servicios bajo Demanda (APS)¹⁹, que engloba a las principales plataformas de reparto a domicilio, expresó su descontento: «Lamentamos la aprobación, por la vía de urgencia y sin debate parlamentario, de un decreto que pone en riesgo el desarrollo de un sector que aporta más de 700 millones de euros al PIB español y que ha sido elaborado sin tener en cuenta a sus principales actores: restaurantes, plataformas y, lo más sorprendente, a los propios repartidores. Mientras España se reivindica como nación start-up, esta es la primera ley en Europa que incluye la obligación de revelar sus algoritmos a una empresa tecnológica. Además, esta ley llega mientras la Unión Europea trabaja en la nueva regulación de trabajo en plataformas, añadiendo todavía más incertidumbre al desarrollo de la economía digital en España».

2. «Ley penal Glovo»

A pesar de los cambios operados en el ET, las grandes empresas fueron reticentes a su acatamiento, manteniendo frecuentemente la condición de trabajadores autónomos a sus repartidores. Se pretendía seguir eludiendo las responsabilidades bajo el paraguas de las incipientes tecnologías incorporadas

18 El término inteligencia artificial fue acuñado por el profesor John McCarthy en la Conferencia de Dartmouth en 1956, teniendo como precedente el Test de Turing de 1950 del matemático británico Alan Turing, donde planteaba la cuestión: ¿puede una máquina pensar? Para más información de la relación entre inteligencia artificial y derecho *vid.* Herrera Triguero, Francisco, Alfonso Peralta Gutiérrez, y Leopoldo Salvador Torres López (coords.). *El derecho y la inteligencia artificial*. 1ª edición. Universidad de Granada. Granada (2022).

19 La Asociación de Plataformas de Servicios bajo demanda (APS) agrupa a Deliveroo, Glovo, Stuart y Uber Eats.

al mercado de trabajo, e ignorando, a propósito, que se seguían consumando, en esencia, los requisitos establecidos originalmente para considerar como laboral a la relación contractual que unía a las partes. La «Ley Rider» no parecía lo suficientemente disuasoria como para evitar que las grandes corporaciones cometieran o reincidieran en este tipo de comportamientos, siendo preciso un paso más, avanzando legislativamente, pasando del orden social al orden penal.

Fruto de la conflictividad y de posibles conductas que atenten de forma más grave contra los derechos y condiciones laborales de las personas trabajadoras, sale a la luz la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre²⁰, que modifica el artículo 311 del Código Penal (CP), para añadir un nuevo párrafo que sanciona a quienes impongan condiciones ilegales a las personas trabajadoras mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.

Se observa en el preámbulo de la «Ley Penal Glovo», bautizada así en algún artículo de opinión²¹, unas concretas estimaciones que conviene trasladar: la incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y de los tratados internacionales vinculantes. El conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al derecho penal.

Se contaba con la jurisdicción social y con el derecho administrativo sancionador para evitar los abusos empresariales, por tanto, ¿era ineludible este nuevo tipo penal? Con arreglo al principio del derecho penal como última ratio, este nuevo precepto debería interpretarse y aplicarse de forma muy restrictiva. Como indica el fiscal Muñoz Cuesta²² con el artículo 311 «se pretenden evitar las

20 Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. B.O.E. 12 de enero de 2023.

21 Expresión tomada de la web <http://www.almacendederecho.com>. Disponible en: <https://almacendederecho.org/el-art-311-del-codigo-penal-la-ley-penal-glovo>

22 Muñoz Cuesta, J., “Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2018.

situaciones de explotación a los trabajadores, no simplemente la defensa de sus derechos». Se evitaría así la sobrecarga de una jurisdicción penal ya sobrepasada si se hubieran empleado los mecanismos de subsanación preexistentes. E incluso se podría plantear si realmente la jurisdicción penal es la más eficaz para determinar tales fórmulas ajenas al contrato de trabajo, que fija el nuevo precepto. No cabe duda de que se tendrá que contar con la colaboración de la ITSS, órgano fiscalizador especializado en la materia, y más aún si se tiene en cuenta que las fórmulas o técnicas, evasivas del cumplimiento de la normativa en el orden social, serán cada vez más agudas y complejas.

Conjuntamente, si se revisa brevemente el CP -artículo 318²³ y relacionados-, los delitos contra los derechos de los trabajadores del Título XV no son susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas. En consecuencia se pronuncia la sentencia núm. 121/2017 del TS, de 23 de febrero de 2017, cuando fija que una sociedad limitada no puede ser acusada a tenor del art. 31 bis del CP, ya que el art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace -mediante una cláusula que está vigente desde la Ley Orgánica 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Ley Orgánica 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 del CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.

No habría sido mal momento para habilitar el Título XV en el art. 31bis, perdiendo la «Ley Penal Glovo», en alguna medida, su poder disuasorio²⁴.

3. Supresión del procedimiento de oficio

La última variación normativa -relacionada con el conflicto que se ha refutado- tuvo lugar con la entrada en vigor de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo²⁵, donde se acometieron distintas modificaciones gracias a sus disposiciones finales y derogatorias, destacando la supresión, sin motivación alguna, del apartado d) del art. 148 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y, por ende, con la eliminación del procedimiento de

23 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. B.O.E. 24 de noviembre de 1995. Art. 318: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.»

24 Como se reflexiona en el artículo publicado por Cortés, Juan Pedro y Laura García Bodas, «La nueva tutela penal de los “Riders”». Diario LA LEY, nº. 10278 (2023).

25 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. B.O.E. de 1 de marzo de 2023. Con vigencia plena desde el 2 de marzo de 2023.

oficio, salvo la transitoriedad autorizada²⁶. También quedó derogado el art. 19 del Real Decreto 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la seguridad social²⁷.

Hasta entonces, el procedimiento de oficio podía iniciarse de las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la ITSS, relativa a las materias de seguridad social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3 de la mencionada Ley 36/2011, hubiere sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, pudieran desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora. Suponía, por tanto, que el procedimiento administrativo quedaba en suspenso hasta que se resolviera por vía judicial, por lo que actas de infracción y liquidación de cuotas en seguridad social quedaban paralizadas, sin que pudieran resolverse. En la materia que se trata, y principalmente en falsos autónomos, suponía que la empresa responsable, gracias al procedimiento de oficio prolongaba todo lo posible la vía judicial, y no tenía que hacer frente, durante meses o años, a la sanción del acta de infracción ni al pago de las cuotas de la liquidación. Era habitual este procedimiento para dilatar la firmeza de las actas, en aras de su defensa y de sus intereses particulares. Las personas trabajadoras afectadas a consecuencia del procedimiento de oficio continuaban con su encuadramiento irregular, sin que se regularizara su situación laboral y de seguridad social. Lo que además suponía una ventaja competitiva frente a otras empresas diligentes.

Como ejemplo práctico se tiene la causa judicial pendiente contra Glovo que afecta a 3.200 repartidores, que fueron dados de alta como falsos autónomos por la ITSS en 2018. Juicio que previsiblemente se celebrará a finales de 2023 en el Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid. Supone una clara estrategia de dilatar las causas administrativas pendientes, permaneciendo sus repartidores como personas trabajadoras por cuenta propia, a pesar de la jurisprudencia y de la «Ley Rider».

Con la supresión del procedimiento de oficio se acaba con esta destreza abusiva de algunas empresas, es ahora la ITSS la que decide sobre la cuestión, dotando de seguridad a las personas trabajadoras. La decisión final ya no se

26 Transitoriedad: el procedimiento de oficio seguirá siendo de aplicación respecto de aquellas demandas cuya admisión a trámite se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, de conformidad con la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2023, de 28 de febrero.

27 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. B.O.E. de 3 de junio de 1998. Art. 19: procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social, derivado de comunicaciones de la autoridad laboral, derogado el 2 de marzo de 2023. No se han derogado otras referencias al procedimiento de oficio, como el art. 6.

arrastra durante el tiempo, ahora podrán ser impugnadas las actas de infracción y liquidación, pero no quedarán en suspenso, serán inmediatamente ejecutivas una vez finalizado el trámite de alegaciones y alcanzada la firmeza de estas.

Se gana en simplicidad y rapidez, pero también se presentan desventajas y distorsiones, ya que se pierde la intervención de la jurisdicción social en el procedimiento de oficio. Aunque las actas de infracción y liquidación tenían su propio régimen de impugnación, diferenciados respectivamente en la jurisdicción social y en el contencioso-administrativo, la sentencia firme del procedimiento de oficio vinculaba a los órganos de ambas jurisdicciones²⁸. La jurisdicción social es la plenamente especializada en el ámbito laboral, a la hora de determinar si existe o no vínculo laboral, siendo ahora competente la contencioso-administrativo, por cuanto ostentará la competencia para la resolución de las impugnaciones de las actas de liquidación y de las actas conjuntas de infracción y liquidación.

III. Próxima directiva de la Unión Europea de plataformas digitales. Posición española

La economía de plataformas digitales ha crecido rápidamente. Durante la pandemia por el COVID-19 el trabajo en plataformas digitales se intensificó y empezó a generalizarse, en parte gracias al aumento de los servicios de entrega de alimentos. Se está convirtiendo en un motor para la innovación y el crecimiento del empleo, y la UE pretense ser el primer legislador mundial que intenta proponer normas específicas para las plataformas digitales de trabajo. Conforme a los datos proporcionados por la UE en la página web del Consejo Europeo y del Consejo de la UE²⁹, actualmente, más de 28 millones de personas en la UE trabajan a través de una o varias de estas plataformas digitales y se prevé que en 2025 esa cifra alcance los 43 millones. Las personas que trabajan a través de las plataformas digitales llevan a cabo tareas muy variadas, realizadas tanto in situ como en otro lugar, a distancia. Estas tareas pueden ser de reparto, traducción, introducción de datos, cuidado de niños o de personas mayores, o conducción de taxis. Operan unas 500 plataformas digitales de trabajo, activas en todos los países de la UE. El crecimiento de la economía de plataformas queda demostrado por el hecho de que entre 2016 y 2020 los ingresos de la economía de plataformas casi se quintuplicaron, pasando de unos 3.000 millones de euros a cerca de 14.000 millones de euros. Se calcula que los mayores ingresos corresponden a los sectores de los servicios de reparto y taxi.

Por lo general, la principal fuente de ingresos de las plataformas digitales es una comisión por los servicios, cobrada al cliente o a la persona que trabaja a través

28 Vid. el análisis de Rodrigo Sáiz, María del Carmen. «Últimas reformas legislativas. Adiós al art. 148 d) LRJS. Apuntes a la Ley 15/2022 en el despido en incapacidad temporal». *Diario LA LEY*, n.º 10289 (2023).

29 Normas de la UE sobre el trabajo en plataformas digitales. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/platform-work-eu/>

de la plataforma. Sin embargo, las plataformas digitales también suelen cobrar una cuota de suscripción a las personas que trabajan a través de la plataforma. El trabajo en plataformas presenta características muy diversas, lo que dificulta su regulación normativa. La UE quiere gestionarlo por una vía que equilibre mejor los intereses de las plataformas y las personas trabajadoras. Se calcula que 5,5 millones están erróneamente clasificados como autónomos, a pesar de que cumplen con los criterios para ser clasificados como asalariados. Existe una preocupación generalizada por la calidad del trabajo ofrecido y por las condiciones laborales de las personas trabajadoras que participan en el trabajo en plataformas.

Asimismo se debate el reconocimiento de las personas trabajadoras de plataformas digitales como personas trabajadoras por cuenta ajena y no como contratistas independientes que se responsabilizan de su propia seguridad social y ejercen el control de sus ingresos. Se espera que el trabajo en este ámbito crezca, pero en la misma medida supone un claro desafío para los marcos normativos e institucionales vigentes, y se desconocen sus efectos en la economía y la sociedad. Los Estados miembros tienen enfoques diferentes respecto del trabajo en plataformas digitales. Las respuestas nacionales al trabajo en plataformas son diversas y se están desarrollando de forma desigual en toda Europa. Se ha adoptado normativa nacional principalmente en sectores específicos, como en los sectores de los servicios de viajes en vehículos con conductor o de los servicios de entrega de alimentos.

Las personas trabajadoras de plataformas digitales ya se mencionan en algunos actos legislativos de la UE, como la Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles³⁰, así como en la Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para las trabajadoras por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia. El Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores alcanzó un acuerdo político sobre dicha Recomendación el 6 de diciembre de 2018.

En diciembre de 2021, y basado en la «Ley Rider» española, la Comisión presentó la propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales³¹. Introduce dos mejoras fundamentales para sus trabajadores: ayuda a determinar la situación laboral correcta de las personas que trabajan para las plataformas digitales y establece las primeras normas de la UE sobre el uso de la inteligencia artificial en el lugar de trabajo. Posteriormente,

30 Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Con plazo de transposición por los Estados miembros hasta el 1 de agosto de 2022, incumplido por España.

31 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (COM/2021/762). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0762>

el Consejo adoptó su posición sobre la propuesta el 12 de junio de 2023. Ahora, las nuevas normas deben negociarse con el Parlamento Europeo antes de que puedan convertirse en acto legislativo de la UE.

La propuesta de Directiva partía de la presunción de que la situación del trabajador de la plataforma digital era la de asalariado. En esto, precisamente, se inspira de la norma española, aunque la propuesta europea la desborda porque afecta a todos los empleados de plataformas y no solo a un sector -el de reparto a domicilio-. Se establecía un listado de cinco circunstancias que podían darse en la relación y señalar que bastaba que se dieran dos para que la relación fuera se daba entre un empleado y su empresa. Ese quinteto era: el sueldo lo fija la compañía, hay uniforme o requerimientos similares de identificación, el trabajo es controlado por medios digitales, se restringe la libertad en la organización del trabajo, y, por último, se restringe la posibilidad de que el trabajador cree una base de datos de clientes.

Esa presunción queda ahora diluida o incluso suprimida, ya que la posición del Consejo del 12 de junio de 2023 solo descarga en los Estados la opción de «asegurarse» de que la relación entre trabajador y empresa es la «correcta». Después orienta cómo hacerlo al fijar un listado de siete circunstancias de las que basta con que se den tres para que sea una relación laboral. La ampliación del listado consiste, básicamente, en añadir divisiones en la del control de la organización del trabajo, concretándolo en el horario, la posibilidad de rechazar pedidos y la de poder subcontratar los encargos. España y otros siete países (Bélgica, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Rumania y Eslovenia) firmaban una declaración conjunta en la que apostaban por mantener la presunción de laboralidad en la directiva, manteniendo el espíritu de la proposición original.

Se avanzó un paso más, y el 13 de diciembre de 2023 los dos colegisladores de la Unión Europea (Eurocámara y Consejo, presidido ese semestre por España) alcanzaron un acuerdo político provisional sobre la propuesta de directiva. Sin embargo, ese pacto tenía que ser refrendado por el Consejo y el Parlamento antes de que la ley pudiera desplegar sus efectos, y con tal finalidad, se celebró reunión el 22 de diciembre de 2023 entre los embajadores de los Estados miembros de la UE, no obstante, la presidencia española constató que el pliego no contaba con la mayoría necesaria para salir adelante -con una clara oposición de Francia-. Ante ese ambiente crispado, se adoptó no someter el acuerdo a una votación formal en la reunión prevista, y transferir el expediente a la presidencia belga que comenzaría el 1 de enero de 2024. La estrategia de Bélgica es que los Estados miembros fijen una nueva posición para negociar la directiva con el Parlamento de nuevo, pero no se puede obviar la cercanía de las elecciones a la Eurocámara en el mes de junio de 2024, siendo los plazos ajustados para que prospere la vanguardista disposición europea.

IV. Evolución y estado actual del conflicto. Nuevas fórmulas de evasión de la laboralidad

1. Secuelas tras los cambios normativos

Ya se cuenta con detalladas exposiciones de las consecuencias acaecidas tras los cambios legislativos operados por el fenómeno *rider* -de los que se tomará buena nota-, como el informe elaborado, críticamente, por el Observatorio de Trabajo, Algoritmo y Sociedad³², o el brillante artículo científico publicado recientemente por el profesor Rodríguez-Piñero Royo bajo el título «La Ley Rider dos años después: enseñanzas de una experiencia particular»³³. Ahora, no se aspira a ser tan exhaustivo, pero si en describir los resultados más notables entre 2021 y 2023.

Comenzamos con la primera víctima tras las actuaciones inspectoras reiteradas, las resoluciones judiciales y la «Ley Rider», como fue la plataforma digital de reparto Deliveroo, quien avanzó el 30 de julio de 2021 su posible marcha del país, acometiéndose definitivamente el 29 de noviembre de 2021, afectando a 4.000 personas trabajadoras, en su mayoría *riders*. Aparentemente sus resultados económicos en España no fueron los esperados, a lo que tendría que sumar los costes de la regularización de todos sus repartidores por cuenta propia.

A *sensu contrario*, tras el primer año desde la aplicación de los retoques efectuados en el ET, se han duplicado las contrataciones de personas repartidoras: el número total de personas trabajadoras del sector *delivery* sujetos a un contrato laboral se ha duplicado, pasando de 5.464 en mayo de 2021 a 10.980 en agosto de 2022. Es una de las principales conclusiones del informe «Ley Rider, un año después»³⁴ que ha elaborado el Foro de Humanismo Tecnológico de Esade, en colaboración con la empresa Takeaway Express Spain, S.L. -la titular de la denominada comercialmente como Just Eat-, con el objetivo de analizar su impacto tras su primer año de vigencia. Precisamente Just Eat si celebró la aprobación de la «Ley Rider», ya que desde finales de 2020 -anterior a la entrada en vigor de la presunción de laboralidad de los repartidores- creó una red propia de repartidores con contratos de trabajo para diferenciarse del resto de competidores. Fue, de

32 El Observatorio de Trabajo, Algoritmo y Sociedad (TAS) es una asociación sin ánimo de lucro que pretende defender los intereses y reivindicar los derechos de los trabajadores de la economía de plataformas. «II Informe de seguimiento de la “Ley Rider”: ¿Qué ha pasado tras la Ley Rider? Acceso al algoritmo y negociaciones de las regulaciones europeas». Más información en: <https://observa-tas.org/>

33 Vid. Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. «La Ley Rider dos años después: enseñanzas de una experiencia particular». Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, n.º 7 (mayo-octubre 2023).

34 Foro de Humanismo Tecnológico de Esade. «Ley Rider, un año después». Octubre 2022. Disponible en: https://itemsweb.esade.edu/wi/research/Foro-Humanismo-Tecnologico/221027_Informe_LeyRider_FHTEsade.pdf

hecho, la primera compañía de *delivery* en aplicar este modelo y, en contraposición a otros del sector, nunca se establecieron sus repartidores como falsos autónomos.

En concreto, el modelo actual de Just Eat se compone de 3 partes diferentes, con un sistema híbrido de contratación, apostando por flotas propias y de terceros: por un lado, realiza las entregas de los restaurantes utilizando sus repartidores, empleados por cuenta ajena. Por otro lado, también funciona como un mero intermediario, donde el cliente pide a través de la *app* a un restaurante, pero es el establecimiento quien pone sus propios repartidores. Por último, utiliza terceras empresas, sirviéndose de la subcontratación para realizar los envíos, es decir, el usuario pide a través de la aplicación de Just Eat a un restaurante, y el pedido se lo lleva un repartidor contratado por una empresa colaboradora de la compañía holandesa. El modelo de subcontratas es aplicado igualmente por las compañías Uber Eats y Stuart, que no contratan directamente a sus *riders*, sino a empresas que cuentan con sus plantillas de repartidores. Subcontratación que se analizará a continuación.

Se siguió avanzando en el camino adecuado, y tan solo tres meses después de la entrada en vigor de la ley, y tras un año y medio de negociaciones con los sindicatos mayoritarios, Just Eat firmó el primer Acuerdo de Condiciones Laborales³⁵ dentro del sector de plataformas de *delivery* con UGT y CCOO. El acuerdo da cobertura a casi 2.000 personas trabajadoras y establece un salario mínimo de 15.200 euros brutos anuales y una serie de derechos y garantías relacionadas con el entorno digital de la actividad de reparto.

Si se repasa la prensa nacional³⁶ se tiene la sensación de que el mapa legislativo tras los cambios acometidos, principalmente la «Ley Rider», no había quedado configurado como se pretendía o al menos no había tenido el efecto deseado. Una sensación de inseguridad jurídica afloraba entre la sociedad, no tanto por las buenas intenciones normativas sino por el mantenimiento de condiciones laborales desfavorables que seguían materializando determinadas empresas digitales.

Pero si se examinan las estadísticas publicadas por el OEITSS, en concreto en el contexto sociolaboral que detalla el Plan Estratégico de la ITSS para el período

35 Acuerdo de condiciones de trabajo y regulación de la especificidad. 17 de diciembre de 2021. Suscrito por la Federación de Servicios CCOO, FSC-CCOO y FeSMC-UGT y Takeaway Express Spain, S.L. Disponible en: [https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Acuerdo%20Sindicatos%20JUST%20EAT\(1\).pdf](https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Acuerdo%20Sindicatos%20JUST%20EAT(1).pdf)

36 *Vid.*, a modo de ejemplo, la noticia de prensa publicada el 12 de agosto de 2022 en [rtve.es](https://www.rtve.es/noticias/20220812/ley-rider-cumple-ano/2395641.shtml): «La ley Rider cumple un año entre amenazas de incumplimiento y frentes judiciales». Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20220812/ley-rider-cumple-ano/2395641.shtml> (acceso: 21/11/23).

2021 al 2023³⁷, durante la vigencia del Plan Estratégico de la ITSS para el período 2018 al 2020, así como el Plan Director para un Trabajo Digno 2018 al 2020³⁸ se aflojaron un total de 214.646 empleos y se recaudaron cuotas a la seguridad social por valor de 1.873,5 millones de euros, regularizando 39.249 falsos autónomos, de los cuales 9.547 fueron personas trabajadoras de plataformas -que encubrían una auténtica relación laboral-.

Conforme al último Informe anual de la ITSS del ejercicio 2021³⁹, se realizaron actuaciones concretas sobre estos falsos autónomos, especialmente en el ámbito de las nuevas plataformas colaborativas, haciendo frente a todos aquellos encuadramientos indebidos dentro del Sistema, de los que derivan situaciones de infra cotización a la seguridad social. Durante el año 2021 se procedió a la regularización de 9.399 falsos autónomos, incidiendo en la comprobación del correcto encuadramiento de las personas trabajadoras que prestaban servicios en los diversos sectores de actividad, así como los que sirven de nuevas formas de organización social. Incluso la Dirección Especial de la ITSS⁴⁰ dictó distintos Criterios Operativos para la coordinación de las inspecciones a las plataformas digitales de reparto.

Si tomamos las estadísticas de los años 2022 y hasta septiembre de 2023 -conocidas por noticias de prensa⁴¹ y sin que tengamos datos oficiales- se aflojaron 38.779 y 29.899 falsos autónomos respectivamente, cifras nada desdeñables. En total, desde el ejercicio 2020 en adelante ha supuesto una recaudación de 324 millones de euros, viéndose afectados más de 100.000 personas trabajadoras. Lo que demuestra que la batalla contra los falsos autónomos persiste.

37 Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023. B.O.E. de 3 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://cpape.mpr.gob.es/producto/plan-estrategico-de-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social-2021-2022-y-2023/>

38 Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020. B.O.E. de 28 de julio de 2018.

39 Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del ejercicio 2021, Disponible en: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_ITSS_2021_8.pdf

40 La Dirección Especial de Inspección tiene competencia para actuar en la totalidad del territorio español en los ámbitos a los que se refiere el art. 12.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio. En dichos ámbitos, la Dirección Especial asumirá funciones de coordinación en las actuaciones inspectoras sobre empresas, sectores o situaciones que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, así como las que versen sobre los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público estatal.

41 *Vid.* la noticia de prensa publicada el 19 de octubre de 2023 en [elpais.com](https://elpais.com/economia/2023-10-19/inspeccion-de-trabajo-ha-regularizado-a-30000-falsos-autonomos-en-2023.html): «Inspección de Trabajo ha regularizado a 30.000 falsos autónomos en 2023». Disponible en: <https://elpais.com/economia/2023-10-19/inspeccion-de-trabajo-ha-regularizado-a-30000-falsos-autonomos-en-2023.html> (acceso: 21/11/23).

Se puede afirmar que el fenómeno descrito continúa palpable. A pesar de que se cuenta con empresas supuestamente cumplidoras, otras no parecen estar por la labor. Mantienen su línea fraudulenta, por ejemplo, la plataforma Glovo, que cuenta con macro causas judiciales pendientes, por actuaciones inspectoras anteriores a la vigencia de la «Ley Rider». Según CC.OO.⁴², la plataforma Glovo acumula más de 200 millones de euros en sanciones, y sigue operando con trabajadores autónomos, a pesar de la regularización de cerca de 15.000 personas trabajadoras. Mantiene su rebeldía, ignorando las multas millonarias y las resoluciones judiciales.

Para ello, y con arreglo a la información proporcionada por el diario Cinco Días⁴³, «Delivery Hero -el grupo alemán propietario del 99% de la compañía española Glovo- ha informado que a partir de ahora provisionará entre 30 y 45 millones de euros al trimestre como pasivo contingente por las potenciales multas que la ITSS pueda imponer. Una suma que se añade a los entre 200 y 400 millones que ya desveló y que, cubrirían las previsibles sanciones que se deriven respecto al modelo laboral de Glovo desde la entrada en vigor de la nueva «Ley Rider», desde agosto de 2021 hasta julio de 2023.» Glovo debería optar por acomodar su modelo laboral a la normativa española, pero sin embargo se nutre de financiación para hacer frente a sus irregularidades, ¿tanta rentabilidad económica le supone su patrón de negocio que puede incluso hacer frente a las continuas sanciones que recibe? Desde luego sorprende que no se haya adaptado y que abiertamente exprese su voluntad de mantener su postura.

Pero ya se cuenta con un nuevo factor, la vía penal del relatado art. 311 del C.P., y las reacciones han sido las esperadas -aunque con menos rapidez de la deseada-, tomando la iniciativa «Riders X Derechos», junto a colectivos de taxistas, y presentando dos querellas pioneras por los presuntos delitos de organización criminal, estafa, defraudación a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, así como delitos contra los derechos de los trabajadores. La primera contra Uber Eats, admitida a trámite en octubre de 2023 por la Audiencia Nacional, la segunda contra Glovo, iniciada por el citado Observatorio de Trabajo, Algoritmo y Sociedad, pendiente de admisión.

42 Vid. la noticia de su página web del 21 de marzo de 2023: «CC.OO. consigue la regularización como personal laboral de 3.060 personas trabajadoras que constaban como falsos autónomos de Glovo en Andalucía». 21 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.ccoo.es/noticia:659144--CCOO_consigue_la_regularizacion_como_personal_laboral_de_3_060_personas_trabajadoras_que_constaban_como_falsos_autonomos_de_Glovo_en_Andalucia&opc_id=8c53f4de8f8f09d2e54f19daf8d8ed95 (acceso: 3/7/23).

43 Vid., la noticia de prensa publicada el 14 de noviembre de 2023 en cincodias.elpais.com: «Delivery Hero provisionará entre 30 y 45 millones al trimestre por potenciales multas a Glovo por sus 'riders'».

Disponible en: <https://cincodias.elpais.com/companias/2023-11-14/delivery-hero-provisionara-entre-30-y-45-millones-al-trimestre-por-potenciales-multas-a-glovo-por-sus-riders.html> (acceso: 21/11/23).

El cerco se estrecha en vía judicial, y el MITES procura seguir el mismo camino, ya que mantiene su investigación para su remisión al Ministerio Fiscal con el propósito de que se investigue la comisión de supuestos delitos perpetrados por las plataformas digitales insumisas, y se cumpla con los mandatos de la «Ley Rider».

2. Resiliencia de las plataformas de *delivery*

Con la actual regulación, y para esquivar dicha laboralidad, se abrieron nuevas vías para evitar total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social, que se puede resumir en tres, tal y como se recogen con brillantez en la publicación «El empleo irregular tras la Ley Rider: ¿nueva regulación, idénticas estrategias empresariales?»⁴⁴, del que se servirá para resumir las nuevas fórmulas de evasión: primeramente, se acometen variaciones, determinados ajustes, en los parámetros de las aplicaciones informáticas o en los sistemas de facturación, en definitiva, nuevas vueltas de tuerca para seguir torpedeando los requisitos de laboralidad marcados en el art. 1.1 del ET⁴⁵. A modo de ejemplo se menciona el sistema de subasta de precios implementado por Uber Eats, «un sistema informático que permite que cada *rider* que trabaja por cuenta propia acceda a un panel donde ve todos los pedidos disponibles y los precios que se están pagando, por lo que puede dedidir cuánto quiere cobrar y dónde realizar los pedidos. El sistema cuestionado establecía una subasta por multiplicadores que obligaba a los trabajadores a pujar y rebajar sus precios para tener más pedidos»⁴⁶.

En segundo lugar, se recurren a subcontratas ficticias que facilitan a las plataformas evadir sus obligaciones empresariales y perpetrar distintas irregularidades. Mediante empresas aparentes, intercaladas, se intenta diluir el poder de dirección y organización de la empresa principal (la plataforma digital). Salen a la luz figuras como la cesión ilegal de personas trabajadoras, las ETT y la subcontratación.

En este marco se cuenta con un par de casos relevantes: el primero se trata de una cesión ilegal de personas trabajadoras en la compañía Just Eat⁴⁷, constatada

44 Sanz de Miguel, Pablo, María Isabel Casas-Cortés, Amaia Prieto Arratibel y Juan Arasanz Díaz. «El empleo irregular tras la Ley Rider: ¿nueva regulación, idénticas estrategias empresariales?». *Revista Española de Sociología*, Vol. 32, n.º 3 (2023).

45 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. B.O.E. 24 de octubre 2015. Art. 1.1. Ámbito de aplicación: Esta ley será de aplicación a los trabajadores que 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.

46 *Vid.* la noticia de prensa publicada el 26 de noviembre de 2022 en theobjective.com: «Uber Eats perdió el 80% de sus repartidores tras la puesta en vigor de la “Ley rider”». Disponible en: <https://theobjective.com/economia/2022-11-16/uber-eats-ley-rider/> (acceso: 21/11/23).

47 *Vid.* la noticia de prensa publicada el 26 de julio de 2022 en lavanguardia.com: «El Govern sanciona a Just Eat por cesión ilegal de trabajadores».

por la ITSS de Cataluña en abril de 2022, afectando a 183 repartidores de la empresa Fleet Delivery Solutions, S.L. Nuevo golpe de la ITSS a las empresas de reparto a domicilio. Cuestión que de momento no se ha resuelto en vía judicial. Y la segunda, en el mismo sentido, respecto de los repartidores del gigante Amazon, donde si disponemos de pronunciamiento judicial, en concreto la sentencia núm. 31/2023 del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de 2 de febrero de 2023, tras actuación inspectora iniciada en septiembre de 2019 y finalizada con acta de liquidación por falta de alta y cotización en el RGSS de quienes habían realizado tareas de reparto de paquetes como colaboradores independientes mediante la App Amazon Flex⁴⁸. Al respecto resulta esencial el análisis pormenorizado que plasma el catedrático Rojo Torrecilla en un artículo de su blog, con título: «Repartidores de Amazon. Notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid de 2 de febrero de 2023 que declara su laboralidad⁴⁹». De su lectura se llega a la conclusión de que Amazon no es solo una empresa que desarrolla la actividad de logística y operador del transporte, sino que además presta el servicio de recadería y mensajería, sirviéndose de repartidores que carecen de organización empresarial propia y autónoma y que prestan su servicio insertados en la organización del servicio de Amazon, sometidos a la dirección y organización de la *app*, subordinado también a valoraciones de la calidad y fiabilidad, es decir, al control de la empresa a través de los mecanismos instaurados por la *app*. En definitiva, los repartidores son falsos autónomos.

Finalizando el repaso de las técnicas de evasión, las empresas se benefician de las dificultades de identificar correctamente a una parte de su mano de obra, repartidores enmarcados en colectivos más vulnerables, que se hallan en situaciones migratorias especiales, caracterizadas por restricciones administrativas para entrar en el mercado de trabajo de forma regular e incluso para residir en territorio nacional.

Entra en juego el llamado «alquiler de cuentas», una práctica extendida entre los repartidores, que arriendan sus cuentas a un tercero, a cambio de un porcentaje de los ingresos obtenidos. Sobre el tercer sujeto, que ahora participa activamente, se pierde totalmente el control, tanto por las propias empresas de *delivery* como por la Administración Laboral, lo que se transforma en un cauce perfecto para fomentar la inmigración irregular, donde una persona trabajadora extranjera puede

Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/economia/20220726/8432528/govern-sanciona-just-eat-cesion-ilegal-trabajadores.html> (acceso: 3/7/23).

48 ¿Qué es Amazon Flex y cómo funciona? Amazon Flex es un programa de entregas a domicilio de Amazon donde conductores independientes o contratistas despachan órdenes utilizando sus propios vehículos.

49 Eduardo Rojo Torrecilla, «Repartidores de Amazon. Notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid de 2 de febrero de 2023 que declara su laboralidad», *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 5 de febrero de 2023, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>.

prestar servicios en territorio nacional sin contar con los preceptivos permisos de trabajo, tan solo consiguiendo y accediendo a la cuenta del *rider* en situación legal. Esta práctica se está extendiendo con rapidez, con un efecto llamada en Europa y en nuestro territorio nacional. Reino Unido ya actúa sobre esta práctica confusa y comienza a exigir a las empresas de reparto de comida a domicilio que mejoren sus controles⁵⁰.

V. Conclusiones

Las nuevas formas de organización del capitalismo contemporáneo estaban motivando el surgimiento de transformaciones en el derecho del trabajo clásico. Evidentemente, por lo expuesto, era forzoso que los mecanismos protectores se activaran frente a los inéditos modelos de división y estructuración del trabajo. Existían demasiadas personas trabajadoras desempeñando su condición de repartidores o mensajeros, en condiciones cuanto menos discutibles, y era excesiva la fuerza ejercida por las empresas dominantes del sector. Los repartidores necesitaban amparo, y la ITSS no dudó en otorgarlo, concluyendo con valentía expedientes administrativos sancionadores, gracias a su independencia técnica y funcional.

Según los últimos datos del MITES, publicados en el mencionado Informe Anual de la ITSS de 2021, en España hay 1.000 Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y 1.051 Subinspectores Laborales. De conformidad con las últimas reseñas de la Encuesta de Población Activa⁵¹ (EPA) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, el número de ocupados en España se sitúa en 21.056.700 personas. Con estas cifras, la ratio estaría en un funcionario con competencias inspectoras por cada 15.000 personas trabajadoras, cuando se recuerda que la OIT lo situó en uno por cada 10.000⁵². Llegamos una simple pero contundente conclusión, no contamos con los funcionarios necesarios para fiscalizar el mercado laboral español⁵³ y, por ende, para llevar un control riguroso de las prácticas irregulares de las plataformas

50 Vid. la noticia de prensa publicada el 14 de noviembre de 2023 en el diario *expansión.com*: «Londres urge a Uber, Deliveroo y Just Eat a acabar con los repartidores ilegales». Disponible en: <https://www.expansion.com/empresas/2023/11/14/6553adc6468aeb81a8b456d.html> (acceso: 21/11/23).

51 Encuesta de Población Activa (EPA) y Estadística de Flujos de la Población Activa (EFPA). Segundo trimestre de 2023. Instituto Nacional de Estadística. Publicada el 27 de julio de 2023. El número de ocupados aumenta en 603.900 personas en el segundo trimestre de 2023 respecto al primero (un 2,95%) y se sitúa en 21.056.700, la cifra más alta en la serie histórica de la encuesta.

52 OIT, Ginebra, Consejo de Administración, Comisión de Empleo y Política Social, 297ª reunión: tercer punto del orden del día, estrategias y prácticas en materia de inspección de trabajo. Del 2 al 17 de noviembre de 2006.

53 Vid. Boró Herrera, Fernando. «La “desamortización” de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 187, pp. 209-22 (2016).

digitales. Pero no será óbice para que continúe, como institución centenaria, con su labor incansable de servicio público.

Pero igualmente, se pensaba imprescindible que la normativa se actualizara y se adecuara a los nuevos acontecimientos, en base a las exhaustivas resoluciones judiciales. Podemos criticar en mayor o menor medida los cambios acontecidos, pero, en todo caso, se merecen un reconocimiento, ya que no era sencillo ser el pionero en regular la cuestión, sin que se tuvieran fuentes comparables o ejemplos normativos aplicables. Se necesitaba una modificación del ET y se hizo, pero probablemente centrar la presunción de laboralidad en un solo sector -plataformas digitales de reparto- no fuera lo más acertado, perdiéndose la oportunidad de ampliarla a todos los sectores de las plataformas digitales, como inicialmente pretendía la Unión Europea.

Igualmente, las modificaciones operadas se quedaron insuficientes, quedando en el olvido los múltiples problemas que entraña la subcontratación conforme a la normativa actual, y como se está convirtiendo en un modelo irregular demasiado extendido. ¿Por qué no se limita tajantemente la subcontratación de la propia actividad o de la actividad principal? ¿Puede una empresa ejercer su actividad sin que cuente, prácticamente con personas trabajadoras propias, de plantilla? ¿Puede así una empresa mantener su negocio o actividad si lo tiene totalmente subcontratado y gestionado por uno o varios terceros? Desde luego, se merece una profunda revisión.

Algún sector de la doctrina apunta a posibles regulaciones específicas para los *riders* o personas trabajadoras comparables, como una relación laboral de carácter especial con su real decreto de desarrollo, o la creación de un sistema especial de la seguridad social con peculiaridades en sus altas, bajas, cotización o recaudación, lo que conllevaría cambios de calado, y no correcciones como las efectuados hasta ahora. Tal vez no sea fundamental, pero si se llegara a tal extremo sin duda resultará imprescindible que el gobierno, sindicatos y empresas trabajen juntos para asociar el crecimiento de la productividad tecnológica con el aumento de las protecciones sociales y la creación de puestos de trabajo de calidad, prestando especial atención a la implantación gradual de la inteligencia artificial⁵⁴.

Transformación digital y sus nuevas expresiones de trabajo no pueden ni deben estar asociados con el término retroceso, tenemos que seguir apostando por un trabajo decente, como indica continuamente la OIT⁵⁵, y ser consecuentes

54 Vid. Baz Rodríguez, Jesús. «Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva». Revista Trabajo y Derecho, n.º 89 (2022).

55 Con arreglo a la OIT: El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos

con los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales⁵⁶. Actualmente, este es nuestro mercado de trabajo, donde conviven viejas y nuevas fórmulas fraudulentas. Las primeras, los ya conocidos falsos autónomos, las segundas, cómo técnicas para eludir sus obligaciones: el uso perverso de la tecnología -algoritmos a disposición del fraude-, y la subcontratación -donde subyace una cesión ilegal de personas trabajadoras-. Unas y otras fomentan la precariedad, siendo completamente transversales, afectando al orden social, económico y cultural. Precariedad donde nada ha cambiado, en todo caso ha mutado hacia nuevas situaciones contra las que tenemos que combatir, y para ello emplearemos las armas que nos brinda nuestro Estado social y democrático de derecho, y el amparo europeo. Se prestará atención a la evolución de la vía penal, ya aperturada, pero se antoja forzoso ante la insistente escapatoria del orden social de algunas empresas del sector.

Llegan a tener tal poder los gigantes empresariales, que con sus continuas advertencias de posibles pérdidas de trabajo o de afectación de la economía, consiguen el convencimiento psicológico de la sociedad, haciendo creer que su configuración de las relaciones laborales es la correcta, y no la afianzada por la legislación y la jurisprudencia. Suerte la nuestra que el poder legislativo y el judicial no se hayan visto maravillados por la ingeniería y artificios laborales del lobby de las plataformas digitales. Incluso se ha necesitado el fallo del Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 25 de octubre de 2023⁵⁷, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con la «Ley Rider».

Como apuntaba Sinzheimer, «quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar. [...]. El hombre tiene una dignidad. Lograr tal dignidad es la misión especial del Derecho del Trabajo. Su función esencial consiste en evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas⁵⁸».

expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> (acceso: 3/7/23).

56 El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron el Pilar Europeo de Derechos Sociales el 17 de noviembre de 2017 en la Cumbre Social de Gotemburgo (Suecia).

57 Tribunal Constitucional, Pleno, sentencia 144/2023 de 25 de octubre de 2023 (rec. 4977/2021). Finaliza en sus fundamentos de derecho que «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, sin que tal conexión de sentido haya sido específicamente discutida por los recurrentes.»

58 Sinzheimer, H., «La esencia del Derecho del Trabajo» (1927), en Sinzheimer, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. Felipe Vázquez Mateo, Madrid, IELSS, 1984.

VI. Bibliografía

- Baz Rodríguez, Jesús. «Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva». *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 89 (2022).
- Boró Herrera, Fernando. «La “desamortización” de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 187, pp. 209-22 (2016).
- Cortés, Juan Pedro y Laura García Bodas. «La nueva tutela penal de los “Riders”». *Diario LA LEY*, n.º. 10278 (2023).
- De La Quadra-Salcedo, Tomás y José Luis Piñar. *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Red.es y B.O.E. Madrid (2018).
- Herrera Triguero, Francisco, Alfonso Peralta Gutiérrez, y Leopoldo Salvador Torres López (coords.). *El derecho y la inteligencia artificial*. 1ª edición. Universidad de Granada. Granada (2022).
- Monereo Pérez, José Luis y Belén del Mar López Insua. «Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 4 (2020).
- Muñoz Cuesta, Javier. «Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1 (2018).
- Rodrigo Sáiz, María del Carmen. «Últimas reformas legislativas. Adiós al art. 148 d) LRJS. Apuntes a la Ley 15/2022 en el despido en incapacidad temporal». *Diario LA LEY*, n.º 10289 (2023).
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. «La Ley Rider dos años después: enseñanzas de una experiencia particular». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n.º 7 (mayo-octubre 2023).
- Sanz de Miguel, Pablo, María Isabel Casas-Cortés, Amaia Prieto Arratibel y Juan Arasan Díaz. «El empleo irregular tras la Ley Rider: ¿nueva regulación, idénticas estrategias empresariales?». *Revista Española de Sociología*, Vol. 32, n.º 3 (2023).
- Sinzheimer, Hugo. «La esencia del Derecho del Trabajo» (1927), en Sinzheimer, Hugo, *Crisis económica y Derecho del Trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo, trad. Felipe Vázquez Mateo. Madrid, IELSS (1984).

Todolí Signes, Adrián. «Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la ley rider y los derechos de información sobre los algoritmos». *Revista Iuslabor*, n.º 2 (2021).

ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN LOS MENORES-INFRACTORES

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ¹

*Profesor Ayudante Doctor (Acreditado como contratado Doctor)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz (España)*

Resumen:

En el presente trabajo se trata de dilucidar dos cuestiones fundamentales relacionadas con la vigente Ley de Empleo. La primera, si los menores-infractores pueden ser considerados un colectivo de atención prioritaria para la política de empleo. Y la segunda, qué políticas de empleo se pueden implementar en beneficio de este colectivo. Para abordar estas cuestiones será necesario, con carácter previo, identificar qué es un menor-infractor y a qué medidas puede quedar sometido un joven que ha conculcado el Código penal y cómo le van a afectar como posible perceptor de las políticas de empleo, siempre orientadas a ampliar su empleabilidad. En todo ello, será determinante el papel activo que nuestro sistema jurídico otorga a la Administración pública competente y a la entidades públicas y privadas que colaboran con ellas.

Palabras clave:

empleo; menores-infractores; colectivos prioritarios; política de empleo; formación

1 Este artículo se terminó de gestar y de confeccionar en la estancia de investigación realizada en la Facultad de Derecho de Granada, durante los meses de noviembre y diciembre de 2023 y enero del año 2024, estancia que se materializó a través de la siempre amable y atenta invitación de la Prof.^a Dra. Dña. Sofía Olarte Encabo, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la citada Universidad.

I. Consideraciones preliminares

Las políticas activas de empleo son amplias y variadas. Estas se pueden aplicar sin especiales dificultades -en términos amplios- a toda la ciudadanía. Sin embargo, en no pocas ocasiones olvidamos a determinados sectores de la sociedad a los que esas políticas de empleo le deberían o tendría que ser aplicadas con mayor profusión. Uno de esos sectores o colectivos que se podrían encontrar desfavorecidos a la hora de beneficiarse de las políticas activa de empleo son los menores-infractores.

Pero indicado lo anterior se ha de partir de una premisa fundamental: todos los ciudadanos tienen derecho a trabajar, o al menos estar en condiciones para ello, una vez alcanzada la edad legal para ello. Si la materialización de esta premisa no es nada fácil cuando hablamos de personas que están en el pleno ejercicio de sus derechos sin restricción alguna, uno se puede imaginar la dificultad a la que se enfrenta el colectivo conformado por los menores-infractores que, en mayor o menor medida, tienen cercenados esos derechos tras una sentencia firme, con motivo de la comisión de acciones u omisiones tipificados como delitos o faltas (hoy delitos leves) en el Código Penal o las leyes penales especiales.

Qué duda cabe que los menores-infractores pertenecen a ese grupo de ciudadanos, además son jóvenes, que tienen especiales dificultades tanto para el acceso al empleo como, llegado el caso, al mantenimiento de su actividad laboral debido a su régimen de internamiento. A pesar de que la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en lo sucesivo, LE)², en su artículo 50, enumera los colectivos vulnerables, es lo cierto, que no hace mención expresa de estos jóvenes-infractores, aunque el precepto termina en su inciso segundo de su punto primero con unas fórmulas abiertas, tales como, por ejemplo, “personas de exclusión social o personas que cuya tutela y guarda ha sido asumida por la Administración Pública”, o, “entre otros colectivos de especial vulnerabilidad”, y finalmente, “con otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo”, fórmulas que permiten incluir a los menores-infractores en cualquiera de ellas y, por tanto, concluir que los menores-infractores son colectivos de atención prioritaria en materia de políticas de empleo..

En definitiva, el objetivo de este artículo será analizar y ofrecer unos breves apuntes sobre las posibilidades reales que tiene este colectivo, sin duda, calificado como vulnerable en dos aspectos bien diferenciados: primero, la aplicación de las políticas activas y pasivas de empleo y, segundo, la defensa y tutela de la actividad

2 BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023. Ley que trae causa de la Reforma 5 «Modernización de las políticas activas de empleo», incluida en el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, pág. 17. Documento al que se accedió el 15 de noviembre de 2023, https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Presentacion_Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

laboral del joven interno a través de una doble vía: como relación laboral especial o como relación laboral común.

II. Conceptos generales

1. Ideas previas

Al objeto de ordenar el discurso de esta breve exposición sobre las políticas de empleo relativas a los menores-infractores será oportuno detenerse, con carácter previo, primero, en dilucidar qué se entiende por menor-infractor y, en segundo lugar, acotar o delimitar cuando se está en presencia de un colectivo de atención prioritaria desde el prisma de las políticas de empleo. Tras ello, discernir si los menores-infractores pueden ser o pueden estar incardinados dentro de esos colectivos con la finalidad de que tengan la posibilidad de ser sujetos activos de todas, o algunas, de las políticas activas de empleo que prevé nuestro sistema jurídico de empleo, cuyo buque insignia es la todavía bisoña LE³, cuyo fin último es, en términos genéricos, la mejora de la empleabilidad de todos los ciudadanos⁴, y de manera más específica desde la óptica que aquí se defiende, facilitar o promover la empleabilidad de aquellos sujetos (menores-infractores) que están sometidos a medidas limitativas de la libertad ambulatoria en donde se hace realidad, más que nunca, que el trabajo es “el más escaso de los bienes económicos actuales”⁵. Empleabilidad que como se verá más adelante, se erige en el concepto clave de toda la política de empleo, concepto de carácter “transversal e integrador”⁶, que pretende implementar la nueva LE.

Dicho lo anterior, es cierto que a lo largo de este artículo se utilizarán otros términos o sintagmas propios de nuestra disciplina como: políticas de empleo, políticas activas de empleo o vías de fomento o de tutela de empleo que, sin embargo,

3 BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023. Ley que trae causa de la Reforma 5 «Modernización de las políticas activas de empleo», incluida en el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, pág. 17. Documento al que se accedió el 15 de noviembre de 2023, https://www.lamocloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Presentacion_Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

4 En el Preámbulo de la Ley de Empleo, en su epígrafe I, se propone «reducir el desempleo estructural y el paro juvenil»; para ello en su epígrafe II habla de «reducir la tasa de desempleo de mujeres y hombres a menos de la mitad y alcanzar una tasa de empleo similar a la de los países avanzados de Europa». Esta declaración de intenciones afecta a toda la ciudadanía y, en consecuencia, también a los menores-infractores.

5 Manuel Alonso Olea, *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, [Cizur Menor: Civitas Thonsom Reuters, 2016 (reimpresión de la primera edición de 1995)], pág. 17.

6 Rosario Cristóbal Roncero, «Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo», *Brief AEDTSS*, núm. 18, (2023), pág. 1. Documento al que se accedió el 15 de noviembre de 2023, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/18-CRISTOBAL-Colectivos-de-atencion-prioritaria-para-la-politica-de-empleo.pdf>.

se irán desgranando al hilo de los distintos argumentos que se irán vertiendo con el ánimo de defender que los menores-infractores son, o deben ser tenidos en cuenta por la Administración pública de empleo (tanto estatal como autonómica) como un colectivo preferencial que ha de insertarse, con las mayores cotas de éxito, en el mercado de trabajo durante o una vez finalizada su etapa de internamiento impuesta como medida sancionadora. En consonancia con lo anterior, todo Estado que se defina como “Social y de Derecho” (art. 1.1 CE) debe volcar sus esfuerzos de manera decidida (art. 9.2 CE) para perseguir y lograr la reinserción social de los menores (art. 25.2 CE), y con ello, conseguir el pleno desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) en beneficio no sólo del menor-infractor, sino de toda la sociedad.

2. Los menores-infractores: una aproximación conceptual

Cuando se habla de menores-infractores inmediatamente el iuslaboralista percibe que se está haciendo referencia a determinado colectivo que, en principio, es ajeno a nuestra disciplina jurídica, el Derecho del Empleo y, por ende, al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por esta razón no está demás, o es conveniente, ofrecer algunas notas sobre los menores-infractores que permitan una mejor comprensión de este colectivo en el ámbito que nos ocupa: la Ley de Empleo y toda su prolija normativa concordante; por este motivo inicialmente se partirá del contexto penal y penitenciario que es, en principio, el entorno “natural y contingente” del menor-infractor.

El sintagma “menores-infractores” consta de dos vocablos que comprende de manera muy sintética, pero nuclear, el ámbito subjetivo al que se ha de hacer oportuna mención a lo largo de este comentario. Es meridianamente claro que se ha de hablar del menor, pero no se hará alusión -aunque esté íntima y necesariamente relacionado dada la brevedad que nos compele- al concepto del menor dentro de nuestro sistema constitucional, ni tampoco desde la óptica del Derecho Civil. Sí, por el contrario, desde la vertiente del Derecho Penal y penitenciario que, posteriormente, se habrá de relacionar -necesaria y oportunamente- con las políticas de empleo descritas en la Ley de Empleo y en su legislación de desarrollo⁷, y que estudia de manera ordenada y sistemática el denominado Derecho del Empleo como disciplina con sustantividad propia dentro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social⁸ o, al menos, con vocación de ser una disciplina con carácter

7 En su momento habrá que hacer oportuna mención de la capacidad de menor para ser sujeto del contrato de trabajo a partir de los dieciséis años (arts. 6 y 7 del Real Decreto Ley 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015; en lo sucesivo, ET).

8 Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo (director), Francisco Javier Calvo Gallego, José Manuel Morales Ortega (coordinadores), et. al., *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2.^a ed. (Madrid: Tecnos, 2006), págs. 28 a 35.

transversal⁹. Sea de una u otra manera, es evidente la directa relación que hay entre el derecho al trabajo (art. 35 de la CE) y las políticas de empleo (art. 40 de la CE)¹⁰, tándem que puede ser concebido como la vertiente solidaria de los derechos sociales y su pertinente correlación con los derechos humanos¹¹.

Si se comienza por el segundo término del sintagma arriba señalado, esto es, con la palabra “infractores” cabe colegir que se está refiriendo a la infracción penal que ha cometido un menor. Esta perpetración de un ilícito penal trae como consecuencia, tras el procedimiento legalmente establecido con todas las garantías (art. 24.2 CE), la imposición de una medida de internamiento (en los supuestos de mayor gravedad) que le privará al menor de su libertad ambulatoria (art. 17.1 CE) en cumplimiento de una sentencia penal firme (arts. 114 y 253 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹². Pues bien, esta infracción penal de la que se está hablando, no es más que el delito concebido en términos amplios o como categoría genérica.

En líneas muy generales, desde la óptica doctrinal, se puede recordar que el delito es: “toda conducta que el legislador sanciona con una pena”¹³, concepto que es manifestación del principio de legalidad; principio que ha sido reconocido en nuestro sistema jurídico tanto por la Constitución (art. 25.1 CE)¹⁴, como por la legislación ordinaria penal [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁵: art. 1.1¹⁶; y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORRPM)¹⁷: art. 43¹⁸] y que, además, queda condensado en el aforismo clásico: *nullum crime sine lege*.

9 José Luis Monereo Pérez, Cristobal Molina Navarrete, Rosa Quesada Segura., et. al., *Manual de Política y Derecho del Empleo (Instituciones, Relaciones de Empleo, Marco Legal de las Políticas Públicas y Derecho Social del Empleo)*. (Madrid: Tecnos, 2011), págs. 126 a 130.

10 Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 44.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2023), pág. 649.

11 Manuel Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.ª ed. revisada, renovada y ampliada por M.ª Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García. (Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2013), pág. 617.

12 Gaceta de Madrid núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

13 Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 4.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2007), pág. 17.

14 Art. 25.1 de la CE: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

15 BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

16 Art. 1.1. Código Penal: «No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito por la ley anterior a su perpetración».

17 BOE, núm. 11, de 13 de enero de 2000.

18 Art. 43 Principio de legalidad (LORRPM): «1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de una sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. 2. Tampoco podrá ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollan».

Desde la parcela del derecho positivo vigente el delito es conceptuado, según el Código Penal denominado en su momento, y no sin razón, “de la Democracia” (hoy tan denostado -desgraciadamente- en algunos de sus tipos sin fundamentación jurídica seria), como: “...las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”¹⁹. De la citada definición normativa se pueden extraer los siguientes elementos tradicionales que configuran toda infracción penal (con independencia de su gravedad)²⁰: primero, el delito es una conducta o acto humano; en nuestro caso, esa conducta procede de un menor como nota o elemento definitorio; segundo, será indiferente que esa conducta sea consecuencia de una acción u omisión; tercero, que la conducta se realice a título de dolo o de imprudencia tendrá relevancia a los efectos de determinar, por un lado, el elemento de la culpabilidad y, por otro, la pena con la que será castigada y, por último, en cuarto lugar, al referirse el Código Penal a “penadas por la ley” se está aludiendo a la tipicidad, es decir, que la conducta activa u omisiva está previamente descrita en el citado Cuerpo Punitivo, hecho que también implicaría el elemento de la antijuridicidad o contrariedad con el Derecho. Pero también, para concluir, “penadas por la ley” incluye otro elemento cardinal del delito: la punibilidad²¹.

Recordado que es el delito y los elementos que lo componen, se ha de tener presente la edad de la persona que delinque y con ello se entra a tratar el concepto de menor (primer elemento del sintagma arriba señalado: menor-infractor) desde la esfera punitiva. Así, el Código Penal señala: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor” (art. 19). A tenor del precepto transcrito el menor, a pesar de ser menor, será responsable criminalmente pero no conforme al Código Penal, sino ateniéndose a una norma específica como es la ya citada Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Como se puede apreciar, se está haciendo referencia al elemento de la imputabilidad y a la capacidad que tiene el menor de comprender el carácter injusto de la conducta realizada y, además, a la capacidad que tiene para conducirse conforme a dicho conocimiento. Será un tema de política criminal cuándo puede entenderse que un menor tiene la madurez oportuna para hacerse responsable de sus actos, de este modo, por debajo de ese límite cronológico que se establezca el

19 Art. 10 del Código Penal. La infracción penal también se define tradicionalmente a través de sus elementos básicos, al ser entendido como toda acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

20 José María Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, 4.ª ed. (Madrid: Dykinson, 1990), págs. 61 a 63.

21 Carlos Suárez-Mira Rodríguez (coordinador), Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 130 y 131.

menor siempre será un inimputable y, por tanto, estará exento de responsabilidad penal y, por ende, de la correspondiente sanción, todo ello en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE); circunstancia que no es óbice para que actúen las autoridades administrativas a los efectos de solventar las carencias (educativas, familiares o sociales) que ha puesto de manifiesto el menor con su conducta y, al mismo tiempo, se les aplicará las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil (art. 3 LORRPM).

A estos fines, y dada la dificultad que entraña determinar cuándo el menor comprende lo que está bien hecho o no y, por tanto, se comporta conforme a ese conocimiento, el legislador determina o fija en qué momento se presume que el menor ha alcanzado esa madurez que conlleva ser dueño de sus propios actos. A estos fines se opta por criterio cronológico al hacer responsable al menor una vez que alcanza la edad de catorce años²², sin perjuicio de que se le reconozca y proteja con todos los derechos constitucionales, la legislación de protección jurídica del menor²³, sin olvidar la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, traída a colación en virtud del art. 10.2 CE.

3. La libertad ambulatoria de los menores-infractores y su incidencia en las políticas activas de empleo y en el desempeño de su actividad laboral

Los menores-infractores tras la comisión de un ilícito penal y una vez obtenida una sentencia firme condenatoria, pueden ver limitada -en algunos supuestos- su libertad ambulatoria en función de la gravedad de su conducta y del bien jurídico protegido por la norma y que, posteriormente, ha sido afectado por esa acción u omisión. Esta libertad de movimiento y de conducirse en los aspectos más cotidianos de su vida diaria, ha de influir de manera notoria en la posibilidad de que el menor reciba las políticas activas de empleo previstas en la normativa vigente o, incluso, en la eventualidad de seguir prestando sus servicios retribuidos en el supuesto de contar con un contrato de trabajo.

Esta oportunidad de ser acreedor y perceptor de las políticas activas de empleo, o de ejecutar su contrato de trabajo, va a estar relacionada directamente, en buena

22 Art. 1 LORRPM: «Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales». En conexión con este precepto indicar el art. 5 LORRPM: «3. Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores».

23 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. *BOE*, núm. 15, de 17 de enero de 1996.

lógica, con la intensidad de las medidas de privación de libertad, o no, que hayan sido impuestas por los jueces de menores competentes (art. 2 LORRPM, con las matizaciones que el mismo contiene). Pero ese debilitamiento de la libertad ambulatoria no sólo pudo afectar a las posibles políticas de empleo que hubiera de recibir el menor, sino también condicionar o perturbar el normal desenvolvimiento del contrato de trabajo que haya suscrito el menor antes de obtener una sentencia condenatoria.

A los solos efectos orientativos y para facilitar la comprensión de esta materia a todos aquellos que no estamos familiarizados con ella, recordar que las medidas privativas de libertad suponen o determinan el internamiento del menor-infractor con distintos grados de intensidad (cerrado, semiabierto y abierto) y con ello las posibles dificultades de aplicar las políticas de empleo a estos ciudadanos. Ahora bien, como se puede observar en el cuadro adjunto²⁴, no todas las medidas impuestas a un menor tienen esa naturaleza, todo lo contrario, permiten al menor-infractor gozar de su libertad ambulatoria pero sometida a determinadas obligaciones (v.gr.: asistencia a centro de día, tratamiento ambulatorio, etc.), hecho que permitirá al menor no sólo poder recibir y participar de las políticas de empleo, sino también, si ha alcanzado los dieciséis años incorporarse al mercado de trabajo, si no lo ha verificado ya mediante la suscripción del oportuno contrato de trabajo.

MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	MEDIDAS <u>NO</u> PRIVATIVAS DE LIBERTAD
1. Internamiento en régimen cerrado	Medidas judiciales en <u>Medio Abierto</u>
	1. Tratamiento ambulatorio
2. Internamiento en régimen semiabierto	1.1 Tratamiento ambulatorio de trastornos psíquicos
3. Internamiento en régimen abierto	1.2. Tratamiento ambulatorio de drogodependencias
4. Internamiento terapéutico	2. Asistencia a Centro de Día
	3. Libertad vigilada
	4. Órdenes de alejamiento
	5. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo
	6. Prestaciones en beneficio de la comunidad
	7. Realización de tareas-educativas
	8. Amonestación
	9. Privación de permiso de conducir y otras licencias (caza, armas, etc.)
	10. Inhabilitación absoluta
	11. Permanencia de fin de semana

24 Art. 7. LORRPM. Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas.

Como se puede reparar al examinar la LORRPM (art. 7), ésta regula las distintas medidas que puede imponer el juez de menores, estableciendo dos categorías netamente diferenciadas; por un lado, aquellas que cercenan la libertad del menor-infractor y, por otro lado, aquellas otras que no afectan o lo hacen de manera leve o de manera condicionada la libertad del menor. En ambos casos se estima que, con los recursos económicos, materiales y humanos pertinentes y con la colaboración estrecha entre las Administraciones públicas implicadas, el menor podrá recibir las políticas activas de empleo, si no en condiciones a las que pudiera recibir cualquier ciudadano, sí en término muy parecidos que permitan que el internamiento alcance su finalidad esencial: la educación o reeducación y la resocialización del menor. Y qué mejor forma de hacerlo que a través de los instrumentos que le permitirán alcanzar las mayores cotas de empleabilidad²⁵, esto es, las políticas activas de empleo que despliega la LE en su Título III, todo ello sin perjuicio de la compatibilidad de estas políticas con la protección por desempleo, llegado el caso (art. 47 LE).

III. Colectivos de atención prioritaria: los menores-infractores

1. Nociones preliminares

Atendiendo a la amplia enumeración que realiza el art. 50 de la LE, se puede observar *ad initio* que el colectivo conformado por los menores-infractores no está reseñado de manera específica. El mencionado precepto legal contiene una extensa relación de colectivos de atención prioritaria para la política de empleo. Estos colectivos referenciados, a tenor de la propia LE, tienen en común las “especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad”. Por ello, el legislador entiende que hay que “promover una atención específica hacia las personas integrantes” de esos colectivos para una adecuada “planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo”²⁶, estando todo esto en consonancia con los programas o medidas de apoyo activo al empleo que se pudieran poner en marcha (art. 49 LE). Estas normas específicas en materia de empleo no son más que el cumplimiento del mandato constitucional y, por ende,

25 Empleabilidad como concepto normativo, y estrella en la nueva Ley de Empleo, entendido en los términos del art. 3 *Otros conceptos* de la LE: «b) Empleabilidad. Conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo». Precepto que es reiterado textualmente en el art. 34 de la citada LE, al hacer referencia al *concepto* de empleabilidad, añadiendo: «La empleabilidad debe producir un ajuste dinámico entre las competencias propias y las demandadas por el mercado de trabajo».

26 Todo el entrecomillado responde a la reproducción textual de fragmentos del art. 50.1, párrafo primero de la LE.

el desarrollo y el desenvolvimiento del mandato normativo del art. 9.2 de la CE²⁷, precepto de suma relevancia para hacer real y efectivo nuestro Estado social (art. 1.1. CE)²⁸ en favor de los más desfavorecidos.

Como se puede colegir, la nueva y vigente LE a través de estos sintagmas²⁹ pone de manifiesto la situación de vulnerabilidad laboral y social³⁰ -como nota común- que engloba a todos esos colectivos en términos genéricos y, por tanto, expresa su merma de capacidad para el acceso a los órdenes más primarios que necesita todo ser humano para sentirse miembro activo de una sociedad; pero, además, a ese contexto de vulnerabilidad social habría que añadir -también como nota común- la vulnerabilidad laboral, como vector que expresa ese obstáculo para un adecuado y pertinente acceso al mundo de las relaciones laborales. Normalmente la precariedad social conlleva al mismo tiempo esa precariedad laboral actuando, casi de manera habitual, como correa de transmisión.

Sin perjuicio de esa vulnerabilidad tanto social como laboral en la que se ven inmersos esos colectivos vulnerables (valga la redundancia), la comentada Norma a pesar de la ampliación nominal y concreción de esos colectivos en comparación a lo que hacía la derogada Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo)³¹, sigue sin hacer referencia a los menores-infractores, como ya se ha anunciado algo más arriba. Y no hace mención expresa porque realmente no es necesario y así lo prevé el legislador, pues tras esa prolija enumeración introduce dos cláusulas abiertas que se pueden denominar directas; una, “otros colectivos de especial vulnerabilidad

27 Art. 9.3. CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; 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».

28 Aunque, no sin razón, el Prof. Cristóbal Molina Navarrete es bastante crítico con la LE, expresándose en los siguientes términos: «No es esta Ley de Empleo que pueda conformar el Derecho Social del Empleo adecuado a nuestro tiempo», en «"Derecho (Social) del Empleo" y "Políticas de Mercado de Trabajo Sostenible": ¿Más "obsolescencias" que "avances" en la "Nueva" Ley de Empleo?», pág. 31, en el seno de las *XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, celebradas en Granada durante los días 8 a 10 de noviembre de 2023 y organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Documento al que se accedió el día 28 de noviembre de 2023. <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/cristobal%20molina%20navarrete.pdf>

29 Entrecomillados por quien esto escribe en el párrafo anterior.

30 Francisco Trillo Párraga, «Institucionalización del mercado de trabajo y Derecho del trabajo garantista en la Ley 3/2023, de empleo», *Revista de Derecho Social*, núm. 102, 2023, pág. 92.

31 BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015. Precisar que esta norma ha quedado derogada casi en su totalidad, pues están todavía vigentes los arts. 15 a 18. Estos preceptos quedarán derogados con la entrada en funcionamiento efectivo de la Agencia Española de Empleo, según establece la disposición derogatoria única 1 a) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero (vigente LE).

que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo” y, dos, “otros [colectivos] que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo”.

A esas dos cláusulas directas se ha de añadir otra que se le asigna el nombre de indirecta y que se trasluce del atento estudio del punto tres del art. 50 de la LE, al precisar que serán los servicios de empleo de cada Comunidad Autónoma los que identifiquen, sin perjuicio de los ya enunciados, los colectivos “suyos propios” que merezcan una atención particularizada atendiendo a las necesidades de ese territorio. De este modo, la propia Norma reconoce o es consciente de una idea crucial: el mercado de trabajo es algo cambiante y dinámico y será éste el que fijará -en cada momento- las necesidades de determinados colectivos en atención a la “realidad socio-laboral de cada territorio” (art. 50.4 LE)³², con protagonismo especial de las corporaciones locales (como administración más cercana al ciudadano)³³ en todo lo referente a la colaboración y cooperación con el resto de las administraciones públicas competentes para el logro de los objetivos de la política de empleo, su puesta en marcha y desarrollo (art. 7 LE)³⁴. En definitiva, hay un reconocido protagonismo de la “dimensión autonómica y, en especial de la local, en las políticas de empleo”³⁵, tal y como se desprende de una lectura integradora de la LE (art. 32.2 y concordantes); de este modo, será la administración autonómica la que identifique, en cada caso, de manera particularizada qué colectivos merecen esa atención prioritaria.

Con motivo de las transferencias autonómicas en la gestión de los centros de internamiento de menores-infractores, esa dimensión autonómica de las políticas de empleo debe tener presente a los menores-infractores como colectivos de atención prioritaria para implementar en cada territorio las políticas de empleo de manera efectiva y eficaz, que redunden en beneficio de cada menor y, por tanto, de toda la sociedad verificándose de manera palmaria el Estado social (art. 1.1 CE), en el sentido de que los derechos socio-laborales no solo tiene que ser reconocidos,

32 María Cristina Aguilar González, «La ampliación y concreción de los colectivos de atención prioritaria a los efectos de las políticas de empleo: ¿eran necesarias?», *Grupo de Trabajo NET21*, núm. 13, mayo (2023), ISSN 2792-9051, pág. 1.

33 En su Preámbulo la LE, parte primera (I) hace mención expresa «... para potenciar los instrumentos de actuación [...], la revisión de la Gobernanza del Sistema, con el reforzamiento de la dimensión local de la política de empleo...». En coherencia con lo anterior, también en el Preámbulo, pero en este caso en su apartado tercero (III) habla de cómo las Corporaciones Locales participarán en la «...implementación de políticas de empleo, en coordinación o colaboración con los servicios públicos...».

34 José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta, «La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo», *Revista Crítica de Relaciones Laborales*, núm. 7, (2023), pág. 22.

35 Eduardo Rojo Torrecilla, «La nueva ley de empleo, una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona», *Briefs AEDTSS*, núm. 11, (2023), pág. 2. Documento al que se accedió el 15 de noviembre de 2023, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/11_ROJO_empleabilidad.pdf.

sino además, tiene que ser efectivos y ser objeto de aplicación en la vida real de las personas³⁶.

2. Los menores-infractores como colectivo inespecífico de atención prioritaria

La denominación de colectivos de atención prioritaria es una novedad atribuible a la vigente LE [arts. 3 d) y 50]. La LE-2015 se refería a estos colectivos bajo el nombre de “colectivos prioritarios”³⁷, cuyo denominador común fue ser colectivos vulnerables por cuanto que tenían serias dificultades para el acceso al mundo laboral. Esta ley (derogada) no ofrecía una definición normativa expresa de qué se podía entender por estos colectivos. Sin embargo, se llegó a decir que el concepto “existe, indirectamente, desde el Derecho del Empleo”³⁸, por lo que para obtenerlo habría que realizar una labor exegética de la LE-2015 (de manera concreta su art. 30) y de todo su marco normativo de desarrollo³⁹. Tras verificar este proceso hermenéutico se podía, en definitiva, ofrecer un concepto de colectivos prioritarios; de este modo, conforme a los diversos parámetros anunciados cabe entender como colectivos prioritarios a: “...los que para esta rama del ordenamiento jurídico adquieren, en cada período, el papel de “colectivos prioritarios” en tanto que destinatarios de medidas de política activa de empleo”⁴⁰. De esta definición se puede concluir que se está en presencia de un concepto de carácter contingente, coyuntural, que dependerá de factores económicos, sociales y laborales de aplicación específica en cada territorio o comunidad autónoma, sin perder nunca de vista la vertiente local en que debe materializarse la política de empleo.

Pero la bisoña LE no sólo trae como novedad la denominación de “colectivos de atención prioritaria”, sino que además los identifica utilizando los siguientes términos: “colectivos con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, de conformidad con los

36 Joaquín Aparicio Tovar, Antonio Baylos Grau y Jaime Cabeza Pereiro, «Estado social, derecho al trabajo y política de empleo», *Revista de Derecho Social*, núm. 100, (2022), pág. 20.

37 Art. 30 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015. Norma derogada en los términos en otro lugar expresados.

38 María Cristina Aguilar González, «Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo», *Lan Harremanak*, núm. 46, (2021), pág. 121. Se ha de matizar que la citada afirmación se realiza por la autora vigente la Ley de Empleo de 2015 (derogada), sin embargo, se considera *mutatis mutandi* que cabe mantenerse dicha aseveración a tenor del art. 50 de la actual LE.

39 A estos efectos no está de más recordar el art. 5 *Definiciones de personas destinatarias* del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021).

40 María Cristina Aguilar González, «Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo», *Lan Harremanak*, núm. 46, (2021), pág. 121

establecido en el artículo 50” [art. 3 d) LE]. Del precepto transcrito se puede extraer la misma conclusión que de la definición no normativa, pero sí doctrinal que se dio de “colectivos prioritarios”: se sigue estando en presencia de un concepto cambiante en cuanto a su ámbito subjetivo, por cuanto que puede variar los sujetos que comprende y los programas de formación y empleo que se implementarán en busca de su acceso al mercado de trabajo, el mantenimiento en el mismo y el desarrollo de la empleabilidad.

Realizada esta primera aproximación, en términos genéricos, de qué se puede entender por colectivo de atención prioritaria, el segundo paso será explicar por qué se les da a los menores-infractores la denominación de colectivo inespecífico, aunque en atención a lo arriba ya indicado realmente se puede intuir. El motivo no es otro que su falta de reseña expresa en el art. 50 de la LE, pero ello no es óbice para que encuentre su reconocimiento y acomodo de manera indubitada por medio de esas cláusulas que se han venido a denominar en unos casos cláusulas abiertas (art. 50.1. párrafo segundo *in fine*) y, en otro caso, nombrada como cláusula indirecta del art. 50.3 de la LE, al estar en todos los supuestos presente la nota de la vulnerabilidad social⁴¹. Qué duda cabe que los menores-infractores sufren especiales dificultades no sólo para el acceso al mundo del trabajo, sino también para mantenerlo debido a que han transgredido, con mayor o menor gravedad, el ordenamiento jurídico con las consecuencias que ello conlleva fundamentalmente en lo que atañe a su libertad ambulatoria y en gobernarse en sus tareas más esenciales como persona.

Aunque a los menores-infractores se les ha llamado colectivo inespecífico de atención prioritaria, su relevancia para las políticas de empleo es absoluta por ellos mismos, por sí solos como ciudadanos-menores o jóvenes pertenecientes a ese colectivo. Pero, además, dentro de este colectivo inespecífico los menores-infractores se pueden subsumir en grupos que sí están reseñados nominalmente en el art. 50 de la LE. A título de ejemplo se pueden englobar, por un lado, dentro de las personas jóvenes especialmente con baja cualificación o formación y, por otro, incluirse dentro de las personas migrantes. En ambos supuestos⁴², en no pocas ocasiones, y por desgracia, terminan siendo jóvenes-menores-infractores que tendrán que compaginar las medidas que judicialmente se les haya impuesto -siempre- en beneficio e interés del menor y, al mismo tiempo -si las hubiera-,

41 La Prof.^a Dr.^a Eva Garrido Pérez, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, realiza una interesante y certera distinción entre vulnerabilidad laboral y vulnerabilidad social, en su ponencia «Promoción y protección del empleo de colectivos de atención prioritaria», págs. 8 a 12, en el seno de las *XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, celebradas en Granada durante los días 8 a 10 de noviembre de 2023 y organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Documento al que se accedió el día 28 de noviembre de 2023. <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/Ponencia%20Eva%20Garrido.pdf>

42 Se reitera que sólo se está hablando a título de ejemplo, pues puede ser un menor perteneciente al colectivo LGTBI, etc.

recibir políticas activas de empleo que estarán orientadas a su formación y educación⁴³ con el objetivo primordial de ampliar su empleabilidad en los términos descritos en la LE (art. 34 en relación con el art. 37 y demás concordantes de la citada Norma legal) y, con ello, conseguir ser más polivalentes en el sentido de poder enfrentarse con mayores cotas de éxitos a las distintas ofertas ofrecidas por el mercado de trabajo.

Expresado lo anterior con otras palabras (y en cierto sentido inversas), cierto es que los colectivos enumerados en el art. 50 de la LE están abocados, en mayor o menor medida, a sufrir serias dificultades (en algunas ocasiones debido a actos discriminatorios, v.gr.: personas trans), para mantenerse o acceder al mercado de trabajo; pero, si en cualquiera de esos colectivos titulados nominalmente confluye, además, la persona de un menor-joven que ha infringido el Código Penal, esa vulnerabilidad socio-laboral se hace más patente, pues por definición la minoría de edad (y la juventud⁴⁴) implica de suyo una manera acusada y particular vulnerabilidad en estos órdenes.

Esa nota, tan repetida pero definitoria de la vulnerabilidad ligada a la edad (menores-infractores o jóvenes) puede implicar en más supuestos de los deseados la exclusión social y, por ende, obstáculos para mantener la relación jurídica laboral o acceder al mercado de trabajo. Estas reflexiones se han puesto de manifiesto, como ha expresado la doctrina más autorizada en esta materia⁴⁵, al más alto nivel internacional por la OIT desde 1919. De igual manera, y en el mismo sentido de denunciar esa vulnerabilidad se puede encontrar el papel desarrollado por la ONU y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En definitiva, la vulnerabilidad conforma el eje frente al cual giran o confluyen dos categorías: una, la política de empleo y, dos, los colectivos de atención prioritaria.

43 No se puede olvidar que la LORRPM está, en beneficio del menor, orientada a la educación de los menores, más que a su finalidad retributiva, tal y como se desprende tanto de su preámbulo como de su articulado.

44 Se debe de anotar que la LORRPM no sólo se aplica a los menores comprendidos entre los catorce y dieciocho años, sino también a aquellas personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, personas a las que llama «jóvenes», todo ello en concordancia con el art. 69 del Código Penal.

45 María Cristina Aguilar González, «Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo», *Lan Harremanak*, núm. 46, (2021), pág. 120.

IV. Política activa de empleo específica para los menores-infractores como colectivo inespecífico

1. Notas preliminares

Se ha de partir indicando que la nueva LE establece “la ordenación de las políticas públicas de empleo”⁴⁶, lo que supone utilizando los términos expresados por la norma “promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo”⁴⁷, todo ello con la finalidad de alcanzar unas metas que se pueden antojar -de entrada- como papel mojado⁴⁸, pues su fin último es crear puestos de trabajo y solventar y reducir -en la medida de lo posible- un problema que es estructural en España: el desempleo.

En líneas generales, toda política de empleo tiende a solventar los problemas de trabajo que acaecen en una determinada sociedad, si bien es cierto, que su objetivo (desde nuestro punto de vista idílico) es que se materialice o se culmine con el pleno empleo en esa concreta nación. Como muy bien expresa un representante relevante de la doctrina, la política de empleo simboliza el máximo exponente doctrinal de lo que se ha venido a llamar el “Estado de bienestar” como materialización de uno de los tres pilares en los que se cimienta nuestro Estado, el Estado social⁴⁹, siendo los otros pilares el Estado democrático y de derecho (art. 1.1 CE)⁵⁰. Ese Estado social que pretende el bienestar de todos los ciudadanos, ha de amparar a aquellos sectores de la ciudadanía más desfavorecidos, que en la materia que nos ocupa toma el nombre de colectivos de atención prioritaria (art. 50 LE), entre los que están sin la menor duda los menores-infractores como colectivo inespecífico.

Como se puede observar tras una lectura pausada del art. 2 de la LE, la política de empleo atiende a una doble formulación categórica. Por un lado, están las políticas de protección frente al desempleo, tradicionalmente conocidas como las políticas pasivas de empleo y que algún autor denomina políticas tuitivas entendidas como “el conjunto de prestaciones y subsidios orientados a la protección económica de las situaciones de desempleo”⁵¹; y, por otro lado, se

46 Art. 1. Objeto y finalidad de la Ley.

47 Idem.

48 Desde la proclamación de la Constitución se podrían enumerar las distintas políticas de empleo que se han puesto en marcha, cuyos resultados -fácilmente comprobable- están lejos de haber solucionado el desempleo en España.

49 Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 647 y 648.

50 Estado de derecho, al día de la fecha, en franco peligro y, en no pocos supuestos, vulnerado a través del fraude de ley, entre otras categorías jurídicas.

51 Antonio V. Sempere Navarro, «Reivindicación de la Ley de Empleo», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8, (2023), pág. 2. Documento al que se accedió el día 3 de diciembre de 2023, <https://insignis-aranzadidigital-es.bibliouca.idm.oclc.org/maf/app/document?redirect=true&sruid=i0ad82d9a0000018c3eb8bef3a3718fbf&marginal=BIB\2023\2198&do>

articulan las llamadas comúnmente como políticas activas de empleo definidas como: “el conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas orientados a la contribución a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo del pleno empleo, de conformidad con los dispuestos en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea” (art. 2.2 LE). Aquí no se tratarán de las denominadas políticas tuitivas de empleo⁵², sólo se darán breves apuntes de las llamadas políticas activas de empleo que pudieran aplicarse a los jóvenes-menores-infractores.

Como se ha podido ver tras la transcripción literal del art. 2.2 de la LE, las políticas activas de empleo son explicadas por el legislador de forma extremadamente extensa y detallada, aclarando qué es o, mejor, qué supone o implica concebir y poner en marcha las repetidas políticas activas de empleo que han de redundar o de tener presente los siguientes parámetros básicos: primero, el incremento de la empleabilidad del grupo de personas a las que va dirigida; segundo, la reducción del desempleo del colectivo receptor de las políticas activas; y en tercer lugar, la consecución de un empleo digno, decente, estable y de calidad, cuya meta última será conseguir el pleno empleo.

Señalados estos parámetros en los que se puede condensar la política de empleo, los menores-infractores necesitan de políticas activas de empleo que se ajusten a su situación personal. El diseño y concepción de las políticas activas de empleo para este colectivo de atención prioritaria necesita tener presente, por un lado, cómo la sentencia condenatoria afecta en mayor o menor medida a su libertad y, por otro, tener como cruz de guía la mejora de la empleabilidad (arts. 34 y siguientes de la LE) de los desafortunados menores-infractores.

En términos genéricos, tras la condena impuesta por el juez de menores, y una vez firme ésta, los jóvenes-infractores pueden encontrarse en muy distintas situaciones que influirán en la posibilidad de recibir políticas activas de empleo; entre estas situaciones cabe destacar: primero, que el menor antes de cometer la infracción penal estuviera trabajando, es decir, que estuviera disfrutando de un contrato de trabajo conforme a las prescripciones del arts. 6 y 7 del Estatuto de

cguid=Ideb4d4f103c9b11ee998bd634f9ab98ab&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_bib los;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=

- 52 En buena parte modificadas por el 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 (BOE, núm. 303, de 20 de diciembre de 2023).

los Trabajadores, al ser mayor de 16 años. Si el régimen de internamiento al que se encuentra sometido el menor-infractor le permite acudir al puesto de trabajo, qué mejor política de empleo que facilitar la permanencia de éste en su puesto de trabajo. No hay terapia mejor para insertarse en esta sociedad que servir a ésta en términos de solidaridad con respecto a todas las personas que conforman la misma pero, además, el ejercer una actividad laboral dignifica a la persona como derecho-deber de todo ciudadano que pertenece a una concreta sociedad. Como bien expresa el art. 25 de la CE el condenado (en nuestro caso, el menor-infractor) sigue teniendo todos los derechos reconocidos en el Capítulo segundo, entre los que se encuentra el derecho-deber de trabajar (art. 35 CE). Todo esto sin perjuicio de que el menor-infractor reciba formación en el trabajo (art. 31 en relación con el art. 33, ambos de la LE), con la finalidad de mejorar en su empleo o las opciones de su empleabilidad que le permitan acceder a otras actividades laborales o que le permitan, simplemente, progresar en su carrera profesional, como una faceta que ha de integrar necesariamente el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE).

2. Apuntes sobre las políticas activas de empleo dirigidas a los menores-infractores

Las políticas activas de empleo dirigidas a los menores-infractores como colectivo de atención prioritaria de carácter inespecífico, van a ser diferentes de las que puedan recibir cualquier otro colectivo. En estos casos en los que los perceptores tienen unos rasgos tan definidos o peculiares, las administraciones públicas competentes a la hora de diseñar las políticas activas han de tener presente dos magnitudes: la primera, la medida de internamiento a la que esté sujeto el menor (régimen cerrado, semiabierto, abierto, terapéutico...) ⁵³; y, la segunda, si el menor está desarrollando o no una actividad laboral. A los dieciséis años lo habitual es que el menor esté escolarizado realizando el bachiller o algún módulo de grado medio de formación profesional y, en el peor de los casos, cabe la hipótesis de que el menor-infractor haya abandonado sus estudios y esté desocupado. Aunque la situación ideal es que el menor estuviera trabajando, la realidad es tozuda y demuestra que será algo muy excepcional.

Como se acaba de indicar algo más arriba, no hay mejor política de empleo que el realizar un trabajo digno, de manera efectiva y conforme a la legalidad vigente, sea por cuenta ajena o por cuenta propia. Dada la situación actual del mercado de trabajo y sin perder de vista el colectivo que nos ocupa, será bastante más fácil o viable que el menor desarrolle (en el mejor de los casos) su actividad laboral conforme a los requerimientos del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.1), y

53 Véase art. 7 LORRPM. Aparte de las medias señaladas, también se pueden imponer otras medidas que pueden ver perjudicada la libertad ambulatoria del menor; por ejemplo, la asistencia a un centro de día.

no tanto que trabaje por cuenta propia⁵⁴. Dada la excepcionalidad de que el menor esté desarrollando una actividad productiva, las políticas activas de empleo, en estos supuestos, estarán orientadas a mejorar su empleabilidad a través de programas formativos. Pero, es lo cierto que, el entorno natural de implementación de las políticas activas de empleo será cuando el joven-infractor esté desempleado, pues a la edad de dieciséis años lo normal es que el menor esté escolarizado y lo extraordinario que esté trabajando.

2.1. Desarrollo de actividad laboral productiva y políticas activas de empleo

Si se habla en términos amplios, se puede afirmar que muy pocos jóvenes-infractores ejercen una actividad laboral durante el tiempo en los que sufren una medida, cualquiera que sea su régimen, conforme a la LORRPM. No obstante, se pueden presentar algunas de las siguientes hipótesis (excepcionales pero muy deseables) como se verá a continuación, a las que se les podrían aplicar determinadas políticas activas de empleo con las particularidades que se pueden prever a tenor de los arts. 55 y siguientes de la LE. A estos preceptos se ha de añadir la especial relevancia y el papel importante que ha de adquirir el art. 53 de la LE sobre los servicios que pueden demandar las personas jóvenes en términos generales; artículo que de manera específica y con las adaptaciones que sean pertinentes, se ha de implementar con mayor dedicación y focalizándolo en las necesidades reales que puedan acreditar los jóvenes-infractores.

Con carácter previo y para evitar cualquier género de confusión, se debe precisar que las prestaciones en beneficio de la comunidad que sólo las podrá imponer el juez de menores -previo consentimiento del afectado-⁵⁵, no tienen la consideración de trabajo retribuido, en cuanto que son “actividades no retribuidas”, normalmente de interés social o en beneficio de las personas que se encuentren en situación de precariedad [art. 7.1.k) LORRPM]. Como consecuencia de las transferencias a las Comunidades Autónomas de esta materia, en Andalucía el cumplimiento de estas prestaciones en beneficio de la comunidad están reguladas por su normativa específica⁵⁶.

54 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. *BOE* núm. 166, de 12 de julio de 2007. De manera muy especial hay que reseñar el art. 9 *Protección de menores*, que señala: «1. Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares».

55 Art. 49 del Código penal en concordancia con el art. 7.1. k) de la LORRPM.

56 Resolución de 16 de junio de 2022, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Asociación por la Formación Profesional, Integral y Social de la Persona-Inserta Andalucía, para el cumplimiento de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad (*BOE* núm. 149, de 23 de junio de 2022). A esos efectos la Cláusula Sexta denominada *Derechos laborales o estatutarios en el desarrollo de la actividad*, señala: «1. La actividad que realice el penado no

No se puede obviar la dificultad que tienen los jóvenes para incorporarse al mercado de trabajo, problemática que se acrecienta exponencialmente -supuestamente- cuando se está hablando de menores-infractores. A pesar de ello, éstos pueden desarrollar su fuerza de trabajo a través: uno, realizando el trabajo dentro y a favor de centro de internamiento; y dos, fuera del centro de internamiento. En ambos supuestos cabe la posibilidad de que sean perceptores de políticas activas de empleo que enriquezcan, sobre todo, su empleabilidad futura. En este sentido, la LORRPM en su art. 58, entre los derechos que reconoce a los menores internados, proclama el derecho al trabajo remunerado, ahora bien, lo hace de manera condicionada al indicar textualmente “dentro de las disponibilidades de la entidad pública” y siempre respetando determinadas condiciones en el contrato de trabajo al ser menores de dieciocho años [art. 53.4.b) del Reglamento de desarrollo de la LORRPM en consonancia que lo establecido en el art. 6 del ET].

Este precepto es desarrollado de manera prolija en el art. 53 del Reglamento que desarrolla la LORRPM⁵⁷, en donde se vuelve a precisar que los menores tienen derecho a un trabajo remunerado “dentro de las disposiciones de la entidad pública”; pero esta norma reglamentaria va más allá, al contener un mandato a las administraciones públicas competentes de llevar “a cabo las actuaciones necesarias para facilitar que dichos menores desarrollen actividades laborales remuneradas de carácter productivo, dentro o fuera de los centros, en función del régimen o tipo de internamiento”. Este último precepto se debe de leer e interpretar en sede constitucional pues no es más que la verificación o materialización del mandato constitucional envía a todos los poderes públicos el art. 9.3.

De la conjunción de los citados preceptos se trasluce, sin el menor género de dudas, la obligación proactiva que tienen las entidades públicas competentes de facilitar a los menores-infractores en edad laboral un trabajo remunerado (derecho fundamental del art. 25.2 CE). En función de ello, el sistema penitenciario otorga un verdadero derecho subjetivo⁵⁸, ciertamente condicionado, frente a la Administración para que ésta le facilite al joven-infractor el desarrollo de una actividad retribuida mientras dure la ejecución de la medida impuesta; siempre teniendo como objetivo final que el trabajo remunerado sirva para la inserción laboral de menor y, a la par, le facilite -cuando cumpla con la medida impuesta- la

será retribuida. 2. En ningún caso se derivarán obligaciones propias de un contrato laboral, o de carácter estatutario, como consecuencia de la actividad desarrollada por el penado con motivo del presente convenio, ni por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, ni para la Asociación».

57 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 209, de 30 de agosto de 2004).

58 No se puede olvidar, una vez más, que trae causa del art. 25.2 de la CE y que, por tanto, se está ante un derecho fundamental susceptible de recurso de amparo (art. 53.2 CE).

incorporación al mercado de trabajo (art. 53.5 del Reglamento que desarrolla la LORRPM).

Pero aún hay más; la propia normativa reglamentaria penitenciaria prevé que junto a la práctica laboral el menor-infractor reciba “cursos de formación profesional ocupacional u otros programas que mejoren su competencia y capacidad laboral y favorezcan su futura inserción” (art. 53.5 del Reglamento que desarrolla la LORRPM). Este mandato dirigido a las Administraciones públicas no es otro que la mejora de la empleabilidad del menor sujeto a cualquiera de las medidas previstas por la LORRPM. Por tanto, el Reglamento que se publicó allá por el año 2004 tiene en cuenta esa mejora de la empleabilidad a la que están sometidos todos los trabajadores y que, ahora, vertebra e inspira la nueva Ley de Empleo, imprimiéndole un acusado protagonismo al dedicarle todo el capítulo II intitulado Empleabilidad (arts. 34 a 39) del Título III referido a las Políticas activas de empleo.

En definitiva, el menor-infractor ya trabaje de manera productiva en el centro bajo una relación especial [art. 2.1.i) ET], ya lo haga extramuros al centro conforme a las previsiones de la Normativa Laboral Común (art. 1.1. ET), tiene derecho a ser perceptor de las políticas de empleo previstas en el Título III de la LE y las correspondientes remisiones que hace este Título en su art. 32 al Capítulo III (instrumentos de planificación de la política de empleo) del Título I (política de empleo) de la citada Ley al tener presente a los efectos de programación la cartera común y los servicios complementarios que preste el Sistema Nacional de Empleo en coordinación con las necesidades locales del mercado de trabajo.

Todas estas posibilidades de que el menor-infractor sea sujeto protagonista de las políticas de empleo suponen el cumplimiento del principio de resocialización que prevé la Carta Magna en su art. 25 y, de manera específica e ilustrativa el art. 55 de la LORRPM⁵⁹. El menor-infractor, con independencia de las medidas a las que se vea sujeto, sigue siendo a todos los efectos un ciudadano con todos sus derechos y obligaciones, aunque algo matizadas por virtud de la mayor o menor intensidad de las citadas medidas. Esto nos permite ser moderadamente optimistas, al menos en la esfera dogmática, pues normativamente existen las herramientas oportunas para que estos jóvenes cubran la desafortunada etapa en la que se han vistos inmersos

59 Art. 55 LRRPM: «1. Toda actividad de los centros en lo que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad. 2. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográficas y culturalmente. 3. A tal fin se fijarán reglamentariamente los permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor internado, a fin de mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad».

con las mayores cotas de éxito al objeto de incorporarse, tras el cumplimiento de las medidas impuestas, al mundo laboral.

2.2. Políticas de empleo dirigidas al menor-infractor desempleado

Prescindiendo de las hipótesis en donde el menor-infractor desarrolle una actividad productiva en los términos que se acaban de señalar algo más arriba (hipótesis desgraciadamente excepcional)⁶⁰, será preciso describir o apuntar de modo sucinto, si es factible que este colectivo de atención prioritaria inespecífico sea protagonista de políticas activas de empleo.

Cuando a un menor-infractor se le impone cualquiera de las medidas previstas por la LORRPM, lo habitual es que, en el mejor de los casos, sea estudiante en sentido amplio, es decir, que esté matriculado en bachiller o en un módulo de formación profesional de grado medio. Y se dice que sea estudiante en sentido amplio, porque en no pocos supuestos el menor-infractor está sólo matriculado y no sigue de manera regular sus estudios, con otras palabras, es más bien lo que se puede denominar un estudiante formal mas que material.

En ambos casos se está hablando de jóvenes⁶¹ que, desde la óptica de las políticas activas de empleo, son considerados un colectivo de atención preferente (art. 50 en relación con el art. 53 de la LE) en cuanto a la planificación, organización y puesta en marcha de los programas tanto nacionales como europeos, siempre con las necesarias adaptaciones en atención al colectivo que se está estudiando. Pero si nos encontramos con el binomio de joven y, además, infractor, es más pertinente que nunca el mandato que impone el apartado tercero del art. 53 LE a la Administración pública competente para que el menor vuelva al sistema educativo de manera real y efectiva para que pueda beneficiarse de aquellas cualificaciones iniciales que pueda obtener y que en un futuro le permitan una mejora de su empleabilidad. Pero si ese menor-infractor ya atesora esas cualificaciones iniciales, el citado precepto indica, que las actuaciones orientadas a favorecer su empleabilidad se basarán, fundamentalmente, en la obtención de una adecuada práctica profesional que, necesariamente ha de contar la colaboración activa de la entidad pública pertinente.

En concordancia con la LE, la propia legislación penitenciaria impone a la entidad pública con competencia en la materia y, cualquiera que sea su situación en el centro, el derecho de los menores-infractores a que durante se estancia en

60 A pesar de ser un derecho fundamental (art. 25.2 CE).

61 El concepto de joven abarca diferentes tramos de edad según la norma que se estudie o el sector del ordenamiento jurídico que se tome como referencia. En la LE el término joven abarca a aquella persona que no ha alcanzado los treinta años de edad (art. 53.1 LE). Sin embargo, desde el punto de vista de la LORRPM se considera menor-joven a aquella persona que tiene una edad comprendida entre los catorce años y no ha cumplido los dieciocho (art. 1 LORRPM; con la matización del art. 14 de la citada LORRPM).

el mismo reciban la formación básica obligatoria (fuera o dentro). Igualmente, tendrán la obligación de facilitar a los menores otros estudios de otros niveles educativos, como -también- la participación en otras enseñanzas regladas (art. 37 del Reglamento que desarrolla la LORRPM). En definitiva, existe una correa de transmisión (casual) entre la normativa de empleo y la penitenciaria atribuyendo a los menores-infractores un derecho subjetivo a la formación no sólo obligatoria sino también superior o no reglada, cualquiera que sea el régimen de internamiento al que esté sometido.

Pero también cabe la posibilidad de que el menor-infractor cuando ingresa en el centro ya haya finalizado su educación obligatoria y no quiera cursar el bachiller ni hacer formación profesional. En estos supuestos las políticas activas de empleo deben desplegarse en toda su amplitud, si ello cabe. Aunque no se haya mencionado en los supuestos descritos antes y que es de plena aplicación, habrá que acudir al catálogo de servicios garantizados a personas demandantes de servicios de empleo. Ciertamente habrá que hacer determinadas matizaciones, pero no se puede obviar: primero, los principios inspiradores relativos a la ejecución de las medidas siempre, y de manera indubitada, estarán orientadas al interés supremo del menor que, por otro lado, sigue disfrutando de los derechos y libertades que la Constitución atribuye a todo ciudadano (arts. 6 y 7 del Reglamento que desarrolla la LORRPM); y, segundo, las políticas activas de empleo se pueden articular o llevar a término no sólo de manera presencial, sino también de forma telemática, prestando la mayor atención a aquellos colectivos que por su situación vital estén más alejados del mercado de trabajo [art. 56.1.b), c) 2.º y demás concordantes de la LE], como pueden ser aquellos menores-infractores en régimen de internamiento cerrado.

Con todo lo anterior se quiere poner de manifiesto que la situación de internamiento del menor, con independencia del régimen bajo el que esté, permitirá la mejora de su empleabilidad a través de la implementación de programas que la favorezcan, dado el mandato que tiene la Administración pública y las entidades públicas o privadas relacionadas con ella, de facilitar al menor-infractor la información, formación y trabajo que redunden en beneficio de su reinserción en la sociedad, por tanto, de este modo se estará dando oportuno cumplimiento material del principio de resocialización que inspira toda medida a la que esté afectado el menor-infractor.

V. Conclusiones

Toda persona con la mínima sensibilidad se puede imaginar la situación tan delicada en la que se puede ver inmerso un menor-infractor (y su familia) al que, tras el procedimiento legalmente establecido y utilizando todos los instrumentos pertinentes para su defensa, le es impuesta por el juez de menores una de las medidas previstas normativamente. Esa posición empática que se ha de tener con respecto al infractor-menor, tampoco se puede dejar de sentir en relación a su

víctima cuando ha atentado contra bienes jurídicos inherentes a la persona o al patrimonio. Dicho ello, la posición del menor-infractor con respecto a la nueva Ley de Empleo, Norma condicionada por el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y por el instrumento “España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo”, sugieren una serie de reflexiones finales:

Primera. Como novedad aparente, se normativiza el concepto de colectivo de atención prioritaria, y a la par, se produce una hipertrofia enumerativa de los colectivos que pueden ser objeto de ese protagonismo en el diseño y puesta en marcha de los programas en los que se materializa la política de empleo de una Nación.

El legislador al realizar esa conceptualización en términos tan genéricos y amplios parece quedar poco satisfecho y, por este motivo, hace una enumeración amplísima sin atender a elemento clasificatorio nítido alguno. Esa relación de colectivos que merecen la calificación de “atención prioritaria” permite, por un lado, ofrecer cierta seguridad jurídica a los sujetos relacionados expresamente, pero por otro, resulta poco útil a efectos realmente prácticos, pues habrá que realizar una labor de subsunción en cada momento de cuándo existen esas dificultades para el acceso y el mantenimiento del empleo, identificando de esta manera nuevos colectivos de atención prioritaria, pero de carácter inespecífico. Respecto a la empleabilidad, sin embargo, será un término que se puede aplicar a cualquier trabajo con independencia de la naturaleza de éste.

Segunda. La bisoña Ley de Empleo dibuja un panorama optimista, aunque está todavía por materializarse, pues a través del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia implementado por medio del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, prevé la realización de reformas estructurales y una -supuesta- nueva concepción de las políticas de empleo, entre las que debería de estar el fomento y la tutela del empleo y de la empleabilidad de los menores-infractores. Sin embargo, efectivamente no hay referencia alguna a los menores-infractores. Esto no obsta a que el componente 23 del Plan de Recuperación..., hable de que se podrán en marcha nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo, dinámico e inclusivo. Si esto es cierto y se propugna un mercado de trabajo inclusivo, se puede hacer o lanzar la siguiente pregunta retórica: ¿puede haber o hay una temática más inclusiva que hacer alguna referencia a los menores infractores y conectarlos con las políticas de empleo?

Desde el punto de vista que aquí se propugna, no puede haber un mercado laboral inclusivo si no está presente, o al menos no se tiene en cuenta necesariamente al menor-infractor, bien sea, a través de específicos programas provenientes de las políticas activas de empleo, o bien sea, mediante la incorporación efectiva el mundo laboral mediante la suscripción de un contrato de trabajo, con independencia de que sea conforme al art. 1.1 del ET o quede conformado a tenor del art. 2.1.i)

también del ET. o, incluso que esa incorporación al mercado de trabajo se efectúe a través del trabajo autónomo. La incorporación al mercado de trabajo sería lo ideal, nadie lo duda, pero ciertamente será algo excepcional o puntual. A pesar de ello, una adecuada política de empleo adaptada, con matizaciones, a este colectivo de atención prioritaria inespecífico supondría todo un reto y un éxito, por cuanto redundaría en la mejora de la empleabilidad de los menores-infractores.

Tercera. El documento “España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo”, pretende solucionar las deficiencias del mercado de trabajo. En razón de ello, relaciona una serie de puntos - extremadamente delicados- entre los que destaca la desbordante tasa de desempleo, problemas que es más coyuntural -desgraciadamente- que contingente en nuestro territorio. Para mitigarlo, entre otras medidas socio-económicas y de variada naturaleza, se busca el adecuado reajuste, modernización y fortalecimiento de las políticas activas de empleo. Pues bien, ese fortalecimiento de las políticas de empleo se materializa normativamente en la nueva Ley de Empleo. Sin embargo, el citado documento, y en buena lógica la Ley de Empleo, omiten de manera absoluta a este colectivo que se considera de atención prioritaria y de carácter inespecífico (como se ha apuntado y defendido a lo largo de este trabajo).

En términos muy generales las políticas activas de empleo están encaminadas, en no pocos supuestos, a que el ciudadano no se quede “obsoleto” y, en definitiva, mejore su empleabilidad. Pues bien, ese objetivo siendo cierto, en principio no se puede predicar -al menos expresamente- a los menores-infractores al no estar relacionados expresamente en la LE. Ahora bien, esa falta de mención expresa no impide que se esté ante un colectivo de atención prioritaria, siempre que se lleve término una interpretación integrativa de la Norma y que, por tanto, con las necesidades específicas que sean oportunas, se elaboren y apliquen innovadoras políticas de empleo. Éstas buscarán la mejora de la empleabilidad de los jóvenes-infractores, pero en estos casos la empleabilidad estará orientada a facilitar el acceso -mayormente- al mercado de trabajo, esto es, estarán basadas en una mejora de su cualificación en relación con su entorno espacial más inmediato. Para conseguir este objetivo, ocuparan especial protagonismo aquellas políticas de empleo que se puedan implementar a través de medios telemáticos, como reconoce la Ley de Empleo, soslayando de este modo, los posibles problemas de presencialidad que pueda tener este colectivo debido a su régimen de internamiento.

Cuarta. Si realmente todo nuestro sistema normativo relativo al empleo, cuyo buque insignia o mascarón de proa es la LE, tiene como piedra angular la empleabilidad, esta debe reforzarse en el ámbito del colectivo de los menores-infractores con una política de empleo que sea consecuente con las particularidades de este colectivo implementando programas dirigidos a esto jóvenes. Las políticas activas de empleo recibidas durante el internamiento del menor-infractor son la mejor medida de socialización o resocialización de éste. Como colectivo de atención

prioritaria de carácter inespecífico, no hay mejor “medida-pena” resocializadora que ser sujeto activo de cada una de las medidas de política de empleo que prevé o pueda instrumentar la LE. Cualquier otra medida que no busque cubrir esos defectos del proceso socializador que han sufrido estos menores, está abocada si no al fracaso, si a una utilidad poco efectiva. En definitiva, hay que huir de cualquier tipo de medida que, aunque busque la resocialización y esté amparada en la política de empleo (programas, talleres, formación, etc.), tenga algún componente aflictivo o retributivo.

Quinta. El menor-infractor que se encuentre en edad laboral, sin perjuicio del drama personal y familiar de verse inmerso en esa delicada situación, está jurídicamente en mejores condiciones de insertarse en el mercado de trabajo que un menor en edad laboral y sin problemas con la justicia. La lectura integradora de la legislación penitenciaria junto con la legislación laboral, en la que hay que incluir la vigente Ley de Empleo, conceden al menor-infractor un derecho subjetivo al derecho del trabajo remunerado (como derecho fundamental) que puede hacer valer ante las Administraciones públicas competentes. Este trabajo remunerado ha de ser facilitado por las entidades públicas removiendo los obstáculos que impidan el ejercicio de este derecho.

VI. Bibliografía

- Aguilar González, María Cristina, “La ampliación y concreción de los colectivos de atención prioritaria a los efectos de las políticas de empleo: ¿eran necesarias?”, *Grupo de Trabajo NET21*, núm. 13, mayo (2023), ISSN 2792-9051, págs. 1 a 7.
- Aguilar González, María Cristina, “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo”, *Lan Harremanak*, núm. 46, (2021), págs.114 a 143. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak23178>.
- Alonso Olea, Manuel, *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*. Cizur Menor: Civitas Thonsom Reuters, 2016 (reimpresión de la primera edición de 1995).
- Alonso Olea, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.^a ed. revisada, renovada y ampliada por M.^a Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2013.
- Aparicio Tovar, Joaquín, Baylos Grau, Antonio y Cabeza Pereiro, Jaime, “Estado social, derecho al trabajo y política de empleo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 100, (2022), págs. 15 a 36.

- Cristóbal Roncero, Rosario, “Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo”, *Brief AEDTSS*, núm. 18, (2023). Documento al que se accedió el 15 de noviembre de 2023, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/18-CRISTOBAL-Colectivos-de-atencion-prioritaria-para-la-politica-de-empleo.pdf>, pág. 1 a 7.
- Garrido Pérez, Eva, “Promoción y protección del empleo de colectivos de atención prioritaria”, *XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, celebradas en Granada durante los días 8 a 10 de noviembre de 2023 y organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Documento al que se accedió el día 28 de noviembre de 2023. <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/Ponencia%20Eva%20Garrido.pdf>. Págs. 1 a 34.
- Luzón Cuesta, José María, *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, 4.^a ed. Madrid: Dykinson, 1990.
- Molina Navarrete, Cristóbal, “No es esta Ley de Empleo que pueda conformar el Derecho Social del Empleo adecuado a nuestro tiempo”, en “Derecho (Social) del Empleo” y “Políticas de Mercado de Trabajo Sostenible”: ¿Más “obsolescencias” que “avances” en la “Nueva” Ley de Empleo?”, en el seno de las *XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, celebradas en Granada durante los días 8 a 10 de noviembre de 2023 y organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Documento al que se accedió el día 28 de noviembre de 2023. <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/cristobal%20molina%20navarrete.pdf>. Págs. 1 a 31.
- Monereo Pérez, José Luis, Rodríguez Escanciano, Susana y Rodríguez Iniesta, Guillermo, “La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”, *Revista Crítica de Relaciones Laborales*, núm. 7, 2023, págs. 11 a 37.
- Monereo Pérez, José Luis, Molina Navarrete, Cristobal, Quesada Segura, Rosa., et. al., *Manual de Política y Derecho del Empleo (Instituciones, Relaciones de Empleo, Marco Legal de las Políticas Públicas y Derecho Social del Empleo)*. Madrid: Tecnos, 2011.
- Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 44.^a ed. Madrid: Tecnos, 2023.
- Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 4.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel C. (director), Calvo Gallego, Francisco Javeir. y Morales Ortega, José Manuel (coordinadores), et. al., *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 2006.

- Rojo Torrecilla, Eduardo, “La nueva ley de empleo, una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona”, *Briefs AEDTSS*, núm. 11, (2023). Documento al que se accedió el 15 de noviembre de 2023, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/11_ROJO_empleabilidad.pdf, págs. 1 a 6.
- Sempere Navarro, Antonio V., “Reivindicación de la Ley de Empleo”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8, (2023), Documento al que se accedió el día 3 de diciembre de 2023, https://insignis-aranzadidigital-es.bibliouca.idm.oclc.org/maf/app/document?redirect=true&srguid=i0ad82d9a0000018c3eb8bef3a3718fbf&marginal=BIB\2023\2198&docguid=Idebd4f103c9b11ee998bd634f9ab98ab&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=. Págs. 1 a 17.
- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (coordinador), Judel Prieto, Ángel y Piñol Rodríguez, José Ramón, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, 5.ª ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008.
- Trillo Párraga, Francisco, “Institucionalización del mercado de trabajo y Derecho del trabajo garantista en la Ley 3/2023, de empleo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 102, (2023), págs. 89 a 107.

TRANSICIONES VERDES: ¿OPORTUNIDADES Y RETOS EN MATERIA DE EMPLEO?¹

RAMÓN LÓPEZ FUENTES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Resumen:

La propuesta que se hace parte de la premisa de cómo el nuevo Acuerdo de concertación Social introduce la obligación de que los instrumentos de Negociación Colectiva contengan cláusulas relacionadas con el Medio ambiente y/o la transición tecnológica, medioambiente y digital. Luego se trata de profundizar en cuestiones en las que nuestro país puede y debe liderar un cambio de paradigma, pues una cosa es el por qué introducir esas cláusulas y otra diferente, aunque relacionado, el hecho de que hay una triple transición de referencia, que es precisamente la que justifica que se tomen algunas de esas medidas, pero no sólo incide en ese plano de la negociación colectiva. Si no que, y fundamentalmente, en el empleo. Tanto en cuanto a su calidad, como a su cantidad, por cuanto el fijar cláusulas como las descritas enlaza con diversos compromisos internacionales que tienen como referentes las posibilidades de nuevos modelos industriales y, por ende, de un claro impacto en nuestro modelo económico. Ya que no es sólo “negociar” en verde, si no que ello implica cambios sociales y económicos, empezando por el empleo y, por tanto, en la protección de amplios sectores productivos.

Palabras clave:

Acuerdo de Concertación social ; transiciones energéticas, tecnológicas y digitales; Calidad del Empleo; cambio climático; Modelos productivos; formación y empleo; protección social

1 GI “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España (TRABEXIT), PID2022-141201OB-I00”, «Proyectos de Generación de Conocimiento», en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

I. Justificación de la materia

La presentación del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (VAENC), más allá de otras cuestiones novedosas, a nuestro juicio destaca por un apartado que, de inicio, podría parecer como secundario o cuasi de moda, más que por su importancia real: por cuanto puerta de acceso obligado a que en la negociación colectiva se incluyan determinado tipo de conceptos y cláusulas en torno al medio ambiente. O lo que es lo mismo, que la Negociación Colectiva presente obligaciones y derechos “articulados en verde”. Cuestión ésta que, a nuestro juicio, de partida no hay que confundir con el papel que el medio ambiente en su conjunto pueda desplegar sobre el modelo actual de empleo y, por tanto, sobre el propio Mercado de Empleo, pero que sí se relaciona con una cada vez mayor preocupación y compromiso con el hecho de que estamos en una senda energética y productiva que debe ir variando si queremos revertir o mitigar el impacto que sobre la supervivencia del planeta tiene la mano del ser humano². De hecho, la idea es que más allá de otras consideraciones sobre los Empleos de futuro, desde ya se prevean también en la Negociación Colectiva cláusulas que repercutan en las condiciones y desempeño del trabajo, de manera que no sólo se trate de mejorar la calidad del aquel y, por qué no, también en la cantidad del mismo, si no directamente en cómo la adopción de dichas medidas tenga un reflejo de mejora social.

Cuestiones todas ellas que, a nuestro entender, deben estar presentes también -siquiera sea de forma indirecta-, a la hora de desarrollar los aspectos más novedosos de la reciente Ley de Empleo: en cuanto líneas de actuación a considerar en la actual y futuras Estrategias para el Empleo, así como respecto a los Planes de Empleo. Pues el impacto de las transiciones energéticas, industrial y tecnológica son materias transversales para garantizar empleos de calidad y así avanzar en mayores cuotas de igualdad, tarea que no corresponde únicamente respecto al papel de los agentes sociales, por más que aquellos deban asumir nuevos roles en cuanto a su papel de interlocutores sociales. O lo que es lo mismo, hay que abordar la materia no sólo como un reto para el avance de nuestra economía, sino como una oportunidad para que todos los agentes sociales implicados en materia de empleo tomen conciencia de que hay que aprovechar el impulso hacia mayores niveles de convergencia energética e industrial con Europa (y que ello se aproveche no sólo para mejorar nuestro modelo productivo, con su correspondiente reflejo en el Empleo, por cuanto incluso se habla de convertir nuestro país en referente y cabeza, de una transición que se ha visto acelerada por diversos factores en torno

2 Si bien es cierto que son cuestiones diferentes las que proponemos, sí que tienen en común ese punto de necesaria concienciación sobre cómo los modelos económicos y productivos inciden en el Cambio climático y, por tanto, en cómo desde ya los interlocutores sociales están llamados a prever condiciones de trabajo que tengan en cuenta el papel que el factor trabajo tiene en nuestro entorno, sin perjuicio de cómo éste incida directamente en el mercado de empleo.

a nuevos yacimientos de empleo³) y, por ende, que ese movimiento de ayudas e incentivos repercuta en mejoras de la empleabilidad de determinados colectivos. Por lo que el papel de los poderes públicos resulta determinante, no sólo a la hora de exigir esas condiciones, si no de aplicarlas directamente, de impulsarlas y, por supuesto, de exigir su control y cumplimiento, amén de repensar su impacto en la colaboración con las Empresas⁴.

Para lograr esos objetivos, creemos necesario apostar por más y mejor formación, aumentar la investigación y la innovación, así como desarrollar una mayor conciencia social en torno a la denominada “cultura medioambiental”. De manera que esas acciones sean motores de mejora en nuestros números y calidad de Empleo, y no sólo en cuanto a los niveles y contenido de los empleos que actualmente nos encontramos en nuestro país. Se trata de lograr un efecto multiplicador en línea a lo que ya se llama Nueva Revolución Medioambiental, tanto desde un punto de vista de concienciación, pero también de posicionamiento estratégico y de incidencia en los denominados Empleos Verdes o Azules⁵, en cuanto instrumentos de crecimiento y lucha contra el Empleo Negro, empezando por atajar nuestra dependencia de las energías grises⁶, de ahí, la necesidad de que desde ya nuestros instrumentos de negociación colectiva remen también en esa dirección, en aras a empleos “dignos y decentes”.

II. La transición tecnológica, digital y ecológica como elementos a considerar en la Negociación colectiva según el VAENC

Actualmente, “la introducción de nuevas tecnologías en la organización del trabajo es una inversión estratégica básica para el futuro de las empresas y para el

3 “Las energías renovables son un tipo de energías derivadas de fuentes naturales que llegan a reponerse más rápido de lo que pueden consumirse. Luego, entendemos por nuevas tecnologías energéticas a las ligadas a descarbonización completa de la economía mediante de la transformación de energías renovables en otros formatos energéticos utilizables en la industria y la sociedad. nuevas tecnologías energéticas todas la denominadas como Power-To-X como son los combustibles limpios, hidrógeno, amoníaco, metanol, SAF... Todas estas tecnologías tienen el denominador común de transformar energía renovable en productos que se pueden almacenar y que desplazan a combustibles o tecnologías tradicionalmente contaminantes”. <https://www.un.org/es/climatechange/what-is-renewable-energy>.

4 Incluso cuestionando si no sería más conveniente que las mismas se apliquen directamente sobre el CAPEX en favor de los OPEX. O lo que es lo mismo, teniendo menos en cuenta los gastos de capital y más los gastos operativos, cómo sí recogen las últimas medidas EEUU, a diferencia de las acciones UE. En este sentido resultan interesantes las publicaciones y noticias publicadas en <https://elperiodicodelaenergia.com>.

5 En el sentido que recoge el art. 56 del TRET.

6 Por más que las múltiples publicaciones en la materia presenten contradicción, sean revisadas y estén constantemente sometidas a escrutinio. En este sentido hay que situar el estudio presentado en <https://www.cell.com/cell-reports-sustainability/home> respecto a l impacto de la producción de Hidrogeno verde, si bien no se entre a valorar en relación al Hidrógeno blanco o j, en su caso, a cómo los procesos de producción de amoníaco incidan en la materia.

incremento de su productividad y competitividad” Con múltiples beneficios para las empresas, por cuestiones obvias de productividad y, en su caso, para las personas trabajadoras (en cuanto oportunidades y nuevos yacimientos de empleo). Pero también supone retos, como los que surgen respecto a las nuevas formas de organizar el trabajo, mejora de la calidad de los servicios y productos, atención a la formación, la apertura de nuevos mercados.... y toda una amplia magnitud de incógnitas varias que aparecen instrumentalizadas al avance tecnológico.

En línea a favorecer transiciones justas, entendidas como instrumentos a considerar en el diseño de políticas de empleo que impulsen de forma inclusiva y beneficiosa para todas las partes los niveles y calidad en el Empleo, el papel de la Negociación Colectiva a nivel sectorial, y de Empresa se plantea en el V AENC de manera esencial (que no sólo de manera complementaria y de acompañamiento, más allá del impulso de un entramado transversal de normas de diverso calado y origen).

Luego, el mandato del AENC, se ha de reflejar en incluir instrumentos negociales que respondan a los retos que aparecen no sólo en nuestro PRER, los ODSs o el Pilar Europeo de Derechos Sociales, ya sean con prácticas reiterativas, pero sobre todo, innovadoras. Una línea de acción que entronca con cuestiones como las que refleja de forma específica el punto 31 del Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización y recoge parte de aquellos aspectos que hay que considerar: “... adaptándose estas medidas a las realidades de cada sector, actividad y empresa y anticipándose a sus impactos en los centros de trabajo”, de manera que así se promueva e impulse la transformación digital en cuanto factor que incide sobre las competencias, la organización del trabajo y, por supuesto, de las condiciones laborales⁷. En concreto, se proponen determinadas acciones sobre las que pivotar ejes como:

1. Impulsar la inversión en competencias digitales y en su actualización.
2. Promover un enfoque orientado a las personas. Con atención, no sólo a la formación y capacitación, si no a la diversidad. Pues no se puede

7 Mediante “...procesos participativos y entendemos oportuno que establezcan procedimientos concretos de información previa a la representación legal de las personas trabajadoras, de los proyectos empresariales de digitalización y de sus efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las necesidades de formación y adaptación profesional de las plantillas, apostando por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras que facilite esta transición en la empresa. Asimismo, se impulsará desde la negociación colectiva una política de igualdad de oportunidades para asegurar que la tecnología digital resulte beneficiosa para todas las personas trabajadoras, superando la brecha por edad. Igualmente, se fomentarán medidas de acción positiva para evitar la brecha digital entre mujeres y hombres, particularmente en competencias avanzadas, garantizando los procesos de formación necesarios para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo como consecuencia de las transformaciones digitales de la empresa, con los criterios que las normas laborales establecen.

perder la perspectiva de género, la discapacidad y la atención al colectivo LGBTQ+ como paradigmas para impulsar nuestra economía y niveles de Empleo.

3. Modalidades de conexión y desconexión. Con atención especial a procesos de trabajo remoto, y las diversas manifestaciones del mismo, así como los cambios al respecto: desde el gran abandono, al nomadismo digital y los vaivenes respecto a dichos movimientos, caracterizados por avances y retrocesos en su formulación, en línea también a su mayor regulación normativa.
4. El impacto del uso de sistemas de inteligencia artificial seguros y transparentes, así como la protección de la privacidad y la dignidad de las personas trabajadoras, mediante formas de control humano o información sobre algoritmos⁸, para evitar discriminaciones o sesgos no aceptables (sobre todo en toma de decisiones donde discriminación y discrecionalidad puedan ser confusas, como ocurre en cuestiones clave laborales como contratación, evaluación, promoción y despido). Con especial mención al papel que los representantes de los Trabajadores puedan tener en la materia, como reconoce el muy reciente acuerdo UE al respecto.
5. Reconocer y tomar medidas desde la Negociación Colectiva para que el impacto de la Transición ecológica, La transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular, junto con la digitalización, tengan un impacto limitado en los puestos de trabajo, en las tareas y o competencias que desempeñen las personas trabajadoras. Siendo, por tanto, y como venimos reiterando, un reto y oportunidad para avanzar en mejora de la cantidad y calidad de Empleo a través de una atención formativa permanente en las transiciones laborales.
6. La formación en todos sus estadios y respecto a sus diferentes responsables ha de situarse en el foco de todos los procesos: ya sea “...identificando nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo”.

8 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, incorporar una letra d) en el artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores relativa al derecho a la información sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

7. Cambios en el modelo de consumo y movilidad, sobre la premisa de la sostenibilidad⁹.
8. Protagonismo de la Economía Circular y de su base normativa¹⁰.

III. La importancia del momento en el que se suscribe el V Acuerdo y la necesidad de apostar por el cambio como instrumento de crecimiento en la calidad y cantidad de Empleo

Salvo voces muy concretas en torno al negacionismo en la materia, creemos que hoy por hoy no podemos dudar de la realidad de la denominada crisis climática. Con especial impacto del calentamiento global -con ejemplos claros como es el nuevo NIÑO. Lo que sí que se cuestiona en mayor medida es si las medidas que estemos y vayamos a adoptar en la materia puedan ser suficientes, y cómo nos afecten, no ya tanto en un futuro cercano, si no a medio y largo plazo. Partiendo de esa premisa y teniendo en cuenta los datos objetivos ya señalados, es obvio que estamos ante posibles oportunidades -como ocurre con respecto a nuestra situación en el ámbito de las energías renovables, dadas, entre otras, por nuestras condiciones climáticas-, ante los retos de mejorar esa situación ante la necesaria descarbonización exigida por diferentes normas internacionales -pero especialmente desde la la UE-, y aprovechar así para producir bienes y medios de alto valor añadido.

Es más, y antes de seguir avanzando, quizás sea el momento de tener en cuenta algunas consideraciones de expertos medioambientales, porque si bien es cierto que los cambios naturales en el Planeta se han ido sucedido en el tiempo con diverso alcance -incluido el hecho de no tener hielo en lo Polos-, si que hay una tendencia mayoritaria a considerar que ahora hay un factor añadido: la acción humana. Quizás, por ello, y a modo de síntesis podemos ponderar varios aspectos que trataremos de apuntar en una triple referencia, para reconocer que el cambio climático -al menos desde el punto de vista físico y sus implicaciones a un cambio

9 Y todo un amplio abanico clausular del que puede ser muestra la GUIA UGT para “La Negociación Colectiva verde: Presente y Futuro”. Alvarez Cuesta, H y Feigi-Berger, A. 2023. Edti. Área de Acción Climática y Transición Ecológica Junta de _UGT-CEC y Vicepresidencia cuarta del Gobierno de España. De. LE. M-32063-2023, con una exposición pormenorizada de ejemplos al respecto.

10 Se trata de ir más allá de la idea de ¿Producir, usar y tirar?. Avanzando hacia reducir, reusar y reciclar. Tres ‘R’ iniciales que propone la Economía Circular, en cuanto sistema de aprovechamiento de recursos donde prima la reducción, la reutilización y el reciclaje de los elementos, garantizando así el objetivo, y reto actual en la que los residuos se convierten en recursos: producir-usar-reciclar-producir. Y que, a nuestro juicio se amplía en alguna R más a las ya usadas en torno a repensar, reutilizar, reparar, restaurar, remanufacturar, reducir, re-proponer, reciclar y recuperar, por cuanto quizás habría que incluir también al caso que nos ocupa: resintonizar y rehumanizar.

necesario de modelo de producción- está claramente condicionado por nuestra actividad productiva y de explotación de recursos:

1. No sólo hay un incremento de temperaturas más altas y menores precipitaciones: primavera muy seca y cálida...y no sólo en nuestro país...¿Es un extremo? Será lo normal en el futuro, ¿ Porque se habla de incrementos medios de hasta 5 grados respecto a momentos previos? Esas mediciones nos indican también la energía disponible en el sistema climático es mayor y eso se refleja, entre otras cuestiones, en alteraciones profundas sobre los movimientos atmosféricos.
2. Nuestro país está en un lugar especialmente afectado por los cambios climáticos: punto especialmente sensible, donde los efectos se notarán más que en el norte de Europa (olas de calor más frecuentes e intensas, sequías más profundas y recurrentes, ante mayores evaporaciones y menor rendimiento a las precipitaciones). Hay una aceleración del calentamiento, conforme pone de relieve la UE que ya ha sobrepasado el punto previsto para cumplir con el Acuerdo de París para limitar 1,5 grados. Ello incide en MAYORES EXTREMOS, lo que IMPLICA: MAYORES INVERSIONES EN ADAPTACIONES (DESCARBONIZAR Y ADAPTARNO A CLIMAS MÁS INTENSOS E IRREGULARES¹¹).
3. El S XXI ha supuesto un cambio significativo cambio atmosférico según los modelos hechos desde 1500, con mayores récords de temperaturas, siendo la principal variable diferenciadora el impacto de los gases

11 Del WMO Global Annual to DECADEADL Climate Update 2023 se obtiene una primera consideración poco halagüeñas, sobre el efecto limitado o nulo a corto o medio plazo de las acciones por lo que quizás habría que considerar algunos aspectos adicionales:

Idea de que los próximos 30 años apenas cambiará la inercia, aún con cambios de impacto. Hasta finales de siglo puede seguir manteniéndose este sistema, pues sólo a partir de ahí se vería reducción de impacto y el cambio. No es tanto salvar el Planeta, como garantizar la supervivencia de ciertas especies, incluido el ser humano. Se trata de objetivos difíciles de cumplir pues hay que alinear intereses, y donde la UE casi queda como una isla en la lucha climática, frente a los grandes contaminantes cuyas emisiones no bajan. Siendo así que en España hay un pequeño repunte gases efectos invernadero 2023, agravada por la sequía, que implica repensar el modelo turístico y la estacionalidad. Lo que nos lleva a cuestionar si no hay contradicciones de la sociedad en cuestiones de la movilidad y transición. Destacando una falta de mayores compromisos de financiación, y malos procesos gestores que obligan a unificar criterios, porque estamos ante una verdadero “RETO CIVILIZACIONAL”, que tiene consecuencias de vulnerabilidad, inestabilidad, tensiones migratorias problemas territoriales, falta de cohesión entre miembros UE; intereses políticos y concepciones ideológicas y reaccionarias (inmovilismo basado en costumbres, lucha de intereses materiales o posicionamiento cultural).

En cualquier caso, sí que es positivo es seguir hablando y hacerlo en según qué foros, por cuanto se siguen generando evidencias, que obligan a analizar los datos y hacerlos visibles, que implica también el uso de un lenguaje que parece quedarse ya corto para acuñar términos adecuados y comprender la interdisciplinariedad de la materia, dadas sus múltiples variables.

invernadero. Y no se trata de un proceso nuevo, si no que se estudia desde finales del S XIX: vamos tarde, porque, además las correcciones tardan en reflejarse atmosféricamente.

El V AENC realmente pone sobre la mesa cuestiones que no por conocidas y necesarias, tenían plazos más o menos largos a la hora de impulsarse desde la propia UE. Ahora bien, y por diferentes motivos ya conocidos y justificados en los hechos históricos que desde 2008 venimos arrastrando, en el marco Europeo han acelerado la necesidad de reflexionar en torno a si estamos ante una verdadera oportunidad para impulsar el objetivo del pleno empleo, mejorar la calidad de éste y dar un giro en consonancia a ello de nuestro modelo productivo (aprovechando los diferentes vectores que implica la transición tecnológica, digital y, sobre todo, climática). En cuanto que, sobre todo, la última gran crisis económica ha destapado una excesiva vinculación a la dependencia energética tradicional. Que ha llevado a que desde instancias comunitarias se apueste definitivamente por actuaciones y cambios en esa línea. Que, COMO VENIMOS REPITIENDO -si atendemos a los datos que desde diferentes organismos se apuntan-, para nuestro país puede ser un factor competitivo de traslación de cambio de modelo productivo, vinculado a una nueva reindustrialización nacional y, por ende, de aprovechar esas líneas de acción. De ahí, insistir en la introducción de nuevos paradigmas de funcionamiento desde ya en los instrumentos negociales que se aplican a las Empresas e Instituciones y, por tanto, en el Empleo ya existente. Comenzando con medidas, más o menos amplias, pero dónde las apuestas y obligaciones en materia de movilidad cobran protagonismo, desde la base de que cualquier pequeña acción tiene su correspondiente repercusión.

IV. Múltiple referencia al concepto de transición justa

Con la perspectiva descrita en el punto anterior, parece clave que el diseño de las transiciones productivas y su impacto en políticas sociales debe ir unido. So pena, en caso contrario, hacer ese cambio inviable. Y así parece entenderse también desde la UE, al considerar que es una materia central de la Política Común y, por ende, que debe implicar no sólo a los Estados, si no también a los Agentes Sociales en su reflexión (ya que la crisis climática es un desafío como sociedad y como trabajadores). Por tanto, reflejarse desde ya en los instrumentos negociales, siquiera sea por esa manida referencia que venimos haciendo al hecho de adaptar y adoptar medidas medioambientales en los diferentes instrumentos de Negociación Colectiva.

Esa idea no es algo que surja de un apartado imaginario puntual, si no que bebe de cómo ha evolucionado la UE en su diseño de política energética y cómo esos cambios¹² -que se han acelerado tras la Invasión de Ucrania-, conlleva cambios

12 Que podemos situar en las Primera estrategia de 2013 -A 2020-, donde destacar que se reconocía la eficiencia como esencial, y no era sólo apostar por más producción y mejor, si

brutales, que afectan especialmente al Mercado Laboral. Comenzando por el debate de cuestiones tan básicas cómo la presencia de nuevos puestos trabajo; nuevas fronteras en los empleos verdes y azules; transformación de modelos de producción basados sobre la huella de Carbón y descarbonización empresarial, atendiendo a temas tan puntuales como puede ser trabajar sobre Horarios y distribución tiempo trabajo, impacto de los medios de producción, tecnificación de la producción, etc.

A nuestro entender, para comenzar a ir cambiando las cosas nos parece esencial partir de un eje principal y común que se nos antoja esencial para avanzar: la importancia de Formación y su inclusión en la necesaria implantación de Planes que amortigüen no sólo la presencia de nuevas cláusulas negociales (más allá incluso del impacto neto que pueden tener los nuevos nichos de empleo porque, y pese a que se habla de una importante destrucción de empleo, se estima también un crecimiento en torno a más de 10 millones de empleos netos en el peor de los escenarios). Así se observa, por ejemplo, en la línea abierta por la Recomendación de la UE de Marzo de 2023, y su repercusión en el anteproyecto de al menos tres Directivas con incidencia en la materia. Precisamente, por esa ingente labor de maquinaria legislativa (que va más allá de las propias de referencias de nuestro país o de cualquier otro del marco europeo), nos parece esencial reconocer el esfuerzo vertebrador que ha tenido el Comité Económico y Social Europeo: dónde se han llevado a cabo no sólo varios dictámenes para preparar la presidencia española y afrontar así mejor una posible transición justa, así como número importante de aportaciones que están teniendo reflejo en la materia desde la bancada de los agentes sociales: en cuanto parte esencial de los objetivos propios de la UE para profundizar en torno a la Cohesión Social y Regional. Donde se indica que los necesarios ajustes propios de un cambio de paradigma productivo, condicionado a nuevas formas de transición energética, no sólo no deben suponer un impacto negativo en el empleo, si no que deben atender a criterios de Justicia Social. Y, por tanto, implican importante impulso del Diálogo Social, en consonancia a los Planes territoriales y sectoriales de transición de los diferentes países miembros y aliados

no, sobre todo, por ahorrar energía, fomentando el ahorro. Pero, sobre todo, a partir de 2021, con el Pacto 2055, que ampliaba y recogía nuevos objetivos, que ha implicado un Despliegue normativo sin precedentes respecto de la Comisión, por la Invasión Ucrania, ya que no son sólo normas que afectan a la materia, si no que implican a todas las normas Europeas que transversalmente afectan a unos objetivos acelerados, y lo que implica adaptarse a esa nueva economía derivada del cambio climática, incluida la presupuestaria y financiera, mediante nuevos Presupuestos para recaudar fondos para esa transición. De hecho, se postula un cambio de reducir no ya sólo el del 20 al 50%, y llegar a la neutralidad climática europea en plazos más breves, incrementando el Fondo Social para el clima o fijando programas como el REPoweER, donde hay que incluir materias como la excepción ibérica, el papel de las nucleares, la generación de nuevas energías, su transporte o uso... porque se entiende que la transición climática no afecta por igual a todos. No sólo es una crisis de energía, es una crisis de los ciudadanos que implica niveles de pobreza que la UE no desea, como ya ocurrió en la Crisis del 2012.

de la UE¹³. De manera que se trabajen el impacto de las transiciones productivas, no como una cuestión aislada en torno al tejido industrial o energético, si no de impacto global en todas las actividades que conforman en Mercado de empleo. Sólo de esa manera que, se vincular a una importante presencia de Fondos Europeos, será posible el desarrollo de las modificaciones legislativas que ahonden en la materia y, por tanto, de que el avance en las cuestiones climáticas y medioambientales, sea un compromiso general del tejido productivo, que debe contar con garantías de cumplimiento (sobre premisas más o menos comunes). Que permitan seguir avanzando en igualdad, y evitar así que las transiciones sean desiguales, al revertir posibles escollos en instrumentos útiles que impliquen mejoras sociales y económicas, como garantía de progreso y mejora de las condiciones sociolaborales de las personas trabajadoras.

O lo que es lo mismo, garantizando de camino un mejor sistema de Protección Social, más allá de la tradicional concepción vinculada al ámbito prestacional. Al trasladar parte de las mejoras socioambientales en la Negociación colectiva, no sólo estamos dando mayor relevancia a la relación Protección Social y Política de Empleo, si no que, a nuestro entender, y por la importancia que cobra todo aquello que tiene que ver con la formación para el empleo como instrumento de mejora de la Empleabilidad, a través de colocaciones adecuadas, como garantía última de políticas activas de empleo y plenamente efectivas, habría que considerar que dichas actuaciones formativas han de incluirse también en ese compromiso social de interacción.

Así, el caso de España nos parece paradójico al analizar cómo las transiciones energéticas, industriales y técnicas pueden redundar en materia de condiciones y contenido del empleo (más allá incluso de las cláusulas concretas que incorporen los instrumentos negociales, y su consiguiente reflejo en calidad y cantidad de empleo), por que ya hemos señalado que hay un enfoque en positivo sobre el impacto de las transiciones señaladas, al conjugar al menos tres aspectos:

1. A nivel global hay doble transición geopolítica y transición medioambiental, que se retroalimentan, porque la tensión entre USA y China afecta a terceros. Lo que supone cierto desplazamiento del protagonismo de UE en materia de cooperación y acuerdos comerciales, que obliga a replantearse el multilateralismo ante el creciente proteccionismo de estos países, incluido el campo energético. Luego,

13 Punto papel Negociación colectiva verde y no todo es diálogo social. Por tanto los RRT deben participar en medidas como forma transporte o cualquier decisión que afecte por cuestiones climáticas a la situación de los trabajadores, creando p.e. Delegado Medio ambiente o los Comités de Medio Ambiente; incluyendo lista de cláusulas de contenido mínimo: exigencia formación, movilidad, forma de organización (límites de que no afecten a las formas de trabajo), desarrollo competencias necesarias, inclusión y atención a personas vulnerables; monitorizar la demanda competencial e invertir en profesores formadores (Año Europeo de las capacitaciones), cambios e jornada a 32 horas...

hay que gestionar nuevos recursos para mejorar económicamente, lo que cambia la geopolítica de la energía a nivel global.

2. A eso hay que sumar que UE ha sufrido un choque o mutación, no una verdadera transición, porque los cambios derivados del boicot a Rusia más que implicar cambios de energías, se han traducido en cambios en las pautas y origen de los abastecimientos. Ya que hay que seguir importando energía de terceros países de forma alternativa -que incluso en ciertos casos tampoco son garantes DDHH o de formas democráticas-. Ante esa tesitura, no solo se trata de afrontar de acciones contra el Cambio Climático, si no que es necesario seguir apostando por aquellas acciones y actuaciones que permitan crear un paraguas de Seguridad Energética y de Seguridad Industrial, de ahí la batería de medidas de diferente calado que han ido aplicando los diversos miembros y que, en el caso de nuestro país están no sólo en fase de estudio, si no de impulso y, hasta en algunos casos, de implantación .
3. Que a nivel de España, por todo lo descrito antes, supone tener buenas oportunidades (si hay acompañamiento de criterios de buena gobernanza), al proyectarnos como potencia verde y, sobre todo, como potencia verde industrial. Y no sólo frente a la UE, si no también a terceros países a los que podemos acompañar por nuestras relaciones geoestratégicas, ya sea con el Mediterráneo, o con el Centro y Sur de América. Hay al menos una doble oportunidad: no sólo como vector de industrialización, si no también de corrección, impulso y crecimiento territorial (como se indica cuando se alude al despliegue de renovables). Un crecimiento que debe acompañarse de garantías más allá del dato de exportar excedentes, si no por darle más uso en origen y atraer nuevas industrias, lo que supondría el impulso de un modelo mixto de crecimiento. Para ello, creemos que esencial el acompañamiento no sólo de un Plan Energético, si no también de transformación Industrial. Medidas que sean ambiciosas sobre nuestra situación de productores, transportistas y almacenamiento, que impliquen no sólo nuevas oportunidades de empleo y desarrollo industrial paralelo, y que sirvan de instrumentos de posibles correcciones territoriales y diversificación de los denominados empleos verdes y azules, amén de impregnar cualquier acuerdo colectivo de medidas medioambientales.

V. Posibles efectos sobre el empleo: especial atención a la denominada Revolución Verde-Azul

Si partimos de determinados medios editoriales, así como Informes o Documentos de trabajo de diferentes instituciones, la Transición ecológica viene acompañada de una nueva Revolución Industrial, con un importante impacto en el

Mercado de Trabajo que lleva aparejado grandes transiciones: tecnológica, cultural, demográfica,... cambios cada vez más rápidos, y de difícil adaptación, que si no se afrontan adecuadamente supondrán brechas sociales, e incluso ruptura territorios (al ahondar en las desigualdades). Un proceso de cambio y, como tal, lleno de retos, riesgos y oportunidades, del que sólo vamos viendo algunas iniciativas, y aún muchas incógnitas, en base a previsiones

Son varias las bases sobre las que se plantean las transiciones descritas. Ya que no todo puede reducirse a un cambio de paradigma en la producción energética, si no a cómo adoptando medidas muy variadas puede cambiar nuestro mundo, de manera más equitativa. Para ello ya se proponen medidas concretas en torno al uso de la Inteligencia Artificial, el impulso de las formas de economía circular, la Robotización, plantear una transición energética sostenible y búsqueda de nuevas fuentes energéticas, implicando cambios financieros reales en la denominada economía verde y, consecuentemente, que ello permita, en nuestro caso, un proceso de reindustrialización que implique crecimiento económico y del empleo¹⁴. Entendido en términos de que habrá nuevas formas de producir, de manera tal que nadie se quede fuera (ya sea recapacitando y formando de manera permanente), y sobre paradigmas de atención a la diversidad (especialmente personas con Discapacidad, género y diversidad) impliquen que cualquier condición personal no sea justificante para crear una mayor segmentación social.

El actual contexto económico parece ir esa dirección. Por cuanto los datos del empleo parecen encauzar las cifras precrisis, en una parte importante por las medidas adoptadas en torno a la Reforma Laboral, que parece adecuada en cuanto a las sendas de crecimiento, y con especial atención al papel que ha tenido y debe tener la concertación social, sin perjuicio de críticas más que fundadas a ciertas actuaciones concretas. Pues las mejoras no obstan para dejar de ser críticos, y demandar una reforma mayor y más importante en torno a un Estatuto de los Trabajadores adaptado al SXXI: donde hay nuevas realidades productivas, en la forma y en los medios, que o no están suficientemente recogidos o incluso no están. Pues hay que apostar por modelos de RRLL más democráticos y, quizás así, de mayor participación de los representantes de los trabajadores en las empresas, de manera que ante un modelo de crecimiento haya mayor reparto y cogestión, aprovechando el axioma de que la Revolución 4.0, debe ser una revolución para las personas. Incluso podemos decir que se ha roto una de las grandes inercias de nuestro sistema, porque el crecimiento en empleo no es en precario, sino que se ha reducido sustancialmente la tasa de temporalidad. Y, además esa caída ha sido muy rápida, a diferencia del 2007, que era por destruir empleo temporal más que

14 No olvidemos que el peso industrial en España está muy disperso, con segregación territorial y con replanteamientos sobre cómo encajar la capacitación y formación en itinerarios formativos que rompan la tendencia de mercados segregados.

indefinido. Ahora vemos datos de esa ruptura de lo que era una anomalía con la UE, pues vamos acercándonos a tasas de temporalidad similares a la media UE.

Pero sí mantenemos otra anomalía estructural con los datos UE: alta tasa de desempleo, que sólo en momentos muy puntuales y coyunturalmente ha convergido con Europa. Eso, además parece ir acompañándose de un mayor crecimiento en sectores de calidad como los industriales, por lo que parece necesario apostar por seguir en esa línea a través de políticas focalizadas para lograr ese objetivo de convergencia, aprovechando la oportunidad que tiene que ver con los desafíos que ya están aquí: crisis ecológica, cambio climático, transición energética (y sus contradicciones); o no, según lo que políticamente pueda ocurrir

Estamos ante un triángulo de acciones que permiten conectar avances hacia el pleno empleo (como objetivo), la Transformación energética (cómo oportunidad), y el impulso de la Política industrial (cómo medio). Pero para ello, y como ya hemos indicado hay que potenciar el talento y cualificación, como doble referente: formativo y de calidad. Mejorando así un sistema productivo muy dependiente del sector servicios y, por ende, de la contratación temporal, con poco valor añadido. Cambio que incluso puede verse beneficiado, si reversionamos e invertimos los excedentes de la industria el mismo, por ejemplo, a través de cambios en un modelo turístico mejor y de más calidad, o atrayendo actividades extensivas que aprovechen nuestra nueva capacidad energética.

En todo ese proceso no podemos obviar la importancia de la Digitalización, y sus efectos sobre la productividad. Por lo que hay que corregir las diferentes brechas digitales. Pues la incorporación de tecnologías es igual a incremento de la productividad, aunque ésta no será homogénea en todos los sectores y actividades (con el posible riesgo de desempleo tecnológico y polarización de profesionales), llegando incluso a mejoras en torno a la necesaria liberalización de horas de trabajo para hacer otras tareas.

Está claro que trabajar en esos cambios implica también una recomposición de las relaciones surgidas por la Globalización y, en especial, por el impacto en las cadenas de valor y, en su caso la aplicación de normas sobre Debida Diligencia, acompañado de cambios demográficos de calado. Que van desde el incremento de población de más edad frente a menos jóvenes¹⁵, por lo que, a su vez, habrá que dotar de mayor impacto a la denominada economía de los cuidados, amén de reformas importantes en los Sistemas de Protección Social.

Pero también hay retos financieros, ya que hacen falta inversiones transformadoras y modernizadoras. Dónde no sólo el sector privado puede

15 Lo que, paradójicamente, puede llevarnos hacia un contexto donde las entradas en el mercado se van a reducir respecto a quiénes salen, provocando posibles excesos de demanda o, cuanto menos, disfuncionalidades sectoriales.

concurrir, si no que harán falta inversiones públicas de impacto y acompañamiento, incluso a nivel UE, como ya se está haciendo con parte de los Fondos NG.

Por concluir, podemos señalar que el impacto de la Transición energética y la reindustrialización, acompañadas de mayores cuotas de digitalización e impacto tecnológico, presentan varias cuestiones a considerar:

- a) impulso de los denominados empleos verdes (se habla en diferentes ejemplos e informes, en torno a más de 4.000.000 empleos: instaladores, transporte y eficiencias edificios), que no sería siquiera la partida más importante (porque no sólo hay que trabajar para descarbonizarnos). Pero hay que avanzar en lo que denominamos empleo verdes y actividades ecológicas, so pena de confundir y caer ante el buenismo de campañas que sólo tratan de lavar imagen corporativa, no son bien entendidas o no tienen reflejo en toda su Cadena de Valor, dada la dimensión transnacional de muchas de esas empresas.
- b) Hay que trasladar y crear hábitos de consumo diferentes y, por ende, industrializar la transición verde. Esto es, volver a fabricar en España bienes y servicios vinculados a ese cambio
- c) Seguir en la línea de convertir a España en potencia energética Europea (por horas de sol, posibilidad de hidroeléctricas, impulso de la energía eólica.....), ante nuestras fortalezas en la materia. Lo que implica no sólo energía limpia, si no que quizás sea la más barata de Europa y aprovechar esa ventaja competitiva, y no fijar nuestra competitividad sólo en términos de reducción de derechos y salarios más bajos.

La Transición Ecológica, y todo lo que ello supone, es una oportunidad que está ya identificada (como se aprecia en el impulso de algunos PERTEs), pero falta poner en marcha medidas adicionales para su impulso definitivo. Porque no es o será algo espontáneo, si no que ha de acompañarse de acciones desde las Administraciones, y algún sector político no ha identificado aún ese concepto o su idea es retardarla, en función de intereses contrarios que pueden ser cortapisas a una Política Industrial coordinada. Con el hándicap de qué también hay que trabajar por reglas fiscales adecuadas -no olvidemos que, en principio en 2024 se reactivan a nivel UE-, y el peligro de intereses contrapuestos con terceros países, que están cada vez más proteccionistas.

VI. Impacto de los cambios necesarios para adaptar las transiciones: especial repercusión en el sistema de protección social

En el proceso de no dejar a nadie atrás, hay un elemento adicional que hemos de considerar, al menos en lo que suponen de conjunto de medidas para adaptar los cambios al hecho de tener mano de obra adecuada y suficiente, como

es tener un Sistema de Protección Social fuerte. Fortaleza que, en este caso, vendrá condicionada por la garantía de fondos suficientes para hacer frente a las necesidades existentes y por venir. A ello pueden contribuir, sin duda, que se incremente el nivel de empleo y, por ende la calidad de éste, en cuanto que a mayores retribuciones, también mayores cotizaciones.

Ya sabemos que en épocas de bonanza, adicionalmente al incremento de la cotización y recaudación, hay una menor necesidad prestacional, lo que supone ahorro. Esto es, se trata de disponer también de un sistema “más eficiente prestacionalmente hablando”. Por cuanto hay que aprovechar los posibles excedentes para incrementar nuestro sistema de ahorro. Una vía financiera, en la que habrá que trabajar respecto al uso de la robótica y el uso de la IA, por su posible repercusión negativa en determinados sectores de empleo, estableciendo medidas sobre los márgenes de productividad que en base a nuevas aportaciones tributarias, ya sea en forma de cotización o de otros mecanismos impositivos.

En segundo término, profundizar en la relación entre prestaciones por desempleo y rentas básicas, universales o ingresos mínimos. En cuanto garantes últimos de posibles procesos de transición. Fórmulas que no pueden basarse en criterios de igualdad, si no de equidad. Permitiendo así la reincorporación -o, en su caso, incluso la incorporación, de diferentes colectivos-, debidamente acompañados en los correspondientes procesos de formación y acompañamiento, que permitan, sobre todo a colectivos de larga duración o de desactualización profesional (piénsese en personas, generalmente mujeres, que por necesidades de conciliación y cuidados han dedicado tiempo a situaciones familiares), y así acceder nuevamente en las mejores condiciones al mercado de Empleo, so pena de desaprovechar una mano de obra, sin duda necesaria.

Pero también es preciso actuar sobre aspectos concretos relacionados con sectores como la Discapacidad. Como ya ocurre al considerar las situaciones de incapacidad permanente vinculadas al trabajo, en grados mínimos de discapacidad. Situación que lleva a su inclusión de nuevo entre los colectivos de especial atención, conforme a la normativa de Empleo. Una medida extensiva al amplio colectivo de personas con discapacidad -donde los datos estadísticos, pueden llegar al 20% de la población-, pero con medidas no siempre adecuadamente cumplidas, o siquiera cumplidas. En es vía hay que situar el actual Libro Blando de la discapacidad (5/06/2023), dónde se apuesta por la transversalidad de las medidas a adoptar y la importancia del trabajo como centro del debate, pues la prestacionalidad del Sistema, sin duda mitigan el efecto de no poder acceder al empleo en iguales términos o la pérdida de aquel, pero no olvidemos que el hecho de trabaja tiene no sólo efectos económicos, si no, de realización personal.

Sin duda, también será un tema a seguir trabajando el condicionado por las medidas familiares, ya que la ampliación del régimen de permisos, como recoge

el RDL 5/2023, y el actual régimen de atención por nacimiento, acogimiento, adopción, corresponsabilidad o cuidado de menores enfermos, se va asimilando a estándares más adecuados a nuestra teórica posición como potencia económica de la UE, por mucho que aún quede por hacer ante una verdadera política familiar que pueda corregir, siquiera a medio plazo los problemas que actualmente ya presenta nuestra pirámide poblacional.

Por último, no podíamos dejar de referirnos al Sistema de Pensiones. Ya que, sea por las constantes entradas y salidas del mercado de trabajo, ya sea por cómo las nuevas formas de producir nos pueden hacer nuestra actividad profesional más llevadera, pueden conllevar a retrasos en torno al momento en el que tradicionalmente se venía saliendo del mercado de Empleo, sobre todo, si ello va asociado a mejoras sociosanitarias, que a su vez, habrá que dotar de medios, a diferencia de lo que actualmente se está haciendo en la mayoría de las CCAA.

VII. Conclusiones sobre un horizonte no tan lejano

La situación actual que desde la UE se plantea, en responsabilidad con otros Tratados y Acuerdos, parece justificar la aparición de ese capítulo final del V AENC, sobre Transición tecnológica, digital y ecológica a la hora de afrontar un cambio de paradigma en nuestros Convenios Colectivos. No sólo por cuanto deban recoger medidas relacionadas con la Formación y las nuevas realidades de Empleo (donde no llegan al 7% los Convenios registrados que incluyen cláusulas al respecto), si no porque supone el mejor escenario para poder pactar cómo y hacia dónde orientar el hipotético crecimiento que pueden tener nuestras empresas, sobre todo par mejorar la calidad del empleo, a todos los niveles, dado el impacto industrial que puede acompañar esos procesos de transformación económica.

No se trata de regular sólo el empleo verde, y acudir a sistemas de clasificación en torno a nuevos profesionales y funciones, si no de incluir cláusulas generales que repercutan en las condiciones sociolaborales de todas las personas trabajadoras dentro de ese modelo de cambio productivo. En esa línea tenemos ya, por citar acciones concretas:

- De concienciación y sensibilización.
- Acciones de consumo energético responsable papel, agua, eficiencia.
- Fomento transporte y movilidad sostenible.
- De clasificación profesional.
- Factor temporal de la contratación laboral y avances respecto a las jornadas de cuatro días semanales.
- Cláusulas de participación de los trabajadores, sobre todo en materia salud.

- Promoción de oportunidades trabajo decente en igualdad.
- Trabajo a distancia, teletrabajo o fórmulas similares.
- Salud laboral y Seguridad en nuevos contextos.
- Planes de Igualdad.
- Planes sobre colectivos LGTBIQ+.
- Desarrollo de los diversos protocolos, sobre todo de movilidad y antiacoso.
- Formación e información. Con Interesantes iniciativas de escuelas oficios para sectores concretos e incluso de Universidades corporativas.

En resumen, seguir elaborando un marco laboral de garantías de derechos, donde el diálogo social debe ser fundamental, para buscar equilibrios a los diferentes intereses en juego, ya que la NC debe ir acompañada de medidas de buena gobernanza, como ya anticipaba el art. 35 ley 2/2011. Destacando en esa línea la importancia que cada vez más tiene la economía circular, como instrumento global, que lleve a una más justa y responsable forma de producir, con procesos más sostenibles y con una clara apuesta por el trabajo decente e inclusivo, con nuevos modelos de desarrollo y crecimiento con mayor flexibilidad y fluidez para adaptarse a los cambios, por cuanto no se trata de que sólo se cree o capte Empleo verde o Azul, si no que todo nuestro sistema de Relaciones Laborales colectivas contenga y contemplen medidas al respecto, obligando así, también a una mayor regulación de las Cadenas de Valor y al impulso normativo de actuaciones sobre Debida Diligencia.

VIII. Bibliografía

- Álvarez Cuesta, H. *Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde Europeo*. Universidad de León. 2020.
- Álvarez Cuesta, H y Feigi-Berger, A., *La Negociación Colectiva verde: Presente y Futuro*, 2023. Edit. Área de Acción Climática y Transición Ecológica Junta de _UGT-CEC y Vicepresidencia cuarta del Gobierno de España. De. LE. M-32063-2023.
- Araque González et altri. *Big Data y las implicaciones en la Cuarta Revolución Industrial*. 2021.
- BBVA: *Consecuencias económicas de la guerra de Ucrania*. 2022.
- CES. *La industria en España. Propuestas para su desarrollo*. 2019.
- Coloma García, A. *La calidad del empleo femenino en el mercado laboral español*. Universidad de Valladolid. 2022.

- Comisión Europea. *Una Europa que utilice eficazmente los recursos. Iniciativa emblemática con arreglo a la Estrategia Europa 2020*. Documento open Access de trabajo.
- Emerick Abaurre et al. *La algoritmización del trabajo en la Cuarta Revolución Industrial*. 2021.
- Finkel, L. *Formación y nuevas competencias para el trabajo y el empleo del futuro; retos para la educación superior*. Universidad Complutense de Madrid. 2022.
- Foretica. *Empleo verde y transición justa en el futuro del trabajo*. 2022.
- Funcas. *Digitalización y robotización del mundo del trabajo*. 2021.
- Gobierno de España. *Plan España Digital 2025*.
- Jiménez, J.C. *Transición ecológica*. Universidad de Alcalá. 2021.
- Lahera Sánchez, A. *Digitalización y robotización del trabajo del futuro: ¿demasiadas grandes esperanzas?* 2021.
- <https://www.cell.com/cell-reports-sustainability/home>
- <https://www.un.org/es/climatechange/what-is-renewable-energy>.
- <https://elperiodicodelaenergia.com>.
- Ministerio de Industria y Comercio. *Directrices generales de la nueva política industrial española 2030*.
- Negro Macho y Tovar Martínez. *Evidencias e incertidumbre de la industria 4.0 en España. Un relato en construcción*. 2022.
- OIT-CONAMA. *La aplicación de las directrices de la OIT sobre transición justa en el contexto de la transición energética española*. 2018.
- ONU. *Economía circular, resiliente e inclusiva para reconstruir mejor y más verde*. 2020.
- Real Instituto Elcano. *Efectos económicos y geopolíticos de la invasión de Ucrania*. 2022.

**ACUERDOS DE TRANSICIÓN JUSTA Y DESCARBONIZACIÓN
EN SECTORES SOMETIDOS A REESTRUCTURACIÓN
INDUSTRIAL.
PRIMERAS APROXIMACIONES DESDE LA PERSPECTIVA
JURÍDICO-LABORAL**

MARÍA SALAS PORRAS

*Prof. Titular de Universidad
Dpto. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

Resumen:

El interés del Estado español por mantenerse -o ubicarse- entre los participantes en la materialización de la nueva estrategia internacional de la descarbonización justifica actuaciones de impulso tan variopintas como la elaboración de una Estrategia nacional por la transición justa o, el sostenimiento económico e institucional de proyectos de investigación destinados a indagar sobre las repercusiones -plurales, siempre- de esta decisión política. En este contexto quedan justificados estudios como este que ahora nos ocupa, destinado a presentar los primeros pasos de quienes intervenimos en él, dentro del favorable entorno que ofrecen congresos como el que nos acoge, abierto a indagar, de forma amplia, sobre los nuevos derroteros que asume y afronta la disciplina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Palabras clave:

Descarbonización; Reestructuración Industrial; Transición Justa; Protección Social; España

I. Introducción

El estudio que ahora se introduce tiene como objetivo único presentar, para difundir, la existencia de proyectos de investigación destinados a observar los pormenores jurídico-laborales de la implementación de la transición justa en España.

Y es que consideramos esencial crear opinión pública -no solo dentro de la academia- al respecto de esta novedosa estrategia, asumida también por el Estado español que, sin duda, ya afecta a la entera economía mundial. Así, partiendo de la premisa enunciada por la propia Organización de las Naciones Unidas -conforme a la cual no puede existir justicia en una transición socio-económica si la sociedad, principal afectada e interesada, desconoce de su existencia y no se le otorga la oportunidad de pronunciarse al respecto-, se hace preciso salir del propio proyecto, de las actividades en él previstas y del grupo de investigadores que en él colaboramos, de forma que acerquemos las primeras conclusiones, dudas y reflexiones al resto de la ciudadanía. La masa crítica que se genere a partir de acciones como esta no solo fortalecerá los caminos de transición, sino que abrirá espacios de diálogo tan necesarios siempre en las sociedades democráticas.

La presentación, pues, de la aún incipiente andadura de nuestro proyecto de investigación exige que este trabajo esté configurado con base en dos grandes epígrafes, quedando el primero destinado a bosquejar -a grandes rasgos siquiera- la estructura formal del referido proyecto y sus objetivos. Mientras que el segundo abunda en las conclusiones hasta ahora más destacables y que, tras su contraste, podrían erigirse en piedras basales para el desarrollo de los siguientes meses de estudio. Es esta necesidad de contraste la que demanda, como apuntábamos, salir del propio proyecto para que, de su confrontación, emerjan más fortalecidas y enriquecidas nuestras reflexiones. El segundo epígrafe, pues, presenta nuestras indagaciones sobre los instrumentos internacionales, nacionales y autonómicos que impulsan y sostienen la andadura político-normativa española en estas lides, así como sobre la efectiva materialización de su observancia por nuestro país. La reflexión acerca de los aspectos positivos y negativos es, como se verá, una constante y transversal en todo este ejercicio, si bien halla en el apartado conclusivo un lugar de reunión.

II. La oportunidad del sub-proyecto “Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital”

El sub-proyecto cuya rúbrica intitula este epígrafe es el cuarto de los que configuran un proyecto coordinado titulado “Marco Jurídico de la

Descarbonización”¹ que despliega su red de investigadores por un total de seis Universidades españolas y trece extranjeras. Si bien el carácter del proyecto coordinado es interdisciplinar, lo cierto es que la investigación se centra primordialmente en el ámbito jurídico-normativo.

Su objetivo, el del Proyecto “Marco Jurídico de la Descarbonización”, es hacer un análisis jurídico del proceso de descarbonización de nuestro modelo económico. Para ello se hace necesario, en primer lugar, analizar las modificaciones jurídicas que hay que llevar a cabo para conseguir un sistema energético basado únicamente en energías renovables. Y así poder cumplir con los mandatos derivados de los compromisos internacionales sobre cambio climático, -el último de ellos contenido en la COP 26-, y de las obligaciones impuesta por el Derecho de la Unión Europea que se han concretado en la Ley europea del Clima de 2021 y, en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 7/2021 de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética así como en la propia legislación autonómica. Disposiciones normativas estas que habrá que revisar a la luz del Pacto Verde de la Unión Europea cuya ejecución se va a acelerar con los Fondos *Next Generation* habilitados por la Unión Europea para hacer frente a los estragos económicos causados por la pandemia.

En segundo lugar, se centra el Proyecto en identificar y estudiar los instrumentos jurídicos que sostienen y proponen que la digitalización actúe como una palanca para conseguir la descarbonización de la actividad económica española. A tal fin se hace preciso abordar, de un lado, el marco jurídico-administrativo y financiero de la digitalización en el sector público que incluye a los servicios de interés general (transportes/movilidad, comunicaciones, energía, educación, sanidad y servicios postales) que tanta trascendencia tiene con relación a las emisiones de gases de efecto invernadero. Y, de otra parte, analizar si existe o no adecuación de las relaciones y las condiciones laborales a las exigencias derivadas de la transición hacia una sociedad descarbonizada.

Esta última parte es el núcleo del sub-proyecto “Descarbonización y relaciones jurídicas” cuyo cometido es el análisis de las medidas de empleo en los Planes y Convenios de Transición Justa; del impacto que sobre las relaciones laborales y los derechos concretos tiene el proceso de descarbonización en enclaves concretos de nuestro país, así como la necesidad de adaptación al cambio digital (ya que toda transición productiva actual es también transición digital) y, finalmente, de las políticas de apoyo a colectivos más vulnerables que se ven afectados por el proceso de transición (mujeres, jóvenes, mayores y personas con discapacidad).

1 El proyecto fue concedido en la Convocatoria “Generación de Conocimiento 2021” en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

Así presentadas, pues, las líneas que vertebran nuestra investigación en esta materia, los epígrafes que siguen se destinan a ofrecer las primeras consideraciones que al respecto se han obtenido, de modo que, sometidas al parecer de expertos en la materia aunque ajenos al proyecto investigador, nos permitan avanzar con paso cierto y fortalecido. Los compromisos internacionales y comunitarios, así como sus repercusiones en la política española ocupan los dos primeros epígrafes siguientes, mientras que los postreros se destinan a abordar de forma general una aproximación doctrinal al camino recorrido hasta ahora por España para materializar tales obligaciones.

III. Marco jurídico-normativo de la descarbonización. La transición justa como objetivo compartido

En la década de los años noventa del siglo pasado, el concepto transición justa² destaca entre los más frecuentados por los interlocutores sociales norteamericanos especialmente por ser esta la primera economía que se enfrenta a la necesidad de acomodar la sostenibilidad medioambiental con la productiva y la socio-laboral.

En aquellos entonces se puso ya de manifiesto la importancia de una actuación conjunta y global -en sentido de mundial- que permitiera contrarrestar el carácter inasible -jurídicamente hablando- de las multinacionales que campaban buscando paraísos -sociales y económicos- que explotar. La imposibilidad, por prematura, de reacciones adecuadas a nivel mundial ponía a estos interlocutores a buscar estrategias de choque frente a la descarbonización, la deslocalización productiva y la sostenibilidad de los puestos de trabajo, siendo una de las propuestas la transición justa. Esta, que se quería aplicar a las nuevas demandas del mercado económico y productivo, había sido objeto de prueba -exitosa, además- con anterioridad en el tiempo y por causa del regreso de miles de soldados desocupados y desprovistos de protección social.

A este respecto, se hace menester referir siquiera cómo se estructuraba aquella primera idea de transición justa cuyo objetivo era paralelo al que se persigue tres lustros más tarde, esto es, armonizar la sostenibilidad productiva, la medioambiental y la socio-laboral. Tres eran, entonces, los pilares sobre los que sostenía la transición justa y aludían a la existencia de mecanismos de acompañamiento o sostenimiento económico de los trabajadores afectados por la transición ecológica -actual descarbonización- hasta que encontrasen un empleo que los sustentase; mecanismos de apoyo para la formación y reciclaje profesional -con una duración máxima de cuatro años- y con acceso a estudios de todos los

2 Anthony Mazzocchi: "Por qué necesitamos una transición justa para evitar el conflicto entre medio ambiente y empleo". En *Trabajar sin destruir. Trabajadores, sindicatos y ecologismo*. Editado por Jorge Riechmann y Francisco Fernández Buey, 345-354. Ediciones HOAC: Madrid, 1998.

niveles posibles -formación profesional, educación universitaria, etc.-; y, finalmente, mecanismos o ayudas para permitir el traslado de los trabajadores que pierden su puesto de trabajo, pero encuentran otro lejos o en un lugar distinto de su residencia habitual.

La idea base que apuntalaba esta reivindicación era un principio que aún hoy día, puede -debe- ser esgrimido, esto es, la equidad en el reparto de riqueza y de riesgos sociales. Si la sociedad desea la transición hacia economías más ecológicas el coste y los riesgos sociales que genera esta transformación no pueden ser pagados y asumidos exclusivamente por quienes prestan servicios en los sectores afectados, sino por la sociedad en su conjunto, también, por tanto, empleadores y contribuyentes. De ahí que la transición justa consista en diseñar tanto la estrategia de transformación productiva como los mecanismos de sostenimiento económico que habrán de acompañar a los trabajadores y sus familias en todo el proceso.

En la medida en que el objetivo de aquellos días resulta aplicable también en la actualidad y para nuestra estrategia de descarbonización, con la justificación de haber obtenido ya unos resultados positivos, podemos presentarla no solo como propuesta válida sino también reivindicable ante instancias internacionales, comunitarias y nacionales. De ahí que en los apartados que siguen se estudien las orientaciones presentadas por estos niveles y se valore su proximidad o no a la que ya ha sido una estrategia exitosa.

1. La idea de transición justa en los compromisos internacionales. La vulnerabilidad como clave indescifrada

Hemos tenido oportunidad de reseñar que la preocupación de la sociedad por el cambio climático y la transición energética no es algo reciente, sino que hunde sus raíces en, al menos, tres décadas atrás. Y ejemplo de ello son el Protocolo de Montreal³, la creación del Grupo Intergubernamental de Expertos del Cambio Climático⁴, la celebración de la popularmente conocida como “Cumbre de la Tierra”⁵ -cuyo resultado más trascendente ha sido el Convenio Marco de Naciones

3 Entró en vigor en 1989 y su objetivo era proteger la capa de ozono mediante la actuación conjunta y global de los países del mundo. Este acuerdo ambiental internacional fue ratificado a nivel universal. España ratifica el Protocolo a través del instrumento publicado en el BOE nº 65, de 17/03/1989. Este Protocolo ha sido prorrogado a través de la Enmienda de Kigali firmada en 2016 y cuya entrada en vigor se ha producido en 2019.

4 España también tiene expertos en este Grupo Intergubernamental, creado en 1988 para realizar evaluaciones sobre los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático. La composición del Grupo puede conocerse a través de la web <https://www.ipcc.ch/bureau/>, último acceso a fecha de 23/12/2023.

5 Fue la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Se celebró en 1992 y de ella parte la Convención Marco por el Cambio Climático.

Unidas sobre el Cambio Climático-, el Protocolo de Kioto⁶, la fijación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio⁷, los acuerdos de Copenhague⁸, Cancún⁹, y París¹⁰, los Objetivos de Desarrollo Sostenible¹¹, y los acuerdos sectoriales de la aviación¹² y marítimo¹³.

De entre esta caterva de instrumentos, a los efectos que interesan a nuestro estudio, resulta preciso detenernos, siquiera brevemente, en la Cumbre de la Tierra. Su finalidad, por obvia que hoy nos parezca, fue clave en aquellos años.

En efecto, el encuentro -que tuvo como resultado el precitado Convenio Marco- sirvió para reconocer la existencia de un problema -el cambio climático- cuya percepción estaba lejos de ser pacíficamente aceptada por los Estados

- 6 A través suya, en 1997, se comprometieron los países industrializados a limitar y reducir las emisiones de gases efecto invernadero. España ratifica este Protocolo a partir del instrumento publicado en el BOE nº 33, de 08/02/2005. La Enmienda de Doha (firmada en 2012) estaba prevista como prórroga del Protocolo de Kioto, estableciendo un nuevo período de reducción de emisiones desde 2013 hasta 2020, sin embargo, la falta de países adherentes ha provocado que su entrada en vigor no se haya producido hasta 2021.
- 7 Ocho eran los propósitos incluidos en estos Objetivos fijados en el año 2000 y cuyo alcance estaba previsto se lograra en 2015. España, como el resto de los países miembros de la ONU adopta esta Declaración emitida en la Cumbre del Milenio celebrada en Nueva York.
- 8 Este se adoptó en la conferencia anual que sobre el cambio climático celebra la ONU. El objetivo de esta conferencia, celebrada en 2009, fue lograr un nuevo acuerdo jurídicamente vinculante, una meta que fue sustituida por un texto no vinculante, sin objetivos o plazos.
- 9 Estos acuerdos sí lograron materializar unas expectativas también ambiciosas. Se celebraron en 2010 y los resultados fueron el reconocimiento del calentamiento global -en como mínimo, 2°C-, la creación del mecanismo REDD+ y la subida anual de ayudas financieras destinadas a la lucha contra el cambio climático.
- 10 Adoptado en 2015, este establece un marco global para evitar un cambio climático peligroso, de ahí que la vinculación se pida tanto a países desarrollados como en vías de hacerlo. España ratifica este acuerdo a través del instrumento publicado en el BOE nº 28, de 02/02/2017.
- 11 Estos se adoptaron en 2015 por todos los países miembros de Naciones Unidas. De entre los ODS, el número trece es el que hace mención expresa al clima. España crea en 2017 el Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030 y afronta así el plan de acción para la implementación de la Agenda 2030. El desarrollo de este plan puede seguirse a través de la web <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/plan-accion-implementacion-a2030.pdf>, último acceso a fecha de 23/12/2023.
- 12 La Organización de Aviación Civil Internacional logró en 2016 un acuerdo conjunto entre gobiernos, industria y sociedad civil para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de este concreto sector que no había sido incluido en el Acuerdo de París. España ha celebrado el Convenio con la Asociación de Líneas Aéreas para el estudio del impacto ambiental de la aviación en España, el cual ha sido publicado a través de la Resolución de 24 de junio de 2022, publicada en el BOE nº 177, de 25/07/2022.
- 13 Los Estados miembros de la Organización Marítima Internacional han adoptado una estrategia para reducir las emisiones de carbono en el transporte marítimo por haber quedado también excluido este sector -como sucedía de forma paralela con el de aviación- del Acuerdo de París. España es miembro de esta organización desde 2001 y actualmente preside su Consejo hasta el año 2025.

miembros. La inexistencia de suficientes pruebas científicas -a pesar de que el Grupo Intergubernamental de Expertos ya había comenzado a actuar- sumada a los intereses económicos -desinteresados por la descarbonización y el efecto invernadero- suponían un importante obstáculo que se salvó en aquella Convención, en la que los países desarrollados asumieron el liderazgo para “estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero”¹⁴. Para ello se acordó aprobar una serie de apoyos financieros y subvenciones que permitieran adoptar medidas sobre el cambio climático, los cuales todavía hoy en día son gestionados a través del Fondo para el Medio Ambiente Mundial¹⁵.

El Convenio Marco supuso, por tanto, un relevante punto de partida sobre el que pivotarían las posteriores Conferencias de las Partes¹⁶, de entre las que destacamos la COP21¹⁷ por ser esta en cuyo preámbulo se importa la idea de la transición justa que originariamente había sido abordada, en 2012, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible¹⁸. Tanto en esta ocasión como en aquella, la idea de la transición justa alude al principio de la equidad en el reparto de riqueza y riesgos que mencionábamos en el apartado introductorio a este epígrafe, quedando literalmente definida como “la reconversión justa de la fuerza laboral y la creación de trabajo decente y empleos de calidad de conformidad con las prioridades de desarrollo definidas a nivel nacional”. De esta forma se ponía de manifiesto que priorizando la protección de las personas y sus empleos, los países habrían de poner en marcha medidas concretas para paliar los efectos que en determinados territorios y sectores de producción pudiera producir la transición energética. Cada país, por tanto, atendiendo a su propia idiosincrasia, habría de detectar los sectores productivos y poblacionales más vulnerables a la descarbonización y, conforme a esta información, elaborar estrategias que garantizaran la justicia en el necesario cambio energético.

14 Son estos los exactos términos que emplea la transcripción que puede encontrarse en la página web de Naciones Unidas de la Convención Marco, accesible a través de la web <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/que-es-la-convencion-marco-de-las-naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico>, último acceso a fecha de 23/12/2023.

15 Para más información al respecto, se recomienda consultar la web <https://www.ifad.org/es/gef>, último acceso a fecha de 23/12/2023.

16 La Conferencia de las Partes (COP) es el órgano supremo de toma de decisiones de la Convención de Naciones Unidas, de forma que todos los Estados parte en la Convención están representados en la COP. En Polonia, en el año 2008, se produjo la primera reunión de este órgano que, desde entonces se ha mantenido celebrando reuniones anuales. Para el año 2023, la reunión ha tenido lugar en Dubai. El texto íntegro de cada encuentro está disponible a través de la web <https://unfccc.int/es/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>, último acceso a fecha de 23/12/2023.

17 Celebrada en París en 2015.

18 “El Futuro que Queremos” lleva por título el documento final de aquella Conferencia -popularmente conocida como Río+20-, cuyo texto es accesible a través de la web <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/764Future-We-Want-SPANISH-for-Web.pdf>, último acceso a fecha de 23/12/2023.

Las reverberaciones de esta incansable actividad por parte de Naciones Unidas pronto serían apreciables también en la Organización Internacional del Trabajo, que en lo que a la transición justa se refiere, emite el Informe “Empleos verdes: hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono”¹⁹. En él se presenta la transición justa como un conjunto de políticas que, sin dejar de suponer innovaciones tecnológicas, modificaciones en las aproximaciones y estrategias empresariales, deben ser producto del diálogo social²⁰. La evocación, pues, a la participación de los agentes sociales y los Gobiernos resulta clave, a juicio de la OIT, para poder materializar la justicia en la transición energética. No se desconoce -igual que se hacía allá por la década de los años 90 en Norteamérica- que la transición implica la generación de nuevos puestos de trabajo, pero también la pérdida de otros, la puesta en peligro de la supervivencia económica de familias, el hundimiento de sectores de producción y el desequilibrio social. De ahí que resulte esencial, en primer lugar, detectar y valorar aquellos sectores productivos y sociales que resulten más vulnerables ante la transición.

Llegados a este punto interesa sobremanera destacar que el concepto de vulnerabilidad en este contexto de la transición energética en ningún caso ha sido abordado sea por la ONU o por la OIT, de manera que no disponemos, al menos a nivel internacional, de una definición o concreción conceptual de cómo habría de calibrarse la precitada vulnerabilidad. Lo cual resulta cuanto menos reseñable si la justicia en la transición ha de servir para corregir o salvar aquellas situaciones vulnerables. Precisamente porque queremos destacar su ausencia hemos intencionadamente incluido esa idea en el título que rubrica este apartado. Y es que entendemos pernicioso para una exitosa materialización de la transición justa, el que no se haya abordado de forma general y desde instancias internacionales esta la idea de vulnerabilidad. El que se hubiera incluido en un informe -por tanto sin efecto vinculante alguno- habría resuelto cualquier problema competencial en la materia y, sin embargo, habría contribuido a disponer de una escala comparable. La propuesta que planteamos no repugna a lo que es una intervención por parte de organismos internacionales -concretamente de Naciones Unidas- en el espectro internacional ante supuestos o situaciones de vulnerabilidad. En este sentido, algún sector doctrinal²¹ ha argumentado que puede traerse como ejemplo el Índice de Vulnerabilidad ante Choques Climáticos, utilizado por la ONU para materializar su Programa de Desarrollo. Este Índice integra aspectos esenciales de los contemplados en los ODS -tales como acabar con la pobreza extrema, luchar contra la desigualdad y la injusticia y combatir el cambio climático- y ha sido empleado, entre otras cuestiones, para realizar el seguimiento de los indicadores de

19 El texto está disponible a través de la web https://www.ilo.org/skills/projects/WCMS_098504/lang--es/index.htm, último acceso a fecha de 23/12/2023.

20 Expresamente así se menciona en la página 277 del citado informe.

21 En este sentido se pronuncia José Luis García Delgado: “Agenda 2030 de desarrollo sostenible: Su incidencia en la protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 30 (2022): 45-82.

desarrollo humano a nivel nacional. Cuestión esta que podría considerarse basilar a los efectos que aquí nos ocupan.

Sin perjuicio de que este asunto sea abordado y abundado por alguno de los tres sub-proyectos que configuran este proyecto, ante el silencio de sendas organizaciones internacionales apenas referido, podríamos argumentar que tal vez resulten de utilidad, para construir ese concepto de vulnerabilidad desde la perspectiva socio-laboral, los cinco pilares sobre los que, según la OIT, debiera asentarse toda transición energética que se quiera justa; a saber, los derechos de los trabajadores, el trabajo decente, la protección social, el diálogo social y la sostenibilidad empresarial. Estos cinco aspectos, entendemos, habrían de valorarse en cada país y por cada sector productivo afectado para determinar si los procesos de cambio o transición energética apuntan hacia la justicia como punto de partida, resultado final y actuación transversal; de manera que serán más vulnerables aquellos colectivos y sectores productivos en que uno, varios o ninguno de estos cinco aspectos puedan ser garantizados. De esta forma se detecta un interesante campo de indagación a explorar en los meses venideros por parte de los miembros de nuestro equipo de investigadores.

Independientemente de la constatación de aristas necesitadas de atención como la que acabamos de apuntar, y con la finalidad de proseguir con nuestro discurso, dejamos así bosquejado el espectro internacional en lo que a la transición justa se refiere, para en el apartado que sigue presentar los pasos dados desde el nivel comunitario, de forma que sea posible conocer las orientaciones de que dispone nuestro país para afrontar su propia estrategia justa de transición energética.

2. La Estrategia comunitaria para la transición justa

La denominada Ley Europea del Clima²², es decir, el Reglamento 2021/1119, convierte en disposición vinculante el objetivo establecido en el Pacto Verde Europeo²³ relativo a conseguir que la economía y la sociedad europeas sean climáticamente neutras en el año 2050.

Así, con el objetivo garantizar que las políticas de la UE contribuyan a la transición energética y que todos los sectores de la economía y la sociedad desempeñen el papel que les corresponden en esta nueva etapa, el considerando 31 realiza un llamamiento a la colaboración de todas las regiones y países para que contribuyan junto con la Comisión a materializar la estrategia de lucha contra el cambio climático.

22 La Ley Europea por el Clima se publicó en el DOUE nº 243, de 09/07/2021 y entró en vigor el 29/07/2021.

23 Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/>, último acceso a fecha de 23/12/2023. Se define como “paquete de iniciativas políticas cuyo objetivo es situar a la UE en el camino hacia una transición ecológica, con el objetivo último de alcanzar la neutralidad climática en 2050”.

La cooperación que se pide consiste en la creación por parte de la Unión de “un marco regulador favorable” a las políticas y medidas nacionales que, aplicadas por los Estados miembros, sean necesarias para adaptarse a la transición energética. De esta forma se espera mejorar la resiliencia frente al cambio climático.

Concretamente, a este respecto de la adaptación de las políticas nacionales favorecida por un marco europeo regulador favorable, el artículo 5.3 del Reglamento menciona expresamente que en las nuevas políticas y medidas socioeconómicas se ha de prestar especial atención a las poblaciones y sectores económicos más vulnerables, estando el empleo marcado como objetivo a garantizar durante la transición a la neutralidad climática -*ex* Considerando 34-.

A lo largo del Reglamento nunca más se mencionarán el empleo o la condición de vulnerabilidad de los sectores poblacionales y de producción, de forma que para abundar en este concepto -el cual nos interesa para poder afrontar de manera coordinada la transición energética- hemos de retornar al texto del Pacto Verde de la Unión Europea y su materialización a través de los Fondos *Next Generation*.

En este sentido, aunque solo en dos ocasiones se menciona la vulnerabilidad socio-laboral de la ciudadanía, cuando se hace queda siempre vinculada a la necesidad de generar oportunidades para todos reduciendo la desigualdad y la pobreza energética, de forma que se garantice una transición justa. Por tanto, aunque expresamente no se refieran indicadores que hayan de ser empleados por los Estados miembros para valorar si un sector productivo o poblacional está en riesgo de vulnerabilidad, al menos, sí que puede colegirse de esta enunciación que la ausencia de oportunidades, la desigualdad y la pobreza habrán de ser medidos para determinar si están necesitados de una intervención concreta.

Así, y aunque suponga adelantar alguna conclusión, podríamos comenzar a plantear que la vulnerabilidad derivada de la transición energética que hubiera de ser frenada para alcanzar una transición justa debiera ser medida a partir de la suma de ambas aproximaciones -la procedente de la OIT y la planteada por la UE- al concepto de vulnerabilidad; *id est*, la ausencia de oportunidades, la desigualdad, la pobreza energética, el respeto a los derechos de los trabajadores, el trabajo decente, la protección social, el diálogo social y la sostenibilidad empresarial. De esta forma tendríamos un total de 10 indicadores que permitirían no solo una aproximación plural a la idea de vulnerabilidad, sino también reducir las posibilidades de excluir -de la protección dispensada por la transición justa- supuestos necesitados de atención.

A este respecto de la protección que habría de garantizar la transición justa se hace menester destacar que la Unión ha articulado un mecanismo financiero

con idéntica denominación²⁴ cuya finalidad es “proporcionar apoyo financiero y técnico a las regiones más afectadas por la transición hacia una economía baja en carbono”. A través suya se prevén movilizar entre 65.000 y 75.000 millones de euros -como mínimo- durante el período 2021-2027 para, entre otras medidas, facilitar oportunidades de empleo y reciclaje profesional, asistencia a solicitantes de empleo y su inclusión activa, y para que los Estados miembros o regiones inviertan en la creación de nuevas empresas en el sector de la ecología, el transporte público sostenible, la conectividad digital y las infraestructuras de energías limpias. Medidas, como puede observarse, que coinciden grandemente con aquellas primeras adoptadas por los Estados Unidos en la década de los años sesenta del siglo pasado y que en la década de los noventa se presentaban de nuevo como opción válida para afrontar la dicotomía cuidado del medio ambiente y sostenibilidad socio-laboral.

Por consiguiente, si los Estados miembros desean acceder y disfrutar de estas medidas para aliviar los costes sociales y económicos que deriven de la transición energética, deben incluir en sus planes territoriales de transición justa las medidas apenas anunciadas, así como justificar la necesidad tanto de su adopción como del apoyo financiero que se demanda. Lo cual ineludiblemente nos ha conducido en el proyecto a avanzar un poco más para conocer cómo se está materializando por parte de España la transición energética a fin de valorar tanto si observa las orientaciones marcadas desde instancias internacionales y comunitarias, como si ha colmado alguna de las lagunas detectadas y, en tal caso, estudiar el modo en que lo ha hecho.

3. Materialización por España de las previsiones internacionales y europeas

En España, la Ley 7/2021, de 20 de mayo de Cambio Climático y Transición Energética²⁵ se presenta en su Exposición de Motivos como instrumento para satisfacer todos los compromisos internacionales y comunitarios asumidos en esta materia. De manera que a través suya se busca diseñar y dirigir la transición energética en nuestro país, siendo una constante garantizar que tal cambio responda a los estándares de justicia diseñados desde instancias supranacionales, los cuales exigen tener presente en la tal transición a los colectivos y áreas geográficas más vulnerables.

Así, pues, sin llegar a definir nunca qué entiende el legislador nacional por transición justa o vulnerabilidad en este proceso, al menos indica que “(...)

24 Este Fondo de Transición Justa fue aprobado en 2021 y se nutre del Fondo de Recuperación *Next Generation EU*. Es el primer pilar del Mecanismo para materializar la protección que señalamos a través de la concesión de ayudas que alivien los costes sociales y económicos soportados por las regiones como consecuencia de la transición ecológica.

25 Publicada en el BOE nº 121, de 21/05/21.

optimizar las oportunidades” es una de las metas a perseguir por los poderes públicos. Y, para alcanzarla, configura la Estrategia de Transición Justa, presentada como “instrumento estatal que regula la figura de los Convenios de Transición Justa en tanto que herramientas para materializar las actuaciones en estas materias”. Por consiguiente, Estrategia y Convenios son los instrumentos sobre los que hemos de centrar nuestro estudio a fin de conocer, al menos en lo que a la esfera socio-laboral respecta, el modo en que se pretende materializar la transición justa, los indicadores que se emplean para valorar si estamos ante situaciones de vulnerabilidad necesitadas de intervención y, las concretas medidas a adoptar para atenuarla. De ahí que los siguientes pasos en nuestro proyecto se hayan centrado en estos menesteres tal y como reflejan los siguientes apartados.

3.1. El contenido socio-laboral de la Estrategia española. Fortalezas y debilidades

La aproximación a la Estrategia española para la transición justa desde la perspectiva socio-laboral exige que nos detengamos, en primer lugar, en el modo en que esta Estrategia se ha de elaborar. Y es que el llamamiento al diálogo social en sí constituye no solo la observancia de los postulados internacionales -recordemos en este sentido que tanto desde la ONU, la OIT y la UE la transición justa pasa por estar abierta al diálogo interinstitucional y social-, sino una garantía de éxito en la medida en que se visibilizan y oyen los intereses de todas las partes afectadas. La composición que al final se obtenga, al menos, habrá sido auspiciada por la voluntad de atender a todas las partes de la sociedad.

En este sentido, tanto la Estrategia²⁶ -ex art. 27 Ley 7/2021- como los Convenios²⁷ que a su cobijo se aprueben -ex art. 28 de la misma norma- han de contar *ab initio* con la participación de las Autonomías, entidades locales de áreas vulnerables a la transición hacia una economía baja en carbono, Universidades y los agentes sociales. Ciertamente está previsto el carácter preceptivo de este trámite de audiencia, pero lo que no se indica es si son vinculantes las decisiones adoptadas en estos encuentros. Por tanto, podría ser que CC.AA. e interlocutores no estuvieran de acuerdo con las propuestas estatales o viceversa y que, finalmente, se materializaran sin observar esta oposición.

El contenido de la Estrategia -así como de los Convenios²⁸- es el segundo aspecto que exige atención por nuestra parte. Y es que en él se presentan como

26 Cada Estrategia tendrá una duración de cinco años.

27 Los Convenios tendrán una duración de siete años, prorrogables por una sola vez ex art. 49.h) Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE nº 236, de 02/10/2015).

28 Más detallada aún es la previsión del contenido de los Convenios de Transición Justa que de seguida se reproduce siguiendo el tenor del artículo 28 de la Ley 7/2021: evaluación del estado de vulnerabilidad del área geográfica o colectivo afectado -pero no se indica conforme a qué parámetros se realiza esta evaluación-; compromisos de las partes participantes en el

aspectos determinantes el análisis de las oportunidades de creación de actividad económica y empleo; las políticas de promoción de empleo y formación ocupacional para la transición justa; los instrumentos para el seguimiento de tales actuaciones y, la identificación de colectivos, sectores, empresas y territorios potencialmente vulnerables. La vulnerabilidad, por tanto, es la piedra angular para la adopción de las correspondientes medidas, sin embargo no hallaremos mención -en la Estrategia y tampoco en los Convenios- a los indicadores que permitan valorar y concluir si estamos ante un colectivo, sector o región vulnerable a efectos de la transición energética justa. Esta carencia, pues, no puede sino destacarse como una debilidad necesitada de solución.

Con estos ingredientes, pues, se ha elaborado la primera Estrategia española de Transición Justa²⁹ en la que se han identificado como sectores más vulnerables al cambio climático los que de seguida se presentan. Antes de lo cual, hemos de subrayar que la Estrategia ha asimilado a la idea de vulnerabilidad el riesgo de afectación por la transición energética, sin llegar a abundarse más en los indicadores que permitan realizar tal valoración, lo que genera cierta inseguridad jurídica a otros sectores que, como la energía nuclear o la térmica, bien podrían reclamar ser incluidos en el listado -y, por ende, apoyados con las medidas correspondientes-, pero a los que no se facilitan herramientas normativas para realizar tal reivindicación. Subrayada esta carencia, proseguimos con el listado, siendo los sectores considerados vulnerables el turismo, la construcción, la industria, el transporte, la gestión de residuos, las actividades de agricultura, ganadería, pesca y sector forestal, la gestión del agua y, finalmente, el sector financiero. Entre ellos, se identifican como sectores clave para modificar el sistema energético -es decir, descarbonizarlo- el transporte -que genera un 26% de las emisiones totales- y la generación eléctrica -20% de las emisiones totales-.

En la Estrategia se prevé, además, que la transición genere elevados niveles de impacto en el empleo, provocando un desempleo que se espera sea coyuntural y amortiguado por la generación de nuevos yacimientos de empleo. Conforme a las previsiones del PNIEC -Plan Nacional Integrado de Energía y Clima³⁰- estas nuevas oportunidades posibilitarían que fueran contratadas entre 253000 y 348000 personas por año, es decir, entorno al 1.7% del total de desempleados, lo cual, indica

convenio incluidas las empresas beneficiarias de las medidas de apoyo para la transición; medidas fiscales, de financiación, de apoyo a la I+D+i, de digitalización, de emprendimiento, de empleo, de protección social y actividades formativas para incentivar la adaptación de los trabajadores; calendario para la adopción de las medidas con identificación de objetivos medibles y mecanismos de seguimiento.

29 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Estrategia%20Transicion%20Justa-Def.PDF, último acceso a fecha de 22/12/2023.

30 Cuyo texto está disponible en la web <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/pniec.html>, último acceso a fecha de 24/12/2023.

que existirá un desfase importante entre el empleo que se genera y el que se pierde. A ello ha de sumarse que los nuevos empleos se generan en sectores distintos a aquellos en que se pierden³¹ y en lugares geográficos también diferentes a donde se localizaban.

El que los desafíos apenas referidos sean ya conocidos por parte de los poderes públicos, justifica que en la Estrategia para la Transición Justa se hayan articulado un total de ocho ejes³² de medidas en las que la referencia a la creación de empleo, a la formación profesional para afrontar la transición energética y al apoyo a los colectivos vulnerables son variables transversales y comunes. Como puede apreciarse, las actuaciones previstas por la Estrategia española continúan la senda apuntada desde instancias comunitarias, las cuales, decíamos, también se circunscriben en las acciones que se probaron exitosas tantos años atrás en las políticas norteamericanas de integración socio-laboral de colectivos afectados por otra transición que no siendo energética, también exigía de cierto intervencionismo estatal para garantizar el sustento económico de un sector de la ciudadanía obligado a cambiar de *modus vivendi*.

Sin embargo, la concreta puesta en práctica de estos ejes y las medidas que los componen no pueden ser apreciados sino descendiendo en los instrumentos que desarrollan la Estrategia, motivo por el cual el apartado que sigue se centra en los Convenios de transición justa.

3.2. Los Convenios de Transición Justa

Previstos por el art. 28 de la Ley 7/2021 como parte integrante de la Estrategia española, estos Convenios³³ se adoptan para aquellos casos en que la transición energética pueda poner en dificultades a empresas y actividades económicas. Su cometido -el de los Convenios- es el de proponer un plan de acción territorial integrado que se base en los objetivos y criterios enunciados para la Estrategia de Transición Justa. Así pues, se entiende que la opción por el diálogo social sea de obligado cumplimiento en su elaboración y que, una vez más, la vulnerabilidad se convierta en la punta de lanza que habría de guiar su ordenación.

31 Expresamente se menciona en el PNIEC, página 24, que los sectores que podrían generar más oportunidades de empleo son la descarbonización en la edificación, en el transporte y en el sector industrial, en el sector eléctrico y, en las energías renovables.

32 Estos ejes son medidas de impulso a la transición ecológica de los sectores económicos; el acompañamiento específico a sectores estratégicos industriales; la reducción de la desigualdad y apoyo a los consumidores; la reactivación de los mercados laborales; las políticas activas de empleo verde y protección social; la formación profesional verde; medidas de I+D+i; la mejora del conocimiento sobre el impacto de la transición ecológica en el empleo.

33 Disponibles a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/Convenios_transicion_justa/Convenios.aspx, último acceso a fecha de 22/12/2023.

Sin embargo, como se ha tenido oportunidad de indicar líneas atrás, tampoco en los Convenios que al efecto se han aprobado hasta los días en que se elabora este estudio puede hallarse rastro de una mayor concreción de los indicadores empleados para configurar y ordenar los Convenios, lo cual vuelve a poner en una clara situación de inseguridad jurídica e indefensión a las regiones autonómicas que deseen ser destinatarias de los Convenios y las acciones y ayudas que de ellos se derivan, las cuales, dicho sea de paso, en absoluto son paupérrimas, como de seguida se manifiesta.

En este sentido, las CC.AA. destinatarias de Convenios de Transición Justa³⁴ han sido Andalucía, con 154 millones de euros³⁵ destinados a reactivar Puente Nuevo-Valle del Guadiato (Córdoba)³⁶, Carboneras (Almería)³⁷, y Los Barrios (Cádiz)³⁸; Aragón, perceptora de 92 millones de euros para las zonas de Teruel y Zaragoza³⁹; el Principado de Asturias, al que se adjudican 263 millones de euros para sostener el Suroccidente⁴⁰, el Valle del Nalón⁴¹ y, el Valle del Caudal-Aboño⁴²; Castilla-La Mancha, a la que se consagran 57 millones de euros para la zona de

34 Disponible a través de la web <https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/Home.aspx>, último acceso a fecha de 22/12/2023.

35 La información sobre las cantidades económicas destinadas a las CC.AA. pueden encontrarse en la web https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/La_Transicion_Justa/Fondo-de-transicion-justa-UE.aspx, último acceso a fecha de 22/12/2023.

36 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/CaracterizacionDiagnostico_Puente_Nuevo_Final.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

37 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Caracterizacion_y_Diagnostico_Carboneras.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

38 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Andalucia/CaracterizacionDiagnostico_LosBarrios_Puerto_Algeciras_10_01_22.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

39 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Aragon/CaracterizacionDiagnostico_Aragon_23_11_20.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

40 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/CaracterizacionDiagnostico_SuroccidenteAsturias.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

41 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/CaracterizacionDiagnostico_ValleNalon.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

42 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Asturias/CaracterizacionDiagnosticoInicial_Zona_Abono_puerto_Gijon_10_01_22.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

Zorita (Guadalajara y Cuenca)⁴³; Castilla y León recibe 197 millones de euros para las áreas de Bierzo-Laciana (León)⁴⁴, de Montaña Central Leonesa-La Robla (León)⁴⁵ y, de Guardo-Velilla (Palencia)⁴⁶; el País Vasco también es destinatario de 34 millones de euros para atender -de forma compartida con Castilla y León- las necesidades de la zona de Garoña (ubicada entre Burgos y Álava)⁴⁷; Galicia recibe 111 millones de euros para que atienda el área de Meirama (A Coruña)⁴⁸ y de As Pontes (A Coruña, Lugo)⁴⁹; finalmente las Islas Baleares son depositarias de 17 millones de euros para hacer frente a la descarbonización de Alcudia (Mallorca)⁵⁰.

Bajo el marco jurídico que ofrecen estos Convenios, el Gobierno español, a través del Instituto para la Transición Justa⁵¹, publica concretas convocatorias que buscan sostener económicamente acciones específicas, tales como proyectos empresariales generadores de empleo y pequeños proyectos de inversión; proyectos municipales e infraestructuras; proyectos culturales; restauración ambiental de las zonas degradadas por la minería; concursos en nudos de transición justa⁵². Sin perjuicio de que se presente de seguida su contenido, querríamos subrayar que

43 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/NUCLEARES/CaracterizacionDiagnostico_CTJ_Zorita_Final.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

44 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Castilla_Leon/Caracterizacion%20Bierzo_Laciana.pdf, último acceso a fecha de 12/06/2023.

45 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Caracterizacion_ROB.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

46 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Caracterizacion_GUA.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

47 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/NUCLEARES/CaracterizacionDiagnostico_CTJ_Garona_def.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

48 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/CaracterizacionDiagnostico_Meirama_23_11_20.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

49 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Galicia/CaracterizacionDiagnostico_CTJAsPontes_PuertoFerrol_10_01_22.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

50 Disponible a través de la web https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Islas_Baleares/CaracterizacionDiagnosticoInicial_Alcudia_16032022.pdf, último acceso a fecha de 22/12/2023.

51 El Estatuto de este Instituto ha sido creado en virtud del RD 179/2021, de 23 de marzo, BOE nº 72, de 25/03/2021. Sin embargo fue la DA 10ª del RD 500/2020, de 8 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico la que estableció su creación (BOE nº 125, de 05/05/2020).

52 Los denominados nudos de transición justa han sido regulados en el Anexo del RD-Ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, BOE nº 175, de 24/06/2020.

tampoco en este nivel más elemental de concreción de la estrategia de transición podemos hallar indicadores claros de lo que haya de entenderse por colectivo o sector vulnerable, quedando a salvo, eso sí, la tradicional clasificación de colectivos vulnerables, que a nuestro juicio sin estos indicadores podrían quedar sometidos a una doble vulnerabilidad; *id est*, la que poseen por pertenecer a colectivos de difícil integración socio-laboral y el añadido procedente de prestar servicios en un sector de producción afectado por la transición energética. Ejemplo de estas acciones, decimos, es la Orden TED/1240/2022⁵³ que configura una serie de ayudas destinadas a personas físicas o jurídicas, comunidades de bienes y trabajadores autónomos que acometan proyectos de inversión empresarial generadores de empleo -art. 4-. La inversión mínima subvencionable debe ser por un importe de 100000 euros y deben generar, como mínimo, 3 puestos de trabajo que deberán mantenerse tres años como mínimo -art.8.3-. Siendo revocable íntegramente la ayuda si no se cumplen estos requisitos en su integridad. Las formas de contratación no se limitan, siendo todas admisibles, incluso la creación de empleo autónomo, si bien las contrataciones a tiempo parcial y fijos discontinuos solo computarán de forma proporcionada. Conforme a su artículo 9, serán criterios específicos para garantizar el 100% de la ayuda, la existencia de un compromiso de empleo joven (personas de entre 18 a 30 años), compromiso de empleo para mayores de 45 años, compromiso de creación de empleo femenino, compromiso de empleo para trabajadores con discapacidad, compromiso de empleo para personas inscritas en las Bolsas de Empleo del Instituto para la Transición Justa.

Las medidas que el Estado español adopta en aras de garantizar cierto grado de justicia en la transición energética, sin embargo, no quedan agotadas en estas que se acaban de presentar. De ahí que el apartado siguiente se destine a indicar otras acciones que, aun con incidencia en la transición energética española, no están contempladas en la Estrategia, si bien sus repercusiones en el objetivo de la transición pueden resultar iguales o mayores a las derivadas de la propia Estrategia.

3.3. Otras acciones estatales tendentes a la consecución de la Transición energética justa

En realidad, incluso antes de la aprobación de la Ley 7/2021 nuestro país ya contaba con ciertas previsiones que pueden considerarse la antesala de lo que finalmente ha sido aprobado. Y en este sentido, el apartado que ahora comienza presenta dos tipos de actuaciones. De un lado, disposiciones normativas que generan obligaciones concretas para el empleador respecto de ciertos aspectos de la transición justa; de otra parte, actuaciones que indirectamente impulsan dinámicas que potencian la democratización de las relaciones laborales, especialmente

53 Orden de 14 de diciembre por la que se aprueban las bases para la concesión de ayudas dirigidas a proyectos empresariales generadores de empleo, que promueven el desarrollo alternativo de las zonas de transición justa, BOE nº 301, de 16/12/2022.

necesaria en esta etapa transicional tal y como ya han puesto de manifiesto las instancias supranacionales.

3.3.1. El deber de información del empresario sobre cuestiones medio-ambientales

A este respecto, la doctrina *iuslaboralista*⁵⁴ ha subrayado cómo la Ley 38/2007⁵⁵ introdujo modificaciones en el art. 64 ET, concretamente en su apartado 2.b) al establecer la concreta obligación por parte de la empresa de informar a los representantes de los trabajadores sobre “las situaciones medioambientales que tengan repercusión directa sobre el empleo”⁵⁶.

En este sentido profusa y abundantemente se ha reflexionado acerca del alcance de la expresión “repercusión directa” que por tratarse de un concepto vago se ve necesitado de interpretación atendiendo a cada caso concreto. La casuística, por tanto, se vislumbra como incerteza jurídica que, a la postre, no puede ser corregida puesto que ello supondría esclerotizar la aplicabilidad del precepto. Determinar, pues, cuándo existe la referida repercusión directa requiere de un estudio sosegado de la doctrina judicial y la jurisprudencia, estudio este también ha de ser cubierto en el avance de este proyecto de investigación. Y una suerte paralela entendemos que han de correr los términos “empleo” y “actuaciones medioambientales”.

Sin desconocer que el derecho existe y que supondrá siempre un avance y no un retroceso, coincidimos con el sentir doctrinal⁵⁷ que insiste en que podría ser entendido como derecho de contenido indeterminado y de compleja aplicabilidad.

3.3.2. El diálogo social como dinámica transversal

Hemos tenido ocasión de referir que, desde instancias supranacionales, se apunta a que la transición energética solo alcanzará ciertas cotas de justicia en la medida en que sea sometida a discusión y reflexión pública. Abrirla, por tanto,

54 Nos referimos concretamente al estudio de la Prof. Ángela Martín-Pozuelo López: “La necesaria participación activa de las personas trabajadoras en la lucha contra el cambio climático”, *Noticias CIELO*, nº 2 (2023), recuperado de https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/03/martinpozuolo_noticias_cielo_n2_2023.pdf, último acceso a fecha de 24/12/2023.

55 Nos referimos a la Ley de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE nº 276, de 17/11/2007).

56 Indica Ángela Martín-Pozuelo en su “La necesaria participación activa...” *op.cit.* que el antecedente directo de este precepto se halla en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva del año 2007 (BOE nº 48, de 24/02/2007).

57 *Ibidem*.

desde sus primeros momentos a la participación de los interesados -que es, en realidad, la sociedad entera- es una constante a observar también por España en la medida en que es miembro de tales organizaciones y ha ratificado los respectivos cuerpos normativos vinculantes -para el caso de la ONU y la OIT-.

La doctrina en este sentido ha denunciado precisamente esa carencia. A juicio de algunos autores⁵⁸ en la Estrategia de Transición Justa y muy concretamente respecto de los instrumentos que la materializan es reseñable la “ausencia del Estado en el diseño global de la transición, quedando, en exclusiva, como facilitador de recursos en favor de la iniciativa privada y, en segundo lugar, la falta de creación de instrumentos de participación eficaces de los sujetos afectados”. Es decir, tal y como se apuntó líneas atrás, no solo las previsiones contenidas en la Ley 7/2021 relativas a la participación de otros actores públicos quedan bastante indeterminadas, sino que además, cuando se hace preciso implementar la Estrategia tampoco se plasma esta exigencia de la participación constructiva. Y, a este respecto, como de seguida se presenta, la ausencia participativa procede de quien debiera asumir las riendas del devenir de la Estrategia, es decir, del Estado.

Cierto es que el llamamiento que se hace desde los niveles internacionales al diálogo social permite afrontarlo con la flexibilidad de la informalidad, puesto que el propio Informe de la OIT⁵⁹ indica que basta con “asegurar la participación de todas las partes implicadas para, al menos parcialmente garantizar que las medidas adoptadas no sean perjudiciales para el mundo del trabajo”. Un diálogo social informal este que no repugna precisamente a nuestra historia como país, puesto que son ejemplos anteriores la transición política y la aprobación de los Pactos de la Moncloa en 1977; el Acuerdo Básico Interconfederal de 1979; el Acuerdo Marco Interconfederal y el Acuerdo Nacional de Empleo de 1981 y el Acuerdo Económico y Social de 1984. Todos estos pactos han influido, si bien con distinta intensidad, en el diseño de un nuevo modelo económico y de relaciones laborales y, en todos ellos, se ha dado audiencia y participación a la sociedad. RRLL.

En este contexto, decíamos, se requiere la participación real de los poderes públicos y los interlocutores sociales, además, de otros sectores de la población con interés directo en la materia. Sin embargo, la elaboración de los instrumentos que dirigen la transición justa en España, según se ha destacado, pone de manifiesto una dejación por parte de los poderes públicos.

58 Nos referimos especialmente al Prof. Juan Escribano Gutiérrez que así lo manifiesta tanto en su estudio intitulado “Derechos de los trabajadores ante las órdenes empresariales medioambientalmente injustas”, *Revista de Derecho Social*, nº 78 (2017): 15-45, como en el posterior “Diálogo social y nuevo pacto verde: la libertad de empresa como límite”, *Revista de Derecho Social*, nº 98 (2022): 1-12.

59 OIT, Hacia el desarrollo sostenible. Oportunidades de trabajo decente e inclusión social en una economía ver, OIT, Ginebra, 2012, p. 8.

En efecto, la revisión de los distintos instrumentos al efecto aprobados permite alcanzar esta misma conclusión si nos fijamos en cómo se ha retraído el Gobierno de la nación en comparación con sus primeras intervenciones en la materia.

En este sentido, el Acuerdo más importante de los aprobados hasta la fecha en que se elabora este estudio sea el ratificado el 24 de octubre de 2018⁶⁰ entre las organizaciones sindicales más representativas, USO, la patronal del carbón y el Ministerio de Transición Ecológica. A finales de la década pasada, finalizaba la prórroga otorgada por la Decisión 2010/787/CE del Consejo, de 10 de diciembre de 2010⁶¹, relativa a las ayudas estatales destinadas a facilitar el cierre de minas no competitivas. Conforme a esta Decisión, a partir de 2018, los Estados carecían de facultades para prorrogar las ayudas que desde hacía décadas posibilitaban el mantenimiento del empleo en importantes comarcas, especialmente, del norte de Castilla-León, Asturias y Aragón. En concreto, se estimó que el correspondiente cierre de las últimas minas del carbón afectaría a 1700 trabajadores y, con el objetivo de paliar las consecuencias de dichos cierres, la Decisión permitía la financiación de los costes que generase tanto para implementar medidas sociales y medioambientales, como para intentar diversificar la economía de las comarcas afectadas.

Así, bajo la rúbrica Acuerdo Marco para una Transición Justa de la Minería del Carbón y Desarrollo Sostenible de las Comarcas Mineras para el período 2019-2027, se hace frente, a dos objetivos. Por una parte, procurar la reactivación económica y el desarrollo de unas comarcas que han dependido de la industria del carbón, en ocasiones, durante más de un siglo. Por otra, atenuar el impacto que produce la pérdida de puestos de trabajo a través de ayudas a prejubilaciones, bajas indemnizadas y la constitución de una bolsa de trabajo que facilitará el acceso a cursos formativos y de orientación y, en la que se incluirán a los trabajadores que no alcancen la edad exigida para la prejubilación.

Esta fórmula para la minimización de los costes socio-laborales del cierre de las minas es perfectamente incardinable en la pionera idea de transición justa que se maneja desde instancias internacionales a partir de los años noventa del siglo pasado. Sin embargo su debilidad radica en que la materialización de estas previsiones se hace depender de un posterior desarrollo normativo. La aprobación de estas normas ha sido constante desde el momento de la suscripción del acuerdo; véase por ejemplo, el Real Decreto-ley 27/2021⁶², por el que se amplió hasta 2025 las ayudas sociales por costes laborales de los trabajadores afectados por el cierre de

60 El texto del Acuerdo puede consultarse en la web <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/ecologica/Paginas/2018/241018-mineria.aspx>, último acceso a fecha de 24/12/2023.

61 Publicada en el DOUE L 336/24, de 21/12/2010.

62 Publicado en el BOE nº 281, de 23/11/2021.

minas de carbón y empleados en labores de restauración ambiental, que vencían a finales de este año; y el Real Decreto 341/2021, de 18 de mayo⁶³, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la restauración ambiental de zonas afectadas por la transición energética en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia correspondiente a proyectos de zonas degradadas a causa de la minería del carbón. Sin embargo en tales desarrollos normativos se subordina la adopción de las medidas para la transición justa a la iniciativa privada, mientras que el sector público, tradicional propietario de muchas de las instalaciones, asume, en exclusiva, un papel de dinamizador externo de los procesos de tránsito.

El Acuerdo por una Transición Energética Justa para Centrales Térmicas en Cierre⁶⁴, firmado por las organizaciones sindicales más representativas y las empresas propietarias de centrales térmicas de carbón (Endesa, Iberdrola y Naturgy) junto al Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico podría servirnos también de botón de muestra. La significación de este Acuerdo es resaltada por los propios firmantes al afirmar que podría servir de base para la aprobación de futuros acuerdos en otros sectores igualmente afectados por la transición energética. Una cuestión esta en absoluto baladí si pensamos que conforme a la Ley 7/2021 todos los demás sectores de producción de energía no renovable habrán de llevar a cabo similar tránsito antes de 2050.

Empero, en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, son las propias partes las que niegan que posea la eficacia vinculante de los convenio administrativo de los previstos en el art. 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. De manera que las partes solo quedan comprometidas -por su palabra- a participar en los procesos de descarbonización y transición energética, y a garantizar salidas adecuadas a los trabajadores que pierdan su empleo en empresas incluidas en el Acuerdo.

Si comparamos ambos acuerdos podemos concluir que, mientras el primero -el del carbón- se movilizan partidas económicas y se determina pormenorizadamente su destino, el del sector de las Centrales térmicas es un acuerdo mucho más genérico en sus compromisos que solo busca asentar las bases de lo que *a posteriori* serán los convenios reguladores

En un tercer nivel de concreción, más superficial que las dos anteriores, podría ubicarse el proceso de transición bosquejado para las centrales nucleares. En este proceso, a juicio de la doctrina⁶⁵, la participación de los representantes de los trabajadores ha quedado prácticamente anulada. Así, en el Protocolo acordado

63 Publicado en el BOE nº 119, de 19/05/2021.

64 Cuyo texto está disponible en la web <https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/Acuerdo-por-una-Transición-Energética-Justa-para-las-centrales-térmicas-en-cierre.aspx>, último acceso a fecha de 24/12/2023.

65 Juan Escribano Gutiérrez “Diálogo social y nuevo pacto verde...”, op.cit.

entre ENDESA y los propietarios de las centrales nucleares españolas, se pone de manifiesto que el cierre se programa en exclusiva por las empresas propietarias y la empresa pública, a pesar de que las consecuencias socio-laborales de tales cierres pueden ser, incluso, más importantes⁶⁶ que la de otros sectores implicados por los procesos de transición. No solo por el número de puestos de trabajo que se pierden, sino, especialmente, por el número que se crea para atender al desmantelamiento y posterior tratamiento de residuos y de las zonas de almacenamiento.

Finalizamos este apartado con la referencia al sector de las cementeras. Su I Acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección de medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español fue suscrito por la patronal del sector y las organizaciones sindicales más representativas en el año 2011, si bien posteriormente ha sido renovado para los años 2014 y 2017, manteniendo en toda esta trayectoria temporal idéntica idiosincrasia. De entre los más destacables, recuperamos aquí la referencia a su naturaleza jurídica, a la creación de la figura del delegado de medioambiente y al derecho de participación de los trabajadores en la toma de decisiones relacionadas con la transición energética. Respecto de la primera cuestión, las partes firmantes lo incardinan entre los acuerdos contemplados en el art. 83.3 ET. Es decir, le otorgan eficacia de convenios colectivo, delegando en las representaciones autonómicas la opción de determinar “los criterios específicos sobre aspectos medioambientales tendentes a posibilitar la eficacia práctica del acuerdo” -ex art. 18-. Por otra parte, al delegado de medioambiente se le reconoce un crédito horario para poder llevar a cabo sus funciones, se le garantiza el acceso a los medios necesarios y a la formación requerida para el ejercicio de las mismas. Finalmente, en cuanto al grado de participación de los trabajadores respecto de acciones vinculadas con la transición justa, ha de subrayarse que en absoluto está prevista, lo cual redundan en la debilidad del acuerdo. Los trabajadores solo tienen derecho a ser informados, pero no pueden participar o intervenir en la adopción de decisiones relacionadas con la transición energética.

Planteado de esta forma el contexto nacional, corresponde presentar de seguida los hallazgos relacionados con la intervención autonómica. En este sentido hemos de avanzar que, hasta el día en que se elabora este estudio, la investigación desarrollada en el seno del proyecto se ha limitado a aquellas regiones que han sido destinatarias de Convenios de Transición Justa, de manera que, en los meses venideros sí estaremos en condiciones de ofrecer unos resultados pormenorizados y generales para el resto de Autonomías.

66 Estas conclusiones son las que se presentan en el Informe “La energía nuclear en la transición energética” publicado por el Instituto Español de Estudios Estratégicos en el Documento de Análisis nº 66/2023, disponible en la web https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2023/DIEEEA66_2023_CAYLOP_Energia.pdf, último acceso a fecha de 24/12/2023.

3.4. La contribución autonómica a la transición energética justa

En los meses destinados a conocer cómo se ha implementado por las CC.AA. la Estrategia de transición justa, solo hemos tenido oportunidad de abundar en los distintos Convenios que al efecto han sido aprobados, siendo estos que siguen los resultados constatados.

En Andalucía se han adoptado medidas tendentes a conocer qué empresas pudieran estar afectadas por la transición⁶⁷, y a ordenar tanto el “Programa de Transición Justa en Andalucía”⁶⁸ como el “Plan Territorial de Transición Justa para la provincia de Almería”⁶⁹. En concreto, el Programa se asienta en tres pilares -que nada tienen que ver con el empleo o las políticas sociales para trabajadores vulnerables-, y planes específicos de formación y acreditación para ayudar al reciclaje profesional y la reincorporación al sector industrial de los trabajadores afectados por el cierre de las plantas, así como para preparar a otras personas para los desafíos que plantea la transición ecológica y digital de la industria en los territorios de transición justa. El desarrollo de estas actuaciones está previsto en el segundo semestre de 2023, sin embargo no se ha podido recabar ulterior información al respecto.

En Aragón, los Planes MINER⁷⁰ y, en concreto, el actualmente en vigor Plan MINER 2019-2027⁷¹ se asienta el Acuerdo Marco para una Transición Justa de la Minería del Carbón y el desarrollo Sostenible de las Comarcas Mineras para el período 2019-2027. De ahí que las medidas que al respecto se regulen sean una copia literal de las previsiones allí contenidas. Nos referimos a la creación de una bolsa de empleo para trabajadores afectados por los cierres en la minería y trabajadores de las subcontratas vinculadas; a la elaboración de un plan de restauración que contrataría de forma prioritaria a estos dos colectivos de trabajadores y el establecimiento de una batería de ayudas sociales que asumiría

67 Se trata del programa denominado “Manifestaciones de interés para grandes empresas” y está disponible a través de la web <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/industriaenergiayminas/areas/industria/promocion-industrial/paginas/fondo-transicion-justa.html>, último acceso a fecha de 22/12/2023.

68 Información escasa, pero disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/consejo/sesion/detalle/247475.html>, último acceso a fecha de 22/12/2023.

69 Disponible a través de la web <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/industriaenergiayminas/servicios/actualidad/noticias/detalle/280102.html>, último acceso a fecha de 22/12/2023.

70 Disponibles a través de la web <https://www.aragon.es/-/transicion-justa-de-las-comarcas-mineras-y-planos-miner-3>, último acceso a fecha de 22/12/2023.

71 Aprobado a través del RD-ley 25/2018, de 21 de diciembre de medidas urgentes para una transición justa de la minería del carbón y el desarrollo sostenible de las comarcas mineras (BOE nº 308, de 22/12/2018).

los costes laborales en supuestos de bajas indemnizadas⁷² y para el colectivo de trabajadores en edad avanzada⁷³.

En Asturias existe la Estrategia de Transición Energética⁷⁴ que con base en el Acuerdo Marco citado para el caso aragonés y aprovechando las medidas allí contenidas, propone como sectores destinatarios de mano de obra procedente de la transición, el ganadero y el agro-forestal. De esta forma se quiere generar nuevos yacimientos de empleo que fortalezcan los sectores primarios y olvidados, pero no por ellos menos necesitados de nuevos trabajadores. La propuesta consiste, pues, en poner en marcha mecanismos de financiación para el sector primario, fomentar las acciones colectivas y cooperativas, promocionar el pastoreo tradicional a través de primas o compensaciones para los ganaderos, fomentar la agricultura y la ganadería ecológicas, potenciar los canales cortos de comercialización y las inversiones públicas para la mejora de las TIC, las infraestructuras de transporte, la extensión de actividades de formación, puesta en marcha de campañas de asesoramiento comercial, etc., el turismo rural y la fabricación aditiva -impresión 3D-.

En Castilla y León también es de aplicación el Acuerdo Marco para una Transición Justa de la Minería del Carbón y, con base en este se ha aprobado el II Acuerdo del Diálogo Social para promover en Castilla y León una Transición Justa frente al cambio climático 2021-2023⁷⁵. A pesar de que está en vigor el acuerdo, no se mencionan en él medidas concretas, solo la transversalidad de la garantía del empleo para los colectivos afectados por la transición energética.

En Castilla La Mancha se ha aprobado el Pacto por la Reactivación Económica y el Empleo 2021-2024 en algunas de cuyas medidas se prevén políticas activas para revitalizar el empleo en los nuevos sectores verdes. Sin embargo hemos encontrado dificultades en el acceso a estos documentos y estamos a la espera de su facilitación por los organismos competentes.

72 Las bajas indemnizadas han de ser de carácter voluntario, exigiéndoseles en este caso un año de antigüedad en la empresa y una cotización mínima en el Régimen Especial de Minería del Carbón de tres años y siempre que no tengan edad o cumplan las condiciones para acceder a la jubilación.

73 A estos trabajadores se les exige contrato indefinido, ser mayores de 48 años de edad como mínimo o poseer 25 años de cotización en el Régimen Especial de la Minería del Carbón o 20 años trabajados en empresas mencionadas con una antigüedad en la empresa de 3 años como mínimo.

74 Disponible a través de la web https://transparencia.asturias.es/documents/291579/1128614/2021_09_23_estrategia_energetica_justa_con_alegaciones.pdf/2ce81380-300e-a451-5893-af2944c85ff6?t=1632399710944, último acceso a fecha de 22/12/2023.

75 Disponible a través de la web <https://dialogosocial.jcyl.es/web/jcyl/DialogoSocial/es/Plantilla100Detalle/1284192819287/Noticia/1285100918317/Comunicacion>, último acceso a fecha de 22/12/2023.

Finalmente, para el caso de las Islas Baleares ha sido aprobada la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética⁷⁶ -cuya última actualización está en proceso-. Dispone en el artículo 78 que la Autonomía desarrollará políticas activas para favorecer la reconversión de puestos de trabajo asociados a sistemas energéticos afectados por la transición energética. En este sentido, y a pesar de que en su DF 4ª dispone que en dos años desde su publicación -la de la Ley 10/2019- se desarrollaría el artículo 78 apenas referido, no hay constancia de que tal desarrollo se haya producido. Por tanto, igual que sucedía para el caso de Castilla La Mancha, esperamos tal información nos sea facilitada en breve.

La revisión, pues, de los instrumentos apenas referidos y, aun estando incompletos algunos de ellos, nos permitiría inferir que, cuando descendemos al nivel autonómico de implantación de la Estrategia de transición justa, nos enfrentamos a un universo dispar y multiforme de actuaciones que dificulta no solo su seguimiento sino su propio conocimiento. Lo cual resulta pernicioso para conocer, de forma eficiente y eficaz, dónde y cuáles son los nichos de empleo. Una información esta a todas luces relevante en un país que ya parte con importantes cifras de desempleo, las cuales se verán grandemente incrementadas cuando la descarbonización sea una realidad para todos los sectores de producción. La ausencia, además, de orientaciones claras al respecto de conceptos clave como la participación de los sectores y sujetos interesados, del concepto de vulnerabilidad y de los indicadores que lo configuran aumenta más, si cabe, la dispersión y los visos de fracaso del alcanzar una transición energética justa en España.

IV. Conclusiones

La transición justa como idea clave para liderar el cambio de modelo productivo hacia uno más respetuoso con el medio ambiente y el ser humano no es nueva. Lejos de lo que pudiera pensarse ya ha sido puesta en práctica y con resultados exitosos, si bien es cierto que en una etapa histórica distinta, pero con idénticos principio informador y finalidad, esto es, repartir entre la sociedad en su conjunto el riesgo social que supone armonizar la sostenibilidad del mercado con la sostenibilidad socio-laboral. En aquella ocasión, la transición justa se construyó sobre tres bloques de actuaciones, a saber, el sostenimiento del empleo, de la formación y de las protección social de los colectivos de ciudadanos afectados por la transición.

En este sentido, desde instancias supranacionales, entiéndase la ONU, la OIT y la UE, coinciden en rescatar aquella idea, subrayando que la realidad de cada país exige adaptar la transición a su propia idiosincrasia. De ahí la relevancia que se otorga al diálogo social para construir y aplicar una transición energética

76 BOIB nº 27, de 02/03/2019 y BOE nº 89, de 13/04/2019.

que se quiera justa, siendo entendido este diálogo en términos informales y como apertura de oportunidades de participación, de manera que quede ampliado a toda la sociedad, no solo, por tanto a los interlocutores sociales y a los poderes públicos.

En estas propuestas, sin embargo, se descuida el concepto de vulnerabilidad a pesar de que se presenta como clave para diseñar las estrategias transicionales. La no mención expresa de cuáles hayan de ser los indicadores que permitan evaluar una situación o colectivo o sector de producción como vulnerable no obsta que se hayan planteado opciones por nuestra parte, las cuales pasan por presentar como posibles indicadores desde la perspectiva socio-laboral, los cinco pilares sobre los que, según la OIT, debiera asentarse toda transición energética que se quiera justa; a saber, los derechos de los trabajadores, el trabajo decente, la protección social, el diálogo social y la sostenibilidad empresarial. Estos cinco aspectos, entendemos, habrían de valorarse en cada país y por cada sector productivo afectado para determinar si los procesos de cambio o transición energética apuntan hacia la justicia como punto de partida, resultado final y actuación transversal; de manera que serán más vulnerables aquellos colectivos y sectores productivos en que uno, varios o ninguno de estos cinco aspectos puedan ser garantizados.

En la medida en que las orientaciones supranacionales están necesitadas de concreción a nivel estatal, al descender a este ámbito podemos concluir que, al menos, para el caso español el diálogo social y el concepto de vulnerabilidad -en tanto que conceptos esenciales pero a la vez debilidades constatadas en instancias internacionales- no han sido colmados. En la Estrategia española, así como en los instrumentos que la implementan a nivel nacional y autonómico ambos elementos son omitidos o poco empleados lo cual provoca como resultado unos Convenios de transición justa y unos acuerdos de transición energética dispares, desacompanados y descoordinados. Lo cual redundará en un previsible fracaso de alcanzar una transición energética justa en España.

V. Bibliografía

- Blázquez Agudo, Eva María: “Marco Genérico de la Transición Justa. ¿Hacia dónde caminamos en el ámbito del empleo”. En *Transición Justa desde la Perspectiva de Género*. Dirigido por Eva María Blázquez Agudo y Elisa Sierra Hernáiz, 39-62. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2022.
- Canalda Criado, Sergio: “Transición socialmente justa y procesos de reestructuración empresarial en clave verde”, *Documentación Laboral*, nº 128, Vol. I (2023): 102-125.
- Escribano Gutiérrez, Juan: “Derechos de los trabajadores ante las órdenes empresariales medioambientalmente injustas”, *Revista de Derecho Social*, nº 78 (2017): 15-45.

- “Diálogo social y nuevo pacto verde: la libertad de empresa como límite”, *Revista de Derecho Social*, nº 98 (2022): 1-12.
- Fernández-Espinar López, Luis Carlos: “La transición energética justa para las centrales térmicas del carbón en el contexto del marco normativo de aplicación y el Acuerdo de 24 de marzo de 2021”, *Actualidad Jurídica Ambiental* nº 112, Sección Comentarios, 17 de mayo (2021): 34-57.
- García Delgado, José Luis: “Agenda 2030 de desarrollo sostenible: Su incidencia en la protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 30 (2022): 45-82.
- Martín-Pozuelo López, Ángela: “La necesaria participación activa de las personas trabajadoras en la lucha contra el cambio climático”, *Noticias CIELO*, nº 2 (2023), recuperado de https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/03/martinpozuelo_noticias_cielo_n2_2023.pdf, último acceso a fecha de 24/12/2023.
- Mazzocchi, Anthony: “Por qué necesitamos una transición justa para evitar el conflicto entre medio ambiente y empleo”. En *Trabajar sin destruir. Trabajadores, sindicatos y ecologismo*. Editado por Jorge Riechmann y Francisco Fernández Buey, 345-354. Ediciones HOAC: Madrid, 1998.
- Merino Martos, Azahara: “La incipiente transición energética justa en España”, *Noticias CIELO*, nº 2, (2023) recuperado de https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/02/merino_noticias_cielo_n2_2023.pdf, último acceso a fecha de 23/12/2023.
- Miñarro Yanini, Margarita: “Instrumentos laborales de flexibilidad interna al servicio (también) de la transición ecológica justa”, *Noticias CIELO*, nº 2 (2023) recuperado de https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/02/minarro_noticias_cielo_n2_2023.pdf, último acceso a fecha de 23/12/2023.
- Nieto Sáinz, Joaquín; Sánchez, Ana Belén y Lobato, Julia: Transición Justa: “La Dimensión Sociolaboral del Cambio Climático”, recuperado de https://www.funcas.es/wp-content/uploads/Migracion/Articulos/FUNCAS_PEE/163art11.pdf, último acceso a fecha de 23/12/2023.
- Quintero Lima, María Gema: “Una Introducción: La Transición Justa en el contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible”. En *Transición Justa desde la Perspectiva de Género*. Dirigido por Eva María Blázquez Agudo y Elisa Sierra Hernáiz, 19-38. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2022.

- Rivera Albarracín, Lennys: “Necesidad de una transición energética justa con las personas y la naturaleza: una mirada a la transición energética europea”, Documentos de Trabajo, nº 4, 2022, recuperado de https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2022/10/DT_FC_OXFAM4.pdf, último acceso a fecha de 23/12/2023.
- San Martín Rodríguez, Álvaro: “Capítulo VII. La Seguridad Social como pilar esencial para la Transición Justa: la salida de los trabajadores más perjudicados”. En *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 611-618. Murcia: Ediciones Laborum, 2021.
- Villar Cañada, Isabel María: “El concepto de industria 5.0, emergencia climática y sistemas de protección social”, *Documentación Laboral*, nº 128, Vol. I (2023): 83-101.

LEY 31/1995 DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: LA IMPERIOSA NECESIDAD DE UNA REFORMA ACORDE A LAS RELACIONES LABORALES ACTUALES

JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA

*Contratado Predoctoral FPU
Dpto. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

Resumen:

La prevención de riesgos laborales es una materia incardinada dentro de la disciplina del Derecho del Trabajo, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con otras disposiciones afectas a esta disciplina, su regulación se caracteriza por la reactividad del legislador para adaptarla a los constantes cambios que se producen en las relaciones laborales. Y prueba de ello, es que la vigente Ley de Prevención necesita de forma imperiosa una profunda transformación de su cuerpo normativo con el objeto de regular diferentes cuestiones de conformidad a las nuevas realidades productivas, las cuales, hasta este momento se han tratado de forma laxa. De igual modo, la refundición de un nuevo texto que aúne la excesiva dispersión legislativa es otra cuestión que se considera ineludible en aras de conseguir una normativa exenta de ambigüedades, y con ello, evitar interpretaciones erróneas.

Pero al margen de estas cuestiones novatorias de índole legal, otro de los aspectos que requiere una importante actualización es la referida a la cultura preventiva, la cual, debe fomentar la protección efectiva de los trabajadores en detrimento de un mero cumplimiento formal de la norma.

Palabras clave:

Prevención; seguridad; riesgo; tecnología; reforma

I. Planteamiento Introductorio

La seguridad e higiene en el trabajo ha sido y es una preocupación constante de las distintas Administraciones del Estado puesto que la realidad económica y social en constante transformación y evolución incide directamente en las condiciones de trabajo. De igual modo, el avance de la tecnología, su incorporación definitiva al trabajo, la paulatina sustitución del personal laboral por herramientas cada vez más sofisticadas y especializadas, conlleva la instauración de nuevos riesgos profesionales en la prestación laboral. Es por ello por lo que trabajo y riesgo profesional forman un binomio indisoluble en el desarrollo de la relación laboral.

Desde la entrada en vigor de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)¹ y sus posteriores modificaciones, muy especialmente las introducidas por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre², se estableció una nueva concepción y enfoque sobre las actividades de las empresas e instituciones en materia de seguridad y salud laboral que ha supuesto, en la mayoría de los casos, un importante avance tanto en las instituciones públicas como privadas.

En este contexto, la aplicación de dicha Ley supuso la implantación efectiva de una cultura preventiva en todos los niveles de las empresas e instituciones tendente a garantizar una mejora continua de las condiciones de trabajo existentes en las mismas, con el fin de evitar o, en caso de que lo anterior no fuera posible, de evaluar, minimizar y controlar los riesgos existentes para la seguridad y la salud del personal derivado de sus actividades.

Esta norma, fundamentada en el mandato constitucional que hace referencia a la salud como un derecho de todos los españoles, y por correlación, haciéndolo expansivo al ámbito laboral encomienda a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo, asimismo, este precepto viene a cumplir con el mandato de la Unión Europea (en adelante, UE) en cuanto a la creación de un marco adecuado en el que se desarrollen distintas acciones preventivas en el entorno laboral en coherencia con las normas de la propia Unión³.

De igual forma, con la promulgación de esta Ley se daban por cumplidos algunos compromisos ratificados por España con organismos internacionales, como es el caso del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo

1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. «BOE» núm. 269, de 10/11/1995.

2 Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. «BOE» núm. 298, de 13 de diciembre de 2003.

3 La LPRL deviene de la trasposición a la normativa española de la Directiva Comunitaria 89/391/CEE. Dicha norma imponía de plazo para su trasposición al ordenamiento jurídico de los Estados miembros hasta finales de 1992, plazo que España sobrepasó ampliamente, lo que evidencia la dificultad que esta tarea supuso para el legislador español.

(en adelante, OIT) sobre Seguridad y Salud de los trabajadores y medio ambiente laboral⁴.

Asimismo, con esta Ley se pretendía dotar de los instrumentos jurídicos necesarios para conseguir la mejora de las condiciones de trabajo y elevar la protección de la salud y seguridad de los trabajadores. Sin embargo, es significativo que esta norma renunciase de forma intencionada la acción restauradora por una actuación preventista, situándose en las fases previas a la materialización del daño⁵. Es decir, con esta Ley nos situamos en una perspectiva interpretativa de los riesgos laborales, puesto que se pasa de una cultura reactiva basada en la subsanación del riesgo por temor a sufrir algún tipo de sanción, a un enfoque preventivo proactivo⁶. De ahí que, al considerarse una ley que se centra en la prevención, no sólo despliega obligaciones, sino que pretende transformarse en una herramienta de fomento de la cultura preventiva en el mundo laboral.

Sin embargo, la ley no ha producido los efectos deseados al demostrarse en la práctica su cumplimiento desde una óptica meramente formal en vez de material⁷, debido entre otras causas, a que contiene una serie de preceptos de notoria ambigüedad, lo que supone un difícil ajuste en su control jurídico, lo que ha conllevado a una evidente enervación de esta norma y a una constante enmienda de su articulado.

Aunque esta Ley supuso un hito en la seguridad y salud en el trabajo, en la actualidad existen nuevos paradigmas laborales que precisan de un desarrollo novatorio en lo concerniente a las políticas de salud laboral en España, las cuales deben dar respuesta a los nuevos modelos productivos, económicos y sociales.

II. Breve reseña sobre la evolución histórica de la prevención de riesgos laborales

Para comenzar, es preciso situar los inicios del Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales en paralelo a la historia del Derecho del Trabajo, puesto que las primeras leyes obreras dieron lugar a un originario marco jurídico en materia de seguridad en el trabajo.

4 Instrumento de Ratificación del Convenio número 155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981. “BOE” núm. 270, de 11 de noviembre de 1985.

5 Josefa Romeral Hernández, “El delegado de prevención: problemas prácticos”. *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, nº 59, (2009): 24-29.

6 José Luis Monereo y Cristóbal Molina, “Las razones de la Ley: ¿qué fue de la “cultura de la Prevención?””, *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Coords. José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida, (Granada: Comares, 2004), 9.

7 Rafael Castañeda Sánchez, “¿Reforma el marco normativo de prevención de riesgos laborales la nueva Ley 54/2003?” *Revista de Obras Públicas*, 3.455, (2005): 21-30.

Pero al margen de esta circunstancia, podemos situar la génesis de la prevención de riesgos laborales en España en el último tercio del siglo XIX con la creación en 1882 de la Sociedad Española de Higiene, así como, de la Comisión de Reformas Sociales en 1883, primer organismo oficial dedicado al estudio de los problemas obreros⁸, apremiadas fundamentalmente por la elevada siniestralidad laboral presente en determinadas actividades productivas. Esta contingencia estaba auspiciada fundamentalmente por la modificación de los procesos productivos derivados de la revolución industrial, el incremento de la producción y la ampliación de los mercados. Asimismo, este nuevo paradigma conllevaba aparejada de forma imperiosa la demanda de mano de obra, la cual, carecía en la mayoría de los casos de una formación acorde a las exigencias empresariales, y, por ende, predispuesta a sufrir accidentes, por lo que fue necesario articular mecanismos preventivos que aminorasen dicha eventualidad. Por estos motivos, se inició el dictado de una legislación protectora de la clase trabajadora como consecuencia de la intervención del Estado en la cuestión social⁹.

Pero en un principio, esta necesaria normatividad protectora no gozaba de un ámbito de aplicación general, puesto que las primeras normas que se publicaron en materia de prevención frente a los riesgos laborales estaban limitadas a la protección de los considerados colectivos más débiles como eran las mujeres y los niños, siendo únicamente aplicadas a los varones en las actividades denominadas de extrema peligrosidad.

En este sentido, se publicó la Ley de 24 de julio de 1873, la cual, es conocida como Ley Benot¹⁰. Esta disposición es considerada como la primera en materia de prevención de riesgos laborales, puesto que protegía a los trabajadores de las pésimas condiciones laborales existentes, en especial a mujeres y menores de edad¹¹. Sin embargo, esta disposición se caracterizó por su nula aplicación por parte de la patronal por dos cuestiones principales, por una parte, por el desconocimiento de esta, y por otra, por los precarios medios existentes en ese momento¹².

8 RD de 5/12/1883. Gaceta de Madrid de 10/12/1883. n.º 344.

9 Alfredo Montoya, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, (Madrid: Civitas, 1992), 40.

10 Ley sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes (Sesión del 24 de julio de 1873), n.º 48, apéndice 3º. Esta norma fue conocida con este sobrenombre al ser promovida por el Ministro de Fomento D. Eduardo Benot Rodríguez.

11 Esta ley en su artículo noveno indicaba que no se podría poner en funcionamiento ninguna fábrica, taller o mina que no reuniera las condiciones mínimas no solo de sanidad y salubridad, sino también de seguridad a la hora de que los obreros y operarios desarrollaran su trabajo.

12 Leandro Martínez Peñas, "Los inicios de la legislación laboral española: La Ley Benot". *Revista Aquitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, N.º. 1, (2011): 25-70.

En esta misma línea proteccionista de los denominados colectivos débiles, se dictó la Ley de 26 de julio de 1878¹³, la cual, fue sustituida por la Ley de 13 de marzo de 1900, donde se instaba a la protección de los trabajadores menores de edad en determinadas profesiones¹⁴.

No obstante, aunque las normas promulgadas hasta la fecha suponían un importante avance en las condiciones de vida y trabajo de la clase obrera, no fue hasta la aprobación de la Ley de 30 de marzo de 1900¹⁵, la cual fue desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto de 28 de julio de 1900¹⁶, cuando se inicia una colección legislativa en materia de seguridad y salud laboral.

Con la entrada en vigor de esta norma, la cual, es considerada como la precursora de la conceptualización de determinados conceptos jurídicos que se han mantenido en posteriores legislaciones hasta la actualidad¹⁷, se articularon una serie de importantes medidas entre las que podemos destacar, la obligación legal exigible a todos los patronos de velar por la seguridad de sus empleados, haciéndolos responsables de los accidentes que pudiesen sufrir los mismos, cuestión ésta que nuestro ordenamiento jurídico no preveía con anterioridad debido a que los accidentes de trabajo se consideraban fortuitos, y por ende, carentes de negligencia o culpa por parte del empresario¹⁸.

De igual modo, ofrecía la potestad a los empresarios de contratar seguros privados de forma voluntaria para cubrir las compensaciones y gastos médicos de los trabajadores accidentados, sin embargo, esta facultad empresarial se convertía de forma tácita en una obligación para las empresas al establecer de facto la norma la responsabilidad de los accidentes y el posterior resarcimiento del daño a las mismas, coyuntura esta que con el paso del tiempo dará lugar al reconocimiento

13 Como particularidad, esta norma prohibía que los menores de dieciséis años actuasen en determinados espectáculos denominados peligrosos, excepto si el menor era descendiente del empresario, tal como exponía su artículo segundo *“Los que, ejerciendo las profesiones de acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circos u otras análogas, empleen en las representaciones de esa especie niños o niñas menores de diez y seis años que no sean hijos o descendientes suyos”*.

14 Recuérdese que las Leyes de 24 de julio de 1873 y de 26 de julio de 1878 iban dirigidas a la protección de las mujeres y de los menores, al igual que la Ley de 30 de marzo de 1900. Estos colectivos también son objeto de una previsión específica en la actual norma básica que regula la seguridad y la salud de los trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en la que se dedican varios preceptos, concretamente, los artículos 26 y 27.

15 Ley de Accidentes del Trabajo de 30 de enero de 1900. Gaceta de Madrid, 31 de enero.

16 RD de 28/07/1900. Gaceta de Madrid de 30/07/1900. nº 211.

17 Esta Ley hace una primera definición de accidente de trabajo refiriéndolo *“como toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por circunstancia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”*.

18 Guillermo García González, “Los inicios de la previsión social en España: responsabilidad patronal y seguro de accidentes en la ley de accidentes del trabajo de 1900”. *Lex Social*, vol. 5, núm. 2. (2015):5.

legal de la obligatoriedad del seguro de accidentes de trabajo¹⁹. También, supuso la instauración de una administración laboral cuyo cometido fuese vigilar, controlar y penalizar el incumplimiento de la normativa, lo que a la postre dará como resultado la creación de la actual Inspección de Trabajo y Seguridad Social²⁰.

Posteriormente, se aprobó la Ley de 10 de enero de 1922²¹, la cual, reformaba la anterior de 1900, aunque de forma incomprensible no constaba en su preámbulo los motivos que promovían dicha modificación, por lo que, se trataba de una norma continuista que mejoraba algunas disposiciones anteriores, en especial la de accidentes de trabajo de 1900, por cuanto reconocía la inclusión de los trabajadores extranjeros dentro del ámbito protector de la ley, asimismo, incorporaba la imprudencia profesional entre los riesgos atribuibles al empresario, aumentaba el importe de las indemnizaciones por accidentes de trabajo y ofrecía la potestad al obrero de actuar de forma simultánea tanto contra el patrono, como contra la compañía aseguradora que tuviese contratada el mismo para resarcir los costes económicos derivados de los accidentes laborales, sin embargo, estas nuevas prerrogativas no eran de aplicación sobre los accidentes acaecidos antes de su entrada en vigor al no contener ninguna disposición que le otorgase efecto retroactivo²².

Continuando con el análisis histórico de las normas más importantes en materia de prevención de riesgos laborales, la finalización de la guerra civil española trajo consigo la implantación de un nuevo modelo de Estado autoritario caracterizado por un férreo intervencionismo normativo en materia de relaciones laborales, lo que a la postre dará como resultado una profusa normativa en materia de seguridad e higiene²³, siendo una de las más relevantes la Orden de 31 de enero de 1940²⁴ por el que se aprueba el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el cual, es considerado como el primer cuerpo jurídico que da coherencia sistémica a la prevención de riesgos laborales al ser de aplicación a toda clases de trabajos incardinados en la legislación de accidentes de trabajo, sin perjuicio de

19 Mariano Ucelay, *Previsión y seguros sociales*, (Madrid, Gráficas González. 1955), 205.

20 La Inspección de Trabajo nace en nuestro país a principios del siglo XX como uno de los frutos más importantes del Instituto de Reformas Sociales, aprobándose su primer reglamento regulador por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906.

21 Ley reformada relativa a los accidentes del trabajo de 10 de enero de 1922, Gaceta de Madrid de 11/01/1922. nº 11.

22 Rafael García, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo: 1902-1934*, (Madrid: Sucesores de M. Minuesa de los Ríos, 1935).

23 Manuel García, *Manual de Derecho del Trabajo*, (Barcelona, Ariel Derecho). 1990.

24 Orden aprobando el Reglamento general de Seguridad e Higiene en el Trabajo. «Boletín Oficial del Estado» núm. 34, de 3 de febrero de 1940.

la específica normativa que se pudiera dictar en relación a aquellas actividades especialmente peligrosas²⁵.

Otra de las disposiciones que entendemos necesario exponer en este estudio por su importancia, es la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprobaba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo²⁶, la cual derogaba la anterior reglamentación de 1940. Esta norma, basaba su fundamentación en la alta siniestralidad provocada por la introducción de nuevas técnicas y métodos de trabajo. De igual modo, impulsaba la reordenación de las facultades y funciones de la Inspección de Trabajo. Tal ha sido la transcendencia de esta norma, que parte de esta ha estado vigente hace pocas fechas, cuestión ésta que ha provocado pronunciamientos judiciales contradictorios sobre su validez.

III. Marco normativo de la prevención de riesgos laborales

1. La necesidad de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre

Como se ha indicado en la introducción de este estudio, la entrada en vigor de la actual LPRL deviene motivada por varias cuestiones, entre las que cabe destacar la necesidad de dar cumplimiento al mandato constitucional de crear un marco de protección de la salud de los trabajadores. Por esta razón, y tal como se detalla en la exposición de motivos de la referida norma, el artículo 40.2 de la Constitución Española (en adelante, CE), encarga a los poderes públicos la reglamentación de distintas políticas que garanticen la formación de los trabajadores, la seguridad e higiene en el trabajo, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados, lo que conlleva la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo.

Pero, aunque este artículo de la Carta Magna se puede considerar como el único que hace referencia directa a la prevención de riesgos laborales, por cuanto alude a los trabajadores de forma expresa, hay otros que de forma indirecta también son encuadrables dentro de esta consideración puesto que velan por la protección de la salud del ciudadano, y por ende, del trabajador, como es el caso del artículo 43 CE incardinado dentro los principios rectores de la política social y económica, el cual reconoce el derecho a la salud que poseen todos los ciudadanos, por lo que debe ser aplicado en las relaciones laborales.

De igual modo, el artículo 15 CE configurado como un derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de las personas, es también ejercitable

25 Guillermo García González, "Seguridad e higiene en el trabajo durante el primer franquismo: estructuras jurídicas e institucionales". *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, (2017): 123-143.

26 Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. «BOE» núm. 64, de 16 de marzo de 1971.

por los trabajadores en el desarrollo de su trabajo, convirtiéndose *a priori* en un derecho fundamental inespecífico, por cuanto no dimana de la relación laboral, sino que, al ser inherente a la persona prevalece a esta, tal como señala el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en varias de sus sentencias²⁷. Sin embargo, parte de la doctrina²⁸ no estima la salud laboral como un derecho fundamental al considerar que, aunque un determinado derecho regulado en una norma ordinaria pueda fundamentarse en un derecho fundamental, su regulación no constituye el desarrollo de la norma constitucional²⁹.

Por otra parte, otra de las razones que justifican esta Ley, era la apremiante necesidad de adecuar las Directivas dictadas por la UE en la materia a la legislación nacional, puesto que debido a una incomprensible displicencia del legislador español se habían sobrepasado de manera notable los plazos para su trasposición³⁰, lo cual ocurrió a partir 1996 tras una denuncia de la Comisión contra España por sus continuos incumplimientos en el asunto³¹.

En referencia a la distinta normativa promulgada por la UE, la doctrina la divide en varias etapas en atención de los distintos instrumentos utilizados para su regulación y sus características principales³², de ahí que una primera etapa comience en el año 1962 con la entrada en vigor de la Recomendación sobre

27 El Alto Tribunal en su Sentencia 88/1985, de 19 de junio, rec. 788/1984, indicaba que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”.

28 Entre la que se encuentra, Santiago González.: “La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución”, *Revista de Política Social*, núm. 121, (1979):199-226.

29 Bárbara Torres García, “El derecho a la salud y seguridad en el trabajo: su naturaleza de derecho fundamental en el ordenamiento español”, en *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*. coord. por Silvia Fernández Martínez, Tiago Pimenta Fernandes, Bárbara Torres García. (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2001), 663-690.

30 De forma particular, las Directivas Marco 89/391/CEE, de 19 de octubre de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la protección de la maternidad; 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991, relativa a la promoción de la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

31 Esta cuestión fue resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 1996, Asunto C-79/1995. Asimismo, España también fue condenada en otra ocasión por haber incumplido las obligaciones fijadas en la directiva europea sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los empleados de equipos de trabajo en el desarrollo de sus labores al no haber adoptado dentro del plazo señalado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a dicha norma europea.

32 Salas Franco en su obra “*Derecho de la prevención de riesgos laborales*”, 2020 Tirant lo Blanch 11ª Ed, hace una exhaustiva subdivisión de la normativa europea formada por ocho etapas.

las enfermedades profesionales³³ y finalice en 1989 con la Directiva relativa a la prohibición de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades³⁴ y otra segunda, tras la aprobación del Acta Único Europeo donde se incluye el instrumento más importante de la política comunitaria, la Directiva Marco de 1989³⁵, la cual, se considera el antecedente de la LPRL³⁶. En efecto, una de las novedades que presentaba dicha Directiva hacía referencia a la necesidad de incorporar la prevención en las actividades de las empresas, lo cual dio lugar a una extensa actividad legislativa desarrollada mediante directivas específicas sobre aspectos más técnicos y concretos.

De igual modo, tal como detalla la LPRL en su exposición de motivos, otra de las razones de esta norma es incorporar a nuestro ordenamiento los compromisos contraídos con la OIT y darles el rango legal adecuado. Una cuestión interesante sobre este asunto es que la OIT a diferencia de España reconoce el carácter de derecho fundamental de la seguridad y salud en el trabajo, y prueba de ello es la declaración que hace de los Convenios 155 y 187 como Convenios fundamentales³⁷, lo que supondría en el supuesto que España interpretarse estos Convenios en dicho sentido la aplicación directa del artículo 15 CE.

2. El difuso ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

Una de las principales novedades que incorporaba la LPRL era la extensa ampliación de su ámbito de aplicación constituido principalmente por las relaciones laborales por cuenta ajena³⁸, incluyendo al personal funcional y estatutario, a excepción de actividades profesionales concretas, por lo que a tenor del amplio elenco de trabajadores que quedan protegidos bajo el auspicio de esta norma se puede inferir que se trata de una norma universalista³⁹. Sin embargo,

33 Recomendación de la Comisión a los Estados miembros relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales. «DOCE» núm. 80, de 31 de agosto de 1962.

34 Directiva 88/364/CEE, de 9 de junio de 1989.

35 Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. «DOCE» núm. 183, de 29 de junio de 1989.

36 María Teresa Igartua, *Sistema de prevención de riesgos laborales*. (Madrid: Tecnos, 2023), 76-77.

37 Resolución adoptada por la Conferencia de la OIT en su 110ª reunión celebrada el 10 de junio de 2022.

38 También están incluidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley los socios trabajadores de las cooperativas, los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, así como, los trabajadores autónomos.

39 María Emilia Casas Baamonde, “Valoración general de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *La ley de prevención de riesgos laborales*, coord. por Ricardo Escudero Rodríguez, (Málaga, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1996), 15-44.

esta cuestión de universalidad que se promovía como novedosa, no puede ser considerada como tal, puesto que la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo extendía su ámbito de aplicación al del sistema de Seguridad Social. De esta manera, los funcionarios públicos protegidos por este sistema estaban amparados indirectamente por una norma que les garantizaba sus derechos a la seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, este mismo carácter generalista plantea algunas dificultades interpretativas en cuanto convierte el ámbito personal de aplicación de la Ley en una cuestión compleja.

En cuanto a su objeto, La LPRL tiene como principal pretensión promover la mejora de las condiciones de trabajo mediante la aplicación de medidas, así como, el desarrollo de distintas actividades necesarias para la prevención de los riesgos derivados del trabajo a través del fomento de una importante cultura preventiva, sustentada ésta en tres pilares esenciales. En primer lugar, la propia prevención de los riesgos, lo cual, se extiende más allá la protección o la reparación de los daños. En segundo lugar, estableciendo determinados niveles de responsabilidad de los distintos actores implicados en la relación laboral, y, en tercer lugar, la garantía de participación de los trabajadores en el diseño de las distintas medidas preventivas.

3. Ley 54/2003, de 12 de diciembre. La importante reforma del marco normativo de la LPRL

Aunque la entrada en vigor de la LPRL supuso un importantísimo avance en la materia, ésta presentaba una serie de deficiencias y problemas que debían ser corregidos debido tanto a la persistencia de la alta siniestralidad laboral, como a otros factores de índole interpretativo de la norma, tal como reconocía en su Exposición de Motivos la Ley 54/2003, de 12 de diciembre⁴⁰, *“El análisis de estos problemas pone de manifiesto, entre otras cuestiones, una deficiente incorporación del nuevo modelo de prevención y una falta de integración de la prevención en la empresa, que se evidencia en muchas ocasiones en el cumplimiento más formal que eficiente de la normativa. Se pone al mismo tiempo de manifiesto una falta de adecuación de la normativa de prevención de riesgos laborales a las nuevas formas de organización del trabajo, en especial en las diversas formas de subcontratación y en el sector de la construcción”*.

A tenor de la anteriormente expuesto, se puede inferir que estos problemas devenían principalmente por varias cuestiones fundamentales, en primer lugar, por su falta de operatividad como consecuencia de la ausencia de normas de desarrollo y los instrumentos materiales, presupuestarios y humanos necesarios para su puesta en práctica de forma eficaz, en segundo lugar, por la insuficiente aplicación por parte de las empresas de la originaria LPRL, la cual, se limitaba a un cumplimiento burocrático más que a uno efectivo, y en tercer lugar, la nula adecuación de la

40 Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. «BOE» núm. 298, de 13 de diciembre de 2003.

normativa a las nuevas formas de organización de las relaciones laborales. Por estos motivos, a los que había que añadir la alta siniestralidad se hacía necesario una reforma legislativa que contemplase distintas medidas que eliminasen, o al menos atenuasen estos problemas.

Por todo ello, se diseñó esta nueva norma con cuatro objetivos principales distribuidos en dos grandes bloques, por una parte, combatir de forma efectiva la siniestralidad laboral, así como, compeler al cumplimiento práctico de la norma, y de otra, mejorar el control del cumplimiento de la normativa, adecuando las normas sancionadoras y reforzando la función de vigilancia y control de la Inspección de Trabajo, e Integrar la prevención de riesgos laborales en la gestión empresarial, lo que supuso que para dar cumplimiento a estos objetivos se hizo necesario la modificación de dos normas nucleares en la materia, como era el caso de la propia LPRL⁴¹ y la LISOS⁴².

Esta reforma, la cual, fue consensuada por los agentes sociales y los poderes públicos y plasmada en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2002⁴³, considera que los mencionados objetivos son los que deben afianzarse para dar respuesta al índice tan elevado de siniestralidad laboral existente en nuestro país, así como, conseguir un mejor cumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral⁴⁴. Sin embargo, los contenidos de este Acuerdo no tuvieron su plena plasmación en la nueva Ley, puesto que el legislador se limitó a recoger algunas propuestas que incidían en la reforma, por un lado, de la LPRL y, por otro, de la LISOS, lo cual demuestra una visión reduccionista de este Acuerdo⁴⁵. Asimismo, se obviaron de forma íntegra los acuerdos alcanzados en materia de enfermedades profesionales, vigilancia de la salud y sistemas de información sanitaria.

De igual modo, este Acuerdo tampoco contó con un amplio reconocimiento por parte de las Cortes Generales, puesto que a la hora de la tramitación parlamentaria de la norma se presentaron una cantidad desmesurada de

41 Esta adecuación normativa conllevó la modificación total o parcial de los artículos 9, 14, 16, 23, 24, 31, 32 y 43 de la LPRL.

42 De igual modo, modificó los artículos 5, 39, 43, 50, 52 y 53 de la LISOS.

43 Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social sobre Prevención de Riesgos Laborales, entre el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y la Mediana Empresa, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores. Estas medidas fueron refrendadas posteriormente por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud de 29 de enero de 2003.

44 Carmen Carrero Domínguez, "La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales, una solución de retoque". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 73, (2004): 51-86.

45 Juan Gil Plana, "La seguridad y salud en el trabajo: reforma de su marco jurídico", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 53, (2004): 29-56.

enmiendas⁴⁶, lo cual, manifestaba el nivel de discrepancia en la materia entre el ejecutivo y el resto de los grupos parlamentarios⁴⁷.

Respecto a las novedades que presentaba esta Ley, resulta significativa la alusión que hace a la inclusión del deber del empresario de elaborar un plan de prevención de la empresa, dicho de otro modo, la obligación que impone de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa. Tal era la importancia de esta cuestión, que no solo modificó el artículo 16 de la LPRL, sino que también varió el título de este, además, de reformar de forma exhaustiva los apartados 1º y 2º de dicho artículo.

Esta nueva regulación del artículo 16, se caracteriza porque la implantación y aplicación del plan de prevención se configura como el instrumento para la integración de la prevención de riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa⁴⁸, que además, *“deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan”*.

En definitiva, con esta nueva reforma se pretendía corregir las deficiencias de la genérica Ley de prevención, sin embargo, debemos resaltar que se siguen observando importantes deficiencias en cuanto a la aplicación de su marco jurídico debido principalmente a que se continúa anteponiendo su cumplimiento formal a uno real y efectivo, por lo que entendemos que a pesar de los esfuerzos de las partes implicadas en la reforma de la LPRL efectuada por la Ley 54/2003, la misma sigue presentando importantes dudas interpretativas.

4. Otras fuentes referidas a la prevención de riesgos laborales y el profuso desarrollo reglamentario de la LPRL

Pero al margen de esta necesaria adecuación legislativa, otro aspecto importante que presenta la LPRL en cuanto a su marco normativo, es que tanto la misma como su reglamento de desarrollo tienen carácter de Derecho necesario mínimo, pudiendo ser mejoradas sus disposiciones por medio de los convenios colectivos por tratarse de una herramienta concededora de la idiosincrasia de cada

46 En este sentido, es interesante señalar que se presentaron 93 enmiendas en el Congreso de los Diputados y 59 enmiendas en el Senado. Asimismo, de la totalidad de enmiendas presentadas en el Congreso 30 iban dirigidas a introducir modificaciones en textos legales distintos a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

47 Resulta cuando menos llamativo que el grupo parlamentario del propio gobierno que impulsaba esta reforma presentase enmiendas a la Ley.

48 Carlos Domínguez Perejón, “Las nuevas obligaciones e infracciones tras la reforma del marco normativo de la ley de prevención de riesgos laborales”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 73, (2004): 87-110.

actividad. De igual modo, en nuestro ordenamiento jurídico existen otras normas que hacen referencia directa a la protección de la salud de los trabajadores y, por tanto, abarcan su desarrollo normativo.

En efecto, una de las disposiciones que hacen alusión a esta materia es el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)⁴⁹. Esta norma al igual que ocurrió con la LPRL estuvo motivada por el mandato constitucional contenido en el artículo 35.2 CE, donde establece que “*La ley regulará un Estatuto de los Trabajadores*”. Pues bien, en lo que atañe a la seguridad y salud de los trabajadores, el ET hace referencia a la misma a lo largo de su articulado por distintas cuestiones, siendo de especial relevancia el artículo 19 al ser específico sobre salud y seguridad en el trabajo en cuanto a derechos y obligaciones de las partes que conforman una relación laboral. De igual modo, resulta relevante lo contenido en el artículo 4.2.d) al reconocer el derecho que tienen los trabajadores a proteger su integridad física y a una política de prevención de riesgos.

En esta misma dirección, otras de las normas estrechamente ligada a la LPRL es la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS)⁵⁰, puesto que en el capítulo VII de la LPRL se regulaban las responsabilidades y sanciones que deben garantizar su cumplimiento, las cuales, actualmente están tipificadas en la LISOS y cuya sanción dependerá del tipo de infracción que se haya cometido.

En cuanto a su desarrollo reglamentario, la LPRL fue perfeccionada normativamente por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero⁵¹, el cual fue modificado posteriormente en varias ocasiones⁵², siendo la más importante por su trascendencia la dispuesta por el RD 604/2006, de 19 de mayo⁵³.

49 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.

50 Real Decreto Legislativo 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. «BOE» núm. 189, de 08/08/2000.

51 Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. «BOE» núm. 27, de 31/01/1997.

52 Orden Ministerial 27/06/1997 desarrolladora del RSP en relación con las condiciones de acreditación de las entidades especializadas como SPA, de autorización de las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del Sistema de Prevención de las empresas y de autorización de entidades públicas o privadas para desarrollar y certificar actividades formativas en prevención de riesgos laborales; Orden Ministerial 22/04/1997 regula el régimen de funcionamiento de la MATEPSS en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales; R.D. 780/1998, modifica el RSP D.F.2ª sobre su entrada en vigor y la D.A.5ª sobre convalidación de funciones y certificación de formación equivalente; RD.1161/2001, se establece el título de Técnico Superior PRL y las correspondientes enseñanza mínimas.

53 Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, y el Real

Llegados a este punto, estimamos conveniente hacer un breve inciso para exponer dos cuestiones interesantes sobre el RD 39/1997, de 17 de enero. La primera, referida a su entrada en vigor, la cual, se produjo con un notable retraso desde la publicación de la LPRL, y la segunda, respecto a la posibilidad que ofrecía de la externalización de la actividad preventiva, lo cual supuso que empresas privadas tomaran un importante protagonismo en la actividad preventiva, cuestión ésta que provocó una importante crítica desde determinados sindicatos⁵⁴

Pero al margen de esta acotación, la LPRL es complementada por un extenso número de disposiciones de carácter más específico y técnico que hacen referencia concreta a diferentes sectores de actividad. En este sentido, resulta llamativo la ingente cantidad de reglamentos que se han aprobado en la materia, la mayoría de ellos para trasponer las distintas Directivas, lo cual, ha supuesto una importante crítica por parte de la doctrina por cuanto no cumple con lo establecido en la propia norma de evitar la complejidad de fuentes reguladoras⁵⁵.

Abundando en este sentido, es importante señalar que el artículo 149.1.7 de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin embargo, el artículo 148.1.21 del mismo texto permite que una de las competencias que pueden ser asumidas por parte de las Comunidades Autónomas (en adelante, CC. AA), es en materia de seguridad e higiene. De ahí que, son varios los Estatutos de Autonomía que recogen de forma expresa la competencia plena sobre la legislación, reglamentación y ejecución en esta materia. De igual modo, la disposición adicional 12ª de la LPRL, obliga a dichos Organismos a velar por el cumplimiento de la normativa en prevención, realizar seguimientos a la misma, asesoramiento o promoción de la prevención, lo que da lugar a un reparto competencial en la materia. Por ello y dentro de su ámbito de competencias y cumpliendo con el mandato establecido en la propia LPRL, las CC. AA con el fin de alcanzar los objetivos previstos en la misma han desarrollado una normativa propia en la materia⁵⁶, lo cual, ha aumentado de forma notable la ya profusa legislación

Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. «BOE» núm. 127, de 29 de mayo de 2006

54 A este respecto, el sindicato Comisiones Obreras consideraba *“que las actividades de vigilancia de la salud no podían ejercerse por empresas privadas, por lo que es necesario un sistema público de vigilancia de la salud integrado en los servicios públicos sanitarios. Dotado de especialistas en medicina del trabajo, con criterio y con capacidad de decisión en la calificación del origen de las enfermedades y las alteraciones de salud”*.

55 En la actualidad, son más de cuarenta disposiciones las que desarrollan dichas Directivas a través de Reales Decretos y Órdenes Ministeriales a las que hay que sumar las que desarrollan cuestiones de menor rango normativo.

56 Entre otras, Decreto legislativo 1/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de política industrial.

Ley 6/2014, de 12 de septiembre, de Industria de Castilla y León. Decreto Legislativo 3/2013, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Texto Refundido de la

en la materia. De ahí que, se haya afirmado que *«el protagonismo adquirido por las Comunidades Autónomas a raíz de la aprobación en el año 2000 del Plan de choque con la puesta en marcha de los correspondientes planes autonómicos ha derivado en un desplazamiento del eje de la política de prevención de riesgos laborales hacia el ámbito autonómico y las iniciativas de carácter selectivo»*⁵⁷.

Finalmente, y a tenor de lo expuesto, se evidencia que son numerosas las fuentes que conforman la política preventiva con distinto rango normativo. En primer lugar, las que derivan de normas supranacionales como los Convenios de la OIT y el extenso elenco de Directivas comunitarias que abordan aspectos de la salud y seguridad en el trabajo⁵⁸, en segundo lugar, las dimanantes de nuestro ordenamiento interno, siendo la actual LPRL el principal precepto en la materia, así como otras disposiciones que gozan del mismo rango legal, como es el caso del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) o la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), en el tercer nivel se insertan las disposiciones de orden reglamentario, las cuales tienen entre sus principales objetivos la incorporación y desarrollo de las Directivas de la UE, y finalmente, los convenios colectivos.

IV. El superficial tratamiento de relevantes cuestiones de la LPRL

Tal como se ha venido detallando a lo largo de epígrafes anteriores, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales ha ido transformándose debido a la evolución de los cambios económicos, sociales e incluso políticos acaecidos desde finales del siglo XIX hasta el último cuarto del siglo XX. Pero esta transformación se caracterizaba durante todo este periodo por su extemporaneidad, puesto esta disciplina del Derecho no se desarrollaba de forma análoga a los cambios que se iban produciendo en las relaciones laborales.

Pues bien, tras ser aprobada la CE en 1978 nace un nuevo sistema político que lleva de suyo establecer un reformado marco de las relaciones laborales, lo cual suponía desarrollar un sistema eficaz de protección de los trabajadores frente a los

Ley de regulación y fomento de la actividad industrial de Aragón. Ley 10/2010, de 21 de octubre, de promoción de la seguridad y salud en el trabajo en Castilla-La Mancha. Ley 14/2007, de 30 de octubre, por la que se crea y regula el Instituto Gallego de Seguridad y Salud Laboral. Ley 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Ley 2/2004, de 28 de mayo, de creación del Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo. Ley 4/2004, de 30 de noviembre, del Instituto Asturiano de Prevención de Riesgos Laborales. Ley 8/2004, de 12 de noviembre, de Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, que aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía.

57 Consejo Económico y Social, “Memoria sobre la Situación Socioeconómica y Laboral de España del año 2001”, *Colección de Memorias*, núm. 9. (2002): 464.

58 Antonio Sempere y Miguel Cardenal, *Transposición de la Directiva Marco y Seguridad Laboral en diferentes países de Europa*, (Madrid: Fundación Mapfre, 2000).

riesgos laborales. Sin embargo, tal como ocurría en tiempos pretéritos, la evolución de esta normativa presenta actualmente una clara deficiencia en su regulación respecto a los nuevos modelos productivos, a diferencia de lo que ocurre con otras disposiciones encuadradas dentro de la disciplina del Derecho del Trabajo.

Pero si algo ha caracterizado la regulación de la prevención de riesgos laborales en España es la displicencia mostrada en ocasiones por parte del legislador sobre la materia, y prueba de ello, es que dejaba vigente una gran parte de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971 en el momento de la entrada en vigor de la LPRL, ya que a tenor de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la LPRL, solo se abrogaba de forma específica los Títulos I y III de la citada Ordenanza, lo que *a sensu contrario* suponía dejar vigente el Título II, el cual estaba conformado por 140 artículos⁵⁹.

De igual modo, resultan significativas algunas otras cuestiones en este mismo sentido, como es el caso de la tardanza en dar cumplimiento al mandato constitucional en la materia, el cual, se hizo efectivo diecisiete años después de la entrada en vigor de la actual CE, así como, la obligatoriedad impuesta de forma coercitiva por los Tribunales de Justicia Europeos en cuanto a la trasposición de las distintas Directiva afectas a la cuestión, o también, la demora que se produjo en la tramitación de la necesaria reforma de la LPRL operada por la Ley 54/2003.

Abundando a un más en esta línea, podemos señalar que al igual que ocurrió con la normativa europea, la ratificación de los Convenios de la OIT relacionados con el asunto se produjo después de un largo periodo de tiempo desde la publicación de estos, lo cual, no es de extrañar puesto que España tiene pendiente de ratificación 18 Convenios y protocolos de este Organismo, algunos desde el año 1958⁶⁰.

Otra de las cuestiones que plantea una cierta problemática es la aplicación de las normas de seguridad y salud, la cual, deviene de la ambigüedad y dispersión de dicho régimen jurídico, aunque es cierto, que es una dificultad inherente a la propia naturaleza de las distintas fuentes que concurren en la materia, lo cual, podría estar de algún modo justificado. Sin embargo, este conglomerado normativo al que hay que agregar el extenso número de reglamentos y otras disposiciones de menor rango, hace muy difícil, por no decir imposible, desarrollar un proceso de vertebración normativa.

59 Manuel Alonso Olea, "Una reflexión general y algunas particulares sobre la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales", *DS: Derecho y salud*, Vol. 4, núm. 1, (1996):1.

60 Así, por ejemplo, el importantísimo Convenio número 155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo, se ratificó casi cinco años después de su aprobación por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

Este entramado normativo, el cual consideramos saturado, deja poco margen a la innovación en la materia, sin embargo, esto no es óbice para que no se puedan desarrollar nuevas acciones preventivas por parte de las Administraciones con competencias en la materia encaminadas a disminuir las altas tasas de siniestralidad.

V. La necesidad de actualización de la normativa de seguridad y salud

Con motivo de los cambios que se están produciendo en el sistema de relaciones laborales, consideramos necesario una actualización del marco normativo de la prevención de riesgos laborales en pos de evitar algún tipo de menoscabo en la salud y seguridad de los trabajadores.

1. Las nuevas formas de trabajo a distancia

El uso de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), como herramientas de trabajo, las cuales, permiten desarrollar este desde cualquier lugar y en cualquier momento, han traído consigo una serie de interrogantes en cuanto a la aplicación de la normativa preventiva, de ahí que, sea imprescindible regular de forma precisa todos los aspectos de su régimen jurídico para cumplir con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 10/2021, de 9 de julio⁶¹, donde expresa que: *“Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo”*.

En este sentido, es necesario aclarar el papel que desempeñará el propio trabajador como colaborador necesario para el cumplimiento de las obligaciones preventivas que se tienen que llevar a cabo de forma primordial en el domicilio de este, o del lugar donde se lleve a cabo la prestación laboral⁶². Esta cuestión es de una trascendental importancia ya que según lo estipulado en el artículo 16 de la citada Ley, la evaluación de riesgos solo será necesaria hacerla en la zona concreta donde se desarrolle la prestación laboral, no extendiéndose al resto del domicilio. Sin embargo, esta apreciación de la norma ha suscitado varios litigios a la hora de dictaminar si un accidente producido durante el horario laboral es considerado laboral o doméstico en función del lugar del domicilio donde se produzca⁶³.

De igual forma, hay que determinar que riesgos son los que se pueden dar en ese particular lugar de trabajo y en qué condiciones se deberá realizar la actividad

61 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2021.

62 Lourdes Mella Méndez, “Reflexión crítica sobre la necesidad de adaptar la normativa de seguridad y salud al nuevo mercado de trabajo”, *IUSLabor Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 1, (2020):4.

63 Entre otras, STS 565/2023, de 19 de septiembre (rec. 260/2021). sentencia núm. 514/2022, de 1 de junio. (rec. 247/2021).

laboral, asimismo, será necesario determinar sobre quién recae la responsabilidad de adecuación del lugar de trabajo y de sufragar los gastos derivados de dicha adaptación.

Asimismo, se tendrá que precisar el procedimiento de actuación de la Inspección de Trabajo en relación con el cumplimiento de la normativa, lo que *a priori*, se plantea como una cuestión de difícil encaje puesto que, al tratarse de un domicilio particular la entrada al mismo podría plantear la vulneración de un derecho fundamental⁶⁴.

2. Nuevos riesgos psicosociales

Otro de los aspectos que merece una adaptación legislativa es la que concierne a los riesgos psicosociales o nuevos riesgos emergentes⁶⁵, los cuales, son considerados contingencias laborales que afectan a la seguridad y la salud de los trabajadores desde hace pocas fechas, es decir, son riesgos relativamente nuevos en el ámbito de las relaciones laborales⁶⁶. Se les denomina de esta manera, ya que, en contraposición a los riesgos laborales denominados “clásicos”, su reconocimiento en la normativa preventiva es inexistente, al menos de forma específica, si bien se puede considerar incardinada en el Capítulo III de la LPRL.

Esta falta de precisión normativa deviene principalmente porque existe la creencia de que las consecuencias derivadas de los riesgos psicosociales tienen que ser tratados desde un ámbito médico externo al ámbito laboral⁶⁷, lo que conlleva a que de forma habitual sean minusvalorados e incluso ignorados por parte los agentes que intervienen en una relación laboral.

Asimismo, es importante indicar que no existe en la actualidad ninguna norma dictada por la UE que haga referencia a los riesgos psicosociales, siendo la Directiva Marco 89/391/CEE y las normas que la trasponen las encargadas de regularlos hasta el momento. Sin embargo, sí hay una importante colección de acuerdos alcanzados por parte de los interlocutores sociales europeos, entre los que cabe destacar uno sobre el estrés ocupacional y otro sobre la violencia y el acoso en el trabajo.

64 En este sentido, el artículo 18.2 CE reconoce que “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sino consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”.

65 Jordi Serra Pallisa, “Riesgos psicosociales; nuevos riesgos emergentes en el contexto de un mundo globalizado”, *Prevención: Revista técnica de seguridad y salud laborales*, núm. 180, (2007):8.

66 Para más información, *Vid.* Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales.

67 Elisa Sierra Hernaiz, “Delimitación del concepto de riesgo psicosocial en el trabajo”. *FORO: Revista de Derecho*, núm. 35, (2021):8.

Ante este vacío normativo, el Parlamento Europeo aprobó recientemente una Resolución sobre un nuevo marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo⁶⁸, donde su principal demanda guarda relación con la necesidad de una regulación comunitaria específica de los riesgos de índole psicosocial, instando para ello a la elaboración de una Directiva.

Pues bien, ante esto tanto el legislador europeo como el nacional deberán actuar de forma inaplazable para establecer medidas preventivas específicas para paliar las consecuencias que se deriven de estos riesgos, las cuales pueden ser aún más importantes en la salud de los trabajadores que las derivadas de otro tipo de riesgos.

VI. Conclusiones

Tal como se ha venido exponiendo a lo largo de este estudio, la preocupación por parte de las distintas Administraciones por la seguridad y la salud de los trabajadores ha sido y sigue siendo una materia de gran importancia para las mismas, sin embargo, esta inquietud no se ha visto materializada de forma efectiva en el ordenamiento jurídico por distintas cuestiones, entre las que cabe destacar la propia laxitud del legislador, o la errónea aplicación de la norma por parte de los responsables de su ejecución efectiva.

De igual modo, el enorme conglomerado de disposiciones dictadas en la materia hace que a veces su interpretación se torne complicada debido a la propia ambigüedad y poca precisión de esta, lo cual da como resultado un cumplimiento meramente formal en detrimento de uno real. En este sentido, entendemos que con carácter ineludible se debería refundir un nuevo texto que recoja esta profusa legislación, así como otros aspectos importantes que son acreedores de esta protección en consonancia con los nuevos modelos productivos, tal como ha sucedido con otras importantes materias de las relaciones laborales y de la protección social, como es el caso del propio Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Empleo o la Ley General de la Seguridad Social.

En relación con esta importante cuestión, es conveniente recordar, que, aunque estaba expresamente prevista su refundición a tenor de lo estipulado en la Ley 20/2014, de 29 de octubre⁶⁹, al Gobierno le pareció adecuada la forma en que estaba desarrollada la LPRL, no siendo necesaria ningún nuevo texto refundido, lo

68 Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2022, sobre un nuevo marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo posterior a 2020 (incluida una mejor protección de los trabajadores frente a la exposición a sustancias nocivas, el estrés laboral y las lesiones por movimientos repetitivos) (2021/2165(INI)).

69 Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española.

que, a nuestro juicio entendemos como un claro ejemplo de la poca atención que el legislador presta a esta importante materia.

En definitiva, la seguridad y la salud de los trabajadores es una cuestión merecedora de una atención más significativa no solo por parte de las distintas Administraciones, sino también de los agentes sociales, puesto que estamos ante el máspreciado que detenta cualquier persona como es la vida.

VII. Bibliografía

- Alonso Olea, Manuel, “Una reflexión general y algunas particulares sobre la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 4, núm. 1, (1996):1.
- Carrero Domínguez, Carmen, “La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales, una solución de retoque”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 73, (2004): 51-86.
- Casas Baamonde, María Emilia “Valoración general de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *La ley de prevención de riesgos laborales*, coordinado por Ricardo Escudero Rodríguez, 15-44. Málaga, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1996.
- Castañeda Sánchez, Rafael, “¿Reforma el marco normativo de prevención de riesgos laborales la nueva Ley 54/2003?” *Revista de Obras Públicas*, 3.455, (2005): 21-30.
- Consejo Económico y Social, “Memoria sobre la Situación Socioeconómica y Laboral de España del año 2001”, *Colección de Memorias*, núm. 9. (2002): 464.
- Domínguez Perejón, Carlos. “Las nuevas obligaciones e infracciones tras la reforma del marco normativo de la ley de prevención de riesgos laborales”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 73, (2004): 87-110.
- García, Manuel, *Manual de Derecho del Trabajo*, Barcelona, Ariel Derecho. 1990.
- García, Rafael. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo: 1902-1934*, Madrid: Sucesores de M. Minuesa de los Ríos, 1935.
- García González, Guillermo, “Los inicios de la previsión social en España: responsabilidad patronal y seguro de accidentes en la ley de accidentes del trabajo de 1900”. *Lex Social*, vol. 5, núm. 2. (2015): 1-32.

- García González, Guillermo, “Seguridad e higiene en el trabajo durante el primer franquismo: estructuras jurídicas e institucionales”. *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, (2017): 123-143.
- Gil Plana, Juan, “La seguridad y salud en el trabajo: reforma de su marco jurídico”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 53, (2004): 29-56.
- González Ortega, Santiago, “La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución”, *Revista de Política Social*, núm. 121, (1979): 199-226.
- Igartua, María Teresa, *Sistema de prevención de riesgos laborales*. Madrid: Tecnos, 2023.
- Martínez Peñas, Leandro “Los inicios de la legislación laboral española: La Ley Benot”. *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, Nº. 1, (2011): 25-70.
- Mella Méndez, Lourdes, “Reflexión crítica sobre la necesidad de adaptar la normativa de seguridad y salud al nuevo mercado de trabajo”, *IUSLabor Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, núm. 1, (2020):4.
- Monereo Pérez, José Luis y Molina Navarrete, Cristóbal “Las razones de la Ley: ¿qué fue de la “cultura de la Prevención?””, en *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Coordinado por José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida, Granada: Comares, 2004.
- Montoya, Alfredo, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid: Civitas, 1992.
- Romeral Hernández, Josefa, “El delegado de prevención: problemas prácticos”. *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, nº 59, (2009): 24-29.
- Salas, Tomás, *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Sempere, Antonio y Miguel Cardenal, *Transposición de la Directiva Marco y Seguridad Laboral en diferentes países de Europa*, Madrid: Fundación Mapfre, 2000.
- Serra Pallisa, Jordi, “Riesgos psicosociales; nuevos riesgos emergentes en el contexto de un mundo globalizado”, *Prevención: Revista técnica de seguridad y salud laborales*, núm. 180, (2007): 8.
- Sierra Hernaiz, Elisa, “Delimitación del concepto de riesgo psicosocial en el trabajo”. *FORO: Revista de Derecho*, núm. 35, (2021): 8.

Torres García, Bárbara “El derecho a la salud y seguridad en el trabajo: su naturaleza de derecho fundamental en el ordenamiento español”, en *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*. coord. por Silvia Fernández Martínez, Tiago Pimenta Fernandes, Bárbara Torres García. 663-690. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2001.

Ucelay Mariano, *Previsión y seguros sociales*, Madrid, Gráficas González, 1955.

LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO MECANISMO DE PREVENCIÓN DE LA FATIGA INFORMÁTICA Y OTROS RIESGOS PSICOSOCIALES ASOCIADOS

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Resumen

La regulación legal del derecho a la desconexión digital contenida en el art. 88 LOPD incluye una referencia explícita a la salud laboral, en concreto, a la evitación de la fatiga informática. Esta finalidad convierte a la norma en una disposición sobre prevención de riesgos laborales a resultas de la definición extensiva del art. 1 LPRL. Sin embargo los convenios no están acogiendo este planteamiento, testimonial en la práctica. Los posibles efectos negativos derivados de la sobrecarga, hiper conexión y exceso de información obligan a poner el foco de atención en las técnicas preventivas a emplear y en la eficacia de las políticas para su evitación, evaluación y control, incluida la formación y sensibilización, donde la negociación ha de afianzarse como un instrumento de primer nivel para afrontar estos nuevos desafíos ligados a la transición digital.

Palabras clave:

desconexión; tiempo de trabajo; fatiga informática; evaluación; formación

I. Introducción

La desconexión digital ha sido objeto de notoria atención por parte de la doctrina laboral y aparece plasmada legislativamente en el art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD). Los enfoques para su estudio pueden ser diversos y centrados más en aspectos relacionados con la intimidad y la conciliación, el descanso o la seguridad

y salud laborales. No faltan aproximaciones doctrinales en esta última clave, pero el tratamiento legal y a lo que parece también el convencional, mantienen la cuestión “desconectada” de la gestión preventiva en la empresa, quizás por la propia complejidad práctica que está suponiendo el encaje de los protocolos de desconexión digital en los sistemas de prevención de riesgos.

La relación entre desarrollo tecnológico, uso constante de dispositivos digitales, exceso de información y las exigencias o requerimientos de conexión constante arrojan claros perjuicios para la salud de la persona trabajadora. Pese a ello, la regulación legal tiende a considerar la desconexión como una institución independiente de las políticas preventivas y, de hecho, la ha regulado extramuros de la regulación laboral, con la salvedad de su mención en el art. 20 bis ET y, de forma especial, de la LPRL. Esquema reiterado en el reciente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva¹ (en adelante, AENC).

Pese a todo, la lectura del art. 88 LOPD arroja cierta preocupación por la salud laboral, al menos en su vertiente de evitación de la fatiga informática y, acudiendo al art. 1.1 LPRL, pese a su descontextualización, cabe encajarlo en la normativa de prevención de riesgos laborales en la concepción legal (*“cualquier norma que contenga prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”*).

El estudio partirá de una sintética aproximación al contenido del derecho a la desconexión digital previsto legalmente, para pasar a analizar el papel de la negociación colectiva y el concepto de fatiga informática, contrastando las necesidades de actuación que derivan de la regulación legal con los contenidos incluidos convencionalmente. Es fácil apreciar que las normas pactadas no han alcanzado todo su potencial, apareciendo la desconexión desvinculada de la seguridad y salud, apreciándose una patente falta de atención a los aspectos preventivos y escaso desarrollo de los deberes relativos a la formación y sensibilización. La necesidad de tutelar la salud merece una atención expresa en el convenio, a tal fin se realizarán algunas propuestas, entre otras razones, para corregir este claro desenfoque.

II. Breve aproximación al derecho a la desconexión digital ex art. 88 LOPD

1. Rasgos básicos de la regulación legal

El estudio del art. 88 LOPD, permite extraer el siguiente *mapping* reconducido a diez puntos esenciales.

1. No se contiene una definición del derecho a la desconexión digital.

¹ Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 de mayo).

2. No se hace referencia alguna al deber de abstención empresarial respecto a las comunicaciones o a la conexión del trabajador, elemento sobre el que habría de pivotar la regulación legal.
3. No se prevén sanciones específicas para el supuesto de falta de respeto por parte del empresario de la desconexión digital, aunque cabría lógicamente el recurso a los tipos genéricos en materia de tiempo de trabajo (art. 7.5 LISOS) o de prevención de riesgos (art. 12.1 LISOS), según su mejor encaje. Con algo más de dificultad en el art. 8.11 LISOS que tipifica como muy graves los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.
4. El instrumento escogido para concretar y garantizar el ejercicio del derecho es la negociación colectiva y, por tanto, se remite en bloque a la misma, sin mínimos de carácter supletorio o un listado no exhaustivo de herramientas, aunque se deriva con meridiana claridad la obligación empresarial de elaborar una política de empresa, previa audiencia de los representantes.
5. La política se instituye como el eje central de la garantía del derecho y ha de implementarse en todo caso, aunque se concede libertad respecto a la forma de alcanzar sus fines. Una de las posibilidades sería la elaboración y gestión de un protocolo de desconexión digital en el que se incluyan las medidas concretas a adoptar que permitan el ejercicio efectivo del derecho.
6. El precepto, a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, no distingue en función del número de trabajadores ni se destina a una determinada forma de prestación de servicios, con una clara vocación “universal”, abarcando todos los sectores productivos. Aunque posteriormente se dicta una regulación específica, algo más incisiva, para el trabajo a distancia. Abarcando, asimismo, cualquier tipo de dispositivo.
7. Legalmente el derecho se vincula de forma más estricta a la intimidad, a la conciliación y al descanso que a la prevención de riesgos laborales, aunque está claro que estos últimos aspectos están indisolublemente unidos.
8. El guiño a la faceta preventiva se halla en la alusión a un riesgo antes atípico como sería la *fatiga informática*, precisado de una exacta configuración jurídica de la que carece.

9. Ocupa un lugar central el deber de formación y sensibilización sobre un uso “razonable”, esto es, adecuado, proporcionado o no exagerado, de los dispositivos tecnológicos.
10. No se marca la extensión y alcance del derecho, tampoco se contienen referencias expresas a posibles pactos de disponibilidad o a trabajadores o sectores “excepcionados” de la aplicación.

A resultas de lo anterior, la negociación colectiva, invocada de forma expresa por la norma, viene a jugar un papel esencial en la delimitación del derecho y la previsión de mecanismos eficaces de garantía, aún no desplegado de forma plena en la práctica. También el art. 91 LOPD llama a la previsión de garantías “adicionales” a los derechos de los trabajadores, ámbito en el que tampoco la negociación está despuntando.

Como se ha señalado, la especial vulnerabilidad del derecho al descanso en el trabajo a distancia y sobre todo en el teletrabajo, mencionado de forma explícita en el art. 88 LOPD, tuvo pronto su reflejo en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a distancia (LTD) que dedica un precepto (art. 18) a esta cuestión. Aunque en buena medida se remite a la LOPD, conviene destacar algún aspecto positivo, en particular el reconocimiento del deber empresarial de garantía, conllevando la desconexión “una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso” (en los mismos términos la SAN 22 de marzo de 2022²) con el consiguiente “respeto a la duración máxima de la jornada” y a cualesquiera límites o precauciones en la materia.

2. El contenido del derecho a la desconexión digital

No define la norma qué se entiende por desconexión digital ni da un contenido concreto al derecho que despliega una doble faz: no ser molestado o contactado por la empresa, con el consiguiente deber empresarial de abstención y el derecho a no responder o contactar con la empresa³. Pese a la relevancia de esta segunda faceta, avalada en sede judicial⁴, una conformación que gire exclusivamente

2 R. 33/2022.

3 Idea compartida también por autores como Cristóbal Molina Navarrete, «Jornada laboral y tecnologías de la infor-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso», *Temas Laborales*, 138 (2017), 270; Estefanía González Cobaleda, «Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales», *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, Madrid, UGT, 2016, 270; Eduardo E. Taléns Visconti, «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, 4, 2018, BIB 2018/8599, 5-6.

4 A modo de ejemplo, la STSJ Madrid 21 de febrero de 2022 (R. 20/2022) confirma que ignorar el correo electrónico en época de vacaciones no es causa justificativa de un despido. Lógicamente, el derecho debe matizarse si la persona trabajadora tiene un régimen de disponibilidad, que hará que conductas que estén dentro de su configuración no vulnere

sobre ésta arroja relevantes carencias en orden a su tutela efectiva. Por ello mismo, no debiera generalizarse y para ello no ayudan fórmulas como la empleada por el AENC, como veremos. Al máximo el art. 88 LOPD invoca el necesario “respeto” del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como la intimidación personal y familiar de la persona trabajadora. No obstante, una interpretación teleológica permite entender el deber de abstención de la empresa implícitamente incluido en la fórmula empleada, conclusión esencial para la garantía del derecho. Como hemos visto, algo más explícita se muestra para el trabajo a distancia la LTD (art. 18).

Aspecto nuclear del precepto es la mención a “las modalidades de ejercicio” del derecho, atendidos la naturaleza y objeto de la relación laboral, que deben ser afrontadas por el convenio colectivo o el acuerdo de empresa. Por último, se impone al empresario la obligación de elaborar una política interna conformada por dos elementos: la definición de dichas “modalidades” y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas⁵.

El uso de la acepción “modalidades”, siguiendo la estela de la norma francesa, es reflejo de la escasa voluntad de comprometerse por parte del legislador, dando cabida a un número incontable de soluciones, presumiblemente adaptadas a las exigencias del sector productivo, a la naturaleza y objeto de la relación laboral, el tipo de actividad realizada o las tareas concretas asumidas o los específicos dispositivos empleados. Para el diccionario de la RAE sería el modo de ser o manifestarse de algo; además, suele identificarse con una apariencia visible, un procedimiento y una forma. De esta manera, lo que se desarrolla bajo una determinada modalidad se ajusta a una serie de reglas o mecanismos. Cabe concluir que englobaría tanto los concretos instrumentos o herramientas a emplear para la garantía del derecho, como la previsión de distintas fórmulas ajustadas a la forma de trabajo (presencial o en remoto), la distribución del tiempo de trabajo (horarios flexibles o fijos), la asunción de puestos de responsabilidad (directivos, mandos intermedios...) y así sucesivamente. Ha resultado polémico desentrañar si el precepto impone una obligación empresarial de empleo de sistemas tecnológicos capaces de impedir o restringir el acceso de los trabajadores a los dispositivos (aportados por la

el derecho a la desconexión digital (STSJ Asturias 12 de julio de 2022). Un recorrido por las principales sentencias en Francisco Trujillo Pons, «Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo», *Revista de Derecho Social y Empresa* nº 18 (2023), 1-27.

5 Contenidos a los que algunos convenios añaden otras menciones como las especificidades de los mandos, los trabajadores a distancia u otros colectivos que lo requieran, respeto a los sistemas de flexibilidad y disponibilidad de la empresa y las necesidades de comunicación derivadas de los mismos, garantía del cumplimiento de la normativa en materia de jornada y descanso y garantía de la realización de aquellas comunicaciones, de imposible dilación, entre empresa y persona trabajadora. Además se especifica que en todo caso, en la elaboración de la política se atenderá al tamaño y circunstancias empresariales, al objeto de que la misma resulte razonable y adecuada (art. 42.4 CC Industria Química, BOE 7 de julio de 2021).

empresa o dedicados al uso laboral, se entiende) fuera de la jornada de trabajo⁶. La redacción empleada y la colocación de la política empresarial en el centro del sistema llevan a pensar que lo esencial resulta ser la adopción de las medidas oportunas, prevalentemente a través de la negociación colectiva o, en todo caso, de conformidad con la misma, para garantizar el ejercicio, alcanzando un determinado resultado, sin imponer fórmulas tasadas de cumplimiento obligatorio, conjugando la garantía del derecho con la flexibilidad de los mecanismos adecuados empleados para su cobertura. Queda, por tanto, en última instancia, en manos empresariales, aunque dando audiencia a la representación de los trabajadores, la elección de los medios oportunos y los instrumentos para su puesta en marcha, siempre que a la postre las personas trabajadoras puedan ejercer la desconexión digital.

3. Valoración crítica

La lectura del art. 88 LOPD y la propia ubicación sistemática del art. 20 bis ET permiten extraer cierto cariz de reconocimiento en clave de “contrapartida” al notorio incremento de los poderes empresariales derivados del uso de las nuevas tecnologías y de la extensión del uso generalizado de los dispositivos digitales, dentro y fuera del lugar de trabajo. Al vincularse sobre todo a la intimidad y la conciliación, se ha descuidado el abordaje preventivo del problema, que resulta esencial para paliar las nefastas consecuencias de la conectividad permanente sobre la salud de los trabajadores.

El reconocimiento del derecho se muestra claramente insuficiente, por lo que sería conveniente cierta reconfiguración legal inserta, además, en una reforma más profunda y ambiciosa del tiempo de trabajo para adaptarlo a las nuevas realidades laborales, apostando por una flexibilidad más equilibrada. Es más, se sigue cuestionando la naturaleza del derecho, descartando algún pronunciamiento judicial su consideración como fundamental en nuestra Constitución, aun cuando admite que esta pueda ser su calificación para el derecho de la Unión⁷. La plena vinculación con la seguridad y salud facilitaría este camino, habida cuenta que el propio tribunal no parece muy convencido de su afirmación, pese a refrendar la vulneración del derecho a la desconexión justificando la extinción indemnizada del contrato, aunque sí de la corrección de su razonamiento en el caso concreto

6 En esta línea, Cristóbal Molina Navarrete, «Jornada laboral y tecnologías...», cit., 274; lo considera consustancial Francisco J. Arrieta Idiakez, «La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismo para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia», *Lan Harremanak*, 42 (2019), 12. En sentido contrario, Rodrigo Tascón López, «El derecho de desconexión de los trabajadores (potencialidades en el ordenamiento español)», *Trabajo y Derecho* n° 41 (2018), LA LEY 3170/2018, 4. Ni siquiera considera necesario impedir al empresario que envíe mensajes Óscar Requena Montes, «Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva», *Lex Social* vol. 10, n° 2 (2020), 556.

7 STSJ Cataluña 5 de mayo de 2023 (R. 7704/2022).

para denegar la indemnización adicional solicitada, al haberse planteado de forma incorrecta la cuestión pues tampoco el trabajador en ningún momento había manifestado sus dificultades en el trabajo, habiéndose tratado la patología como enfermedad común no impugnada. Lo que a *sensu contrario* permite inferir una conclusión diversa si abordada con un enfoque preventivo adecuado, conectado al derecho fundamental a la vida e integridad moral (art. 15 CE), a lo que a buen seguro contribuiría una mención expresa en el texto de la LPRL.

Pese al silencio de la LOPD, no cabe ignorar la existencia de trabajadores especialmente vulnerables, más allá de los teletrabajadores y quienes prestan sus servicios en plataformas. A modo de ejemplo, los trabajadores a tiempo parcial, con grave riesgo de transgresión del derecho a la desconexión, con pocas garantías relacionadas con elementos esenciales como pudiera ser la propia “llamada” para la realización de trabajo vía horas complementarias. Los rápidos avances hacia parcelaciones menos estrictas del tiempo de trabajo tornan la garantía efectiva del derecho mucho más compleja. Todo ello confirma la inadecuación de las soluciones uniformes, dadas las mayores probabilidades de afectación del derecho ante la confluencia de diversos factores, entre ellos el propio margen de autogestión del tiempo concedido a la persona trabajadora.

Si, como hemos visto, el acento se pone en el “derecho” a la desconexión, no recibe respuesta la posible configuración como derecho-deber para la persona trabajadora y, en la práctica, sin su colaboración difícilmente se puede garantizar el ejercicio efectivo. Como se explicará con mayor detalle *infra*, la pobreza de resultados en la negociación parte del propio enfoque normativo que hace girar la regulación sobre el “derecho a no responder”, pese a que la persona trabajadora suele carecer de poder bastante para disponer de su tiempo de trabajo (y en algunos casos de “no” trabajo), con una evidente compulsión a contestar o a dar respuestas inmediatas, ante las posibles consecuencias negativas de un actuar distinto.

III. La Desconexión digital como medida preventiva para la garantía de la seguridad y salud en el trabajo

1. Consideraciones preliminares

La LOPD descansa en una aproximación más vinculada a la intimidad personal y familiar, y de forma más incidental, a la conciliación que a la PRL, pese a la necesidad de un enfoque netamente preventivo del problema, para paliar las consecuencias que la conectividad permanente y la infoxicación pueden tener sobre la salud de los trabajadores. Y ello a pesar de que en relevantes precedentes (así el conocido informe *Mettling*, 2015⁸) se engarzaba indisolublemente con la tutela de

8 Se trata de un Informe, cuyo redactor principal fue Bruno Mettling, director general adjunto de Orange, sobre transformación digital y vida privada, encargado por el Ministerio de Trabajo Francés y detonante de la regulación legal de la desconexión en dicho país.

la salud, pues la conexión continuada a cualquier hora del día y todos los días a la empresa provoca el barrenado de los tiempos de descanso, problema que debe enfrentarse desde las políticas de prevención de riesgos laborales. Planteamiento que también hacía el Comité Económico y Social Europeo (CESE) pues el uso cada vez más intenso de las TIC puede representar un riesgo para la salud, constatando un aumento de trabajadores que sufren estrés y síndrome de desgaste profesional, siendo una realidad preocupante y costosa. Recomienda un diálogo social amplio para limitar la disponibilidad permanente de los trabajadores y su formación para la utilización de las TIC como respuestas necesarias⁹.

Aunque de forma algo tímida, el Marco estratégico de seguridad y salud de la UE señala que la Comisión garantizará el seguimiento adecuado de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la desconexión digital (21.01.2021), invitando a los interlocutores sociales a buscar soluciones comúnmente aceptadas, entre otros, a los desafíos del derecho a la desconexión, con base en el Acuerdo Marco de los Interlocutores Sociales europeos sobre la digitalización. Frente a la neutralidad de estas declaraciones, se alza el Parlamento Europeo en su Resolución sobre aquel instrumento (marzo de 2022), destacando su conexión con la seguridad y salud, que resulta ineludible, recordando su petición de inclusión en el propio Marco estratégico y el desarrollo de nuevas medidas psicosociales y la elevación de su grado de ambición. De forma más concreta, solicita a la Comisión una propuesta de Directiva sobre normas y condiciones mínimas para garantizar que todos los trabajadores puedan ejercer efectivamente su derecho a la desconexión y el uso de herramientas digitales. A su parecer, el derecho a la desconexión “es esencial para garantizar el bienestar mental de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, en particular para las trabajadoras y trabajadores en formas de trabajo atípicas, y debe complementarse con un enfoque preventivo y colectivo de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo”. Incide en esta preocupación el Parlamento en su resolución sobre la salud mental en el mundo laboral digital de julio de 2022, alertando de las consecuencias negativas de la excesiva conexión, la difuminación de las líneas entre la vida laboral y la privada, la mayor intensidad del trabajo y el estrés tecnológico, aupando la consideración del derecho a la desconexión pues resulta esencial para garantizar el bienestar mental de los trabajadores por cuenta ajena, pero también por cuenta propia (escasamente protegidos en el ordenamiento interno), insistiendo en su petición de una directiva

9 Informe del Comité Económico y Social Europeo sobre *Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo* (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia Estonia) (2017/C 434/05) (DOUE 15 diciembre 2017). Sobre la relevancia de la formación en la prevención de riesgos psicosociales ligados a las tecnologías, por todos, Diego Megino Fernández, «La formación como principio y fin de la acción preventiva frente a los riesgos psicosociales derivados de la digitalización y la automatización», *Lan Harremanak* 49 (2023), 115-154.

que garantice el ejercicio del derecho y para regular el uso de las herramientas digitales en el mundo del trabajo.

Comparece nuevamente la necesidad de abordar legislativamente este problema y en concreto de la desconexión digital como parte integrante de la reducción del estrés laboral y la promoción de una mejor conciliación de la vida familiar y la vida profesional en la reciente Estrategia de salud mental de la UE¹⁰. La Comisión indica que acoge con satisfacción el programa de trabajo para 2022-2024 de los interlocutores sociales intersectoriales europeos y la negociación en curso de un nuevo acuerdo sobre el teletrabajo y el derecho a la desconexión que se pretende presentar para su adopción en forma de un acuerdo jurídicamente vinculante ejecutado mediante una Directiva; negociaciones vinculadas a la Resolución del Parlamento sobre el derecho a la desconexión citada. De forma algo más específica, dedica dos de sus veinte iniciativas al ámbito laboral (13 y 14), en forma de campañas sobre “trabajo seguro y saludable en la era digital”, con énfasis en la salud mental en el trabajo (2023-2025) y “riesgos psicosociales y la salud mental en el trabajo”, con énfasis en los sectores profesionales nuevos y desatendidos, incluida la agricultura y la construcción, así como los grupos de trabajadores poco cualificados, migrantes o jóvenes (2026-2027/2028). Todo ello es buena muestra de la extensión y universalidad de los problemas ligados a los riesgos psicosociales, aun cuando tradicionalmente no hayan preocupado en determinados ámbitos.

A nivel interno, la Estrategia española de Seguridad y Salud (2023-2026) contempla la desconexión digital, anunciando la elaboración de buenas prácticas (Objetivo 2) y recomendando su inclusión en la negociación colectiva. En definitiva, patente la conexión con los riesgos psicosociales, es lógico acudir al auxilio del art. 14 LPRL¹¹ que exige al empresario garantizar el derecho a la seguridad y la salud *en todos los aspectos relacionados con el trabajo* o al principio de adaptación del trabajo a la persona (art. 15.1 d) LPRL y art. 36. 5 ET), concretándose en el deber

10 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un enfoque global de la salud mental, Bruselas 7.6.2023, COM (2023) 298 final, p. 19. A los avances en esta propuesta se alude asimismo en las Conclusiones del Consejo de Empleo y Políticas Sociales de la Unión Europea sobre la salud mental y el trabajo precario (Bruselas, 9 de octubre de 2023) (punto 37), que expresamente llama también a tener en cuenta la desconexión como medida que contribuye a la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo. A otro nivel, es interesante también la consulta del Informe del INSST sobre Salud Mental y Trabajo. Diagnóstico de situación, de junio de 2023.

11 En la misma dirección María Rosa Vallecillo Gámez, «El derecho a la desconexión: ¿novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 408 (2017), 175; para el ordenamiento italiano, Emanuele Dagnino, «Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata», *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 4/XXVII (2017), 1032; Pierre H. Cialti, «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», *Temas Laborales* n° 137, (2017), 175.

de evaluación de los riesgos, planificación preventiva (art. 16 LPRL)¹², formación e información (arts. 19 y 18 LPRL) y vigilancia de la salud, entre lo más significativos, aunque podría ser conveniente la mención expresa. Tampoco la negociación ni la práctica de las empresas la abordan dentro de los sistemas preventivos¹³, en buena parte porque la LOPD descuida este aspecto, ciñéndose a la formación frente al riesgo de fatiga informática y sin guiños a la interrelación entre ambas esferas.

2. La fatiga informática y otros riesgos psicosociales asociados

Llama la atención el término acogido en la LOPD pues no existe una noción comúnmente aceptada, siendo el vocablo fatiga muy amplio, sin una definición unívoca. El diccionario de la RAE lo reconduce a la agitación duradera, cansancio y al trabajo intenso y prolongado, siendo con frecuencia relacionado con la carga mental del trabajo, que también carece de referencias legales internas, más allá de la mención en el RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en trabajos con equipos con pantallas de visualización de datos (en adelante, RDPVD) al que se aludirá *infra* o de un concepto jurídico aceptado.

La fatiga, que se supone implícita en el uso prolongado de dispositivos tecnológicos, conlleva posibles efectos nocivos para la salud ocular y psicosomática, en clave de cansancio o agotamiento mental, estrés, ansiedad, tecnofobia y otros análogos. También alude a la fatiga (física y mental) y a la fatiga informática entre los riesgos vinculados a la modalidad del trabajo a distancia la EM de la LTD, imponiendo la necesidad de evitarla en su art. 18.2.

Para el INSST (NTP 445) poner apellidos a la fatiga es una práctica muy común para facilitar su definición y estudio y para responder a la fatiga en atención a su causa, a modo de ejemplo, fatiga informática (o tecno-fatiga). En otros documentos la relaciona con el cansancio mental por el uso continuado de las TICs o con sentimientos de agotamiento mental y cognitivo (NTP 730). Por tanto, no queda limitada al cansancio o a los aspectos físicos, dada su clara conexión con el tecnoestrés y la tecno invasión, en una era de patente alienación tecnológica. Es lógico tender a una interpretación amplia, con especial atención a la fatiga psíquica y al tecno servilismo, con el consiguiente incremento de la carga mental

12 Que, como ha afirmado el TS, obliga también a la evaluación eficiente de los riesgos psicosociales, STS 16 de febrero de 2016 (nº R. 250/2014).

13 Lo más cercano a un proceso de evaluación comparece en el art. 32 CC de la empresa Servicios, Infraestructuras y Mantenimiento en el Deporte, S.L.U (BOCM 23 de noviembre de 2019), que considera el primer paso en la elaboración de la política la realización de un diagnóstico para identificar los supuestos en que se produce una interrupción del descanso, distinguiendo en función de su tipología (recurrente o esporádico, puntual o de larga duración, conlleve una acción especial o no, medio tecnológico exigido para su resolución, etc.) y la tipología del personal, para atender a situaciones especiales, considerando e identificando las necesidades específicas de la actividad para asegurar el mantenimiento adecuado del servicio pero también el ejercicio del derecho. A partir de sus resultados se elaborará la política interna.

que llevan implícita. El impacto negativo es también patente en el bienestar, por la necesidad de responder a unas expectativas conductuales excesivas o que superan sus propias capacidades.

De esta forma, queda naturalmente incardinada en el amplio espectro de los riesgos psicosociales, carente de un concepto consensuado a nivel doctrinal ni de una definición cerrada o tasada. El Criterio Técnico de la ITSS 104/2021, 13 de abril, sobre actuaciones en riesgos psicosociales señala, siguiendo la guía del SLIC¹⁴, que “el objetivo de la evaluación de riesgos psicosociales es determinar qué factores psicosociales de los presentes en un entorno organizativo se consideran de riesgo (identificación) y si tienen alta o baja probabilidad de desencadenar un riesgo psicosocial (evaluación)”. En definitiva, más allá de disquisiciones puramente teóricas, la tendencia es admitir la amplitud de los conceptos y su dinamismo, manejando listados no exhaustivos a la hora de contemplarlos en las políticas preventivas, pues los factores son innumerables y pueden provenir de distintos o múltiples componentes del trabajo¹⁵, con frecuencia calificaciones como la propuesta por PRIMA-EF¹⁶. La preocupación por los mismos va en ascenso pues además de afectar a la salud, perjudican a los propios resultados del trabajo y a la organización, con descenso de productividad, incremento del absentismo, un mayor número de conflictos, disminución de calidad y otros análogos, incrementando el número de accidentes.

Por otra parte, se aprecia un tratamiento estanco y una falta de enlace entre el derecho a la desconexión digital que claramente en la LOPD es referida a “fuera” de la jornada y las necesarias desconexiones “durante” la jornada, cuando en puridad la hiper-conexión compromete en todo caso la salud laboral y puede causar fatiga informática. En la LTD ambos aspectos reciben cierta atención, pero también como dos materias distintas, pese a su evidente interrelación¹⁷, pues mientras el art. 16, dedicado a la evaluación y planificación preventivas, se refiere a las desconexiones “durante” la jornada, es el 18 el que se ocupa de la desconexión digital, esto es, fuera de su horario de trabajo, durante los períodos de descanso. No es descabellado plantear un abordaje de ambas facetas de forma coordinada, en clave estrictamente preventiva, afrontando los aspectos lesivos del uso continuo de dispositivos digitales, el exceso de conexión o la sobreabundancia de datos e información durante la jornada pero también extramuros de la misma.

14 Comité Permanente Europeo de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo.

15 Bernardo Moreno Jiménez, «Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales», *Medicina y Seguridad en el Trabajo* nº 57 (suplem 1) (2011), 7.

16 *Psychosocial Risk Management-Excellence Framework*, que es del que parten las actuaciones para la gestión del riesgo psicosocial a nivel de la Unión europea.

17 Por todos, puede verse Amanda Moreno Solana, «La desconexión digital en el teletrabajo como medida de prevención de riesgos laborales», *Anuario de Trabajo y Relaciones Laborales*, 8 (2022), 111-138; Inmaculada S. Fumero Dios, *El teletrabajo y el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable*, Bomarzo, Albacete (2023), 83.

Este riesgo laboral se combate también, pese a la falta de mención expresa, en el RDPVD, pendiente de revisión, que trata de evitar los efectos derivados del uso continuado de las pantallas dentro de la jornada de trabajo. Se fija la atención en el tiempo de utilización de los equipos durante la jornada, instando a la reducción de los tiempos de trabajo continuado delante de la pantalla, apostando por la alternancia de tareas y las pausas o interrupciones intra jornada. Se contiene un llamamiento a la negociación colectiva a fin de regular su duración y otros aspectos relativos a las mismas¹⁸, aunque la acogida convencional, salvo algunas excepciones¹⁹, tampoco está muy extendida. El texto se centra en la fatiga visual²⁰ aunque alude en su artículo 4 a la “carga mental”. Los protocolos de desconexión, la negociación colectiva y la propia planificación preventiva podrían abordarlos de forma conjunta, evitando la “sobrecarga” dentro y fuera de la jornada, pues ambas contribuyen a causar la fatiga informática, que el empresario está obligado a evitar según dispone la LOPD.

3. La obligación empresarial de establecer una política interna

Como es sabido, en todo caso, y con independencia de la regulación convencional, la LOPD obliga a la empresa a establecer una política interna²¹, para garantizar la desconexión digital. También incluye esta referencia el art. 18 LTD. La expresión empleada es de gran amplitud con distintas definiciones en el diccionario de la RAE y en este contexto podríamos quedarnos con las de “arte o traza con que se conduce un asunto” o “medios para alcanzar un fin determinado” o bien “orientaciones o directrices” que rigen una actuación. En definitiva, admite diversas fórmulas siendo lo determinante el objetivo perseguido. Las previsiones normativas enunciadas incluyen un mínimo pasador de seguridad, plasmado en

18 Sobre las pausas en el CC del Contact center puede verse la STS 26 de mayo de 2021 (R. 19/2020), donde el TS afirma que las normas de PRL “deben ser interpretadas y aplicadas en el sentido más favorable a la finalidad de las mismas, singularmente la preservación de la salud de los trabajadores y la evitación de toda alteración de la misma que pueda producirse como consecuencia del trabajo”.

19 Art. 170 bis. II CC de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 13 noviembre 2019); CC de La Voz de Galicia, SA. (BOE 21 noviembre 2019) (art. 93); CC de Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE 30 julio 2020), que prevé que los trabajadores que desarrollen su actividad con PVD disfrutarán de ocho pausas de cinco minutos cada una de ellas, en jornadas de trabajo de 8 horas. En jornadas inferiores, tantas pausas de forma proporcional a la parte de la jornada reducida. No serán acumulables entre sí; art. 51 Convenio colectivo de ámbito estatal para el sector de las agencias de viajes (BOE 14 enero 2022).

20 En relación con sus efectos y el abono de dispositivos visuales específicos (art. 9 Directiva 90/270/CEE) puede verse la STJUE 22 de diciembre de 2022 (asunto C-392/21).

21 Imponiendo una verdadera obligación, por todos, M. Edurne Terradillos Ormaetxea, «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», *Lan Harremanak*, 42 (2019), 18.

la participación de los representantes, en este caso en forma de audiencia “previa”, por tanto, sin sujeción a un verdadero proceso negociador, cuando su papel debiera ser bastante más destacado, corriendo el riesgo de ventilarse como un trámite meramente formal. Ello no impide que los representantes en sus tareas de vigilancia y control insten al empresario a poner en marcha la política interna, presentando llegado el caso las correspondientes denuncias ante la Inspección de Trabajo. Asimismo, y habida cuenta su vinculación con la PRL, no estaría de más que la legislación implicara en el proceso de elaboración, en su caso, a los delegados de prevención y a los integrantes del servicio de prevención o trabajadores designados.

Son escasos los requisitos formales o la previsión de herramientas concretas, pero sí cabe extraer un contenido mínimo integrado por dos elementos: las modalidades de ejercicio y las acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable (adecuado, proporcionado o no exagerado según el diccionario RAE) de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. Lógicamente habrá que respetar la regulación convencional, de existir, sobre las modalidades de ejercicio, donde habrían de diseñarse las líneas básicas para las políticas empresariales. Teniendo en cuenta la implicación de la salud resulta ineludible la conexión con la política de prevención de riesgos, vinculándola a la evaluación de riesgos y la planificación preventiva.

IV. La desconexión digital en la negociación colectiva

1. El papel de la negociación colectiva en la LOPD, la LTD y el AENC 2023

Es indubitada la relevancia del papel otorgado al Convenio por la LOPD, que lo configura como una pieza esencial en la construcción del ejercicio y efectividad del derecho en liza. Pese a ello, no se ha considerado pertinente regular un deber de negociar, del que normalmente tampoco se extraen grandes resultados. Tampoco se incluye un catálogo (no exhaustivo) de mecanismos de garantía eficaces, orientativos para la negociación y exigibles en defecto de pacto ni otros mínimos que serían convenientes dadas las dificultades que acarrea la abstención por parte del convenio²².

Lo anterior no obsta el reconocimiento del derecho como directamente exigible, pese a la remisión a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa de la regulación de las modalidades de ejercicio, de forma que la falta de regulación convencional no impide -aunque dificulta- el ejercicio efectivo. La negociación habría de ocupar un amplio espacio de regulación, adoptando nuevos contenidos relacionados con las tecnologías, la generalización del uso de internet o la conexión cuasi-permanente, con respuestas innovadoras, buscando logros en materias a

22 Juan Antonio Fernández Avilés, «NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora», *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2 (2017), 97.

las que la Ley no alcanza, generalizadas por los cambios socio-tecnológicos, en especial, medidas y herramientas concretas capaces de garantizar el derecho a la desconexión digital. Asimismo, debería avanzarse en la vinculación entre la desconexión digital y la gestión de los riesgos laborales, aspectos que debieran caminar unidos. Así lo recomienda la Estrategia española de seguridad y salud que apuesta por su inclusión en la negociación, aparte de prever una posible elaboración de criterios y buenas prácticas.

Por su parte, aunque la LTD otorga un papel central a la negociación colectiva con llamadas numerosas al convenio, ésta no se contempla en los artículos dedicados a la seguridad y salud (art. 15-16 LTD), aunque sí en el art. 18 centrado en la desconexión que prevé que “los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia” y añade una referencia específica a las posibles excepciones al derecho en la DA 1º (“posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión”).

Pasando a ver los aspectos resaltados en el AENC 2023, pueden reconducirse de forma sintética a los diez puntos siguientes:

1. Realiza un tratamiento bastante más completo de la seguridad y salud en el trabajo que sus precedentes, a la que dedica el capítulo VIII, destacando la relevancia de la formación e información en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, pero sin abordar aquí la desconexión digital, optando por dedicarle un capítulo distinto (el XI), sin reflejar la imprescindible vinculación a la que se acaba de hacer referencia.
2. Como aspecto positivo, pretende aportar una serie de criterios y recomendaciones para que la negociación colectiva aborde la desconexión digital, dándole así la relevancia que merece e, incluso, haciendo pedagogía y labor de sensibilización sobre este concreto aspecto.
3. Los términos en que regula el derecho y los mensajes que manda a las mesas de negociación en algunas cuestiones plantean dudas más que razonables, inclusive sobre su ajuste a la legalidad vigente.
4. Se ha perdido una magnífica oportunidad para recomendar un enfoque desde la prevención y gestión de riesgos psicosociales, que cada día cobra más adeptos en sede doctrinal²³. La certera afirmación de que

23 Por todos, Dulce Soriano Cortés, «Derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras», en López Ahumada, J. Eduardo (Dir.), *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Navarra: Aranzadi, 2023, 335; Nuria J. Ayerra Duesca, «El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak* 47

el derecho a la desconexión “contribuye a la salud, especialmente en lo que concierne al estrés tecnológico, mejorando el clima laboral y la calidad del trabajo”, no se acompaña de una atención concreta a la fatiga informática o a otros riesgos relacionados con el uso de los dispositivos digitales y las pantallas, dada la obsolescencia de la normativa existente en este ámbito.

5. Da un paso al frente cuando define el derecho en términos de “*limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica*”, a fin de garantizar el tiempo de descanso, con un enfoque que al menos apunta al deber empresarial (de no molestar). Sin embargo, se echan en falta fórmulas o restricciones concretas, respuestas sancionadoras e impulsos a la participación (en especial de los representantes específicos).
6. A efectos de sensibilización, es importante que se recuerde que el derecho opera en relación con todos los dispositivos y herramientas susceptibles de mantener la jornada laboral más allá de los límites de la legal o convencionalmente establecida.
7. Problemática, sin embargo, es la configuración algo simplista en clave de “derecho” a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada de trabajo. Lógicamente el derecho debería acompañarse del correlativo deber empresarial de abstención, sistemáticamente ignorado. A mayor abundamiento sorprende la expresa mención a la salvedad consistente en que “la conexión voluntaria de una persona trabajadora no conllevará responsabilidades de la empresa”.
8. Prevé excepciones al ejercicio del derecho.
9. Recomienda a los convenios el tratamiento de la formación y sensibilización, estimando que se “*podrán*” establecer este tipo de herramientas, algo que suscita razonables dudas de encaje legal.
10. Deben acogerse positivamente otras recomendaciones o que se ejemplifiquen buenas prácticas para incluir en sede negocial, tales como programar respuestas automáticas para períodos de ausencia, designando los datos de contacto de quien asuma las tareas en su ausencia o utilizar el “envío retardado”.

2. Derecho-deber, excepciones y obligaciones de formación preventiva

De los aspectos brevemente señalados incluidos en el AENC, tres son los que resultan más llamativos, en especial, por su desenfoque y por mandar

(2022), 41-71; Francisco Trujillo Pons, «La desconexión digital a lomos de la seguridad y salud en el trabajo», *Lan Harremanak* 45 (2021), 257-275.

mensajes algo “erráticos” a la negociación y en ellos centraremos la atención. Empezaremos por la consideración como derecho-deber que, como se sabe, no es diáfana en la LOPD, motivando que tras cinco años de vigencia un buen número de CC obvie las obligaciones empresariales y su deber de vigilancia. Posición que, sorprendentemente, recibe el aval del AENC, que ignorando la desigualdad intrínseca a las diferentes posiciones de las partes en la relación laboral y sus límites a la autonomía de la voluntad, exime a la empresa de cualquier tipo de responsabilidad, si la persona trabajadora voluntariamente “dinamita” su propio derecho. Este planteamiento no se ajusta a la configuración legal de la desconexión como derecho irrenunciable²⁴ y obligación empresarial²⁵. Pero es que además choca con la configuración del derecho al descanso en nuestro ordenamiento, que debería ser “efectivo”, aun con respeto al libre uso del tiempo por la persona trabajadora, pero más aún con el propio derecho a la seguridad y salud que se puede ver comprometido, que se garantiza, incluso, ante la presencia de despistes o imprudencias no temerarias del trabajador y que claramente en la LPRL y en el ET se engarzan con el “correlativo” deber empresarial de garantía y vigilancia a cargo de la empresa.

El AENC no debiera haber asumido como natural un riesgo de abuso por parte de la empresa, que puede aprovecharse de la “voluntariedad” de la conectividad permanente y debería haber incidido en el deber empresarial de no molestar y el respeto efectivo del descanso, sin descuidar el propio deber del trabajador, extraíble, si se quiere, del art. 29 LPRL; pese a que las exigencias de su cumplimiento efectivo resultan limitadas, al pesar sobre todo la faceta “colaborativa”²⁶. Además, al tratarse de un deber condicionado a las capacidades del trabajador, a su formación e instrucciones recibidas, previamente el empresario habría de adoptar las correspondientes medidas formativas, que van a resultar esenciales para lograr el uso razonable de las herramientas digitales, como recoge la LOPD. A la postre termina poniendo el acento en que no están obligados a responder -aunque son libres de hacerlo- ni los superiores podrán requerir respuestas fuera de la jornada a sus llamadas o comunicados, quizás sucumbiendo a exigencias patronales, sin combatir el problema (el riesgo) en su origen, como manda el art. 15.1 c) LPRL, pues la única forma de garantizar la desconexión digital es que las llamadas o comunicados no se produzcan (para estos últimos siempre cabe usar los envíos retardados).

Dado este planteamiento, basado en el derecho a no responder, se ve obligado a especificar los supuestos en que sí vendría obligado, igual también para intentar

24 Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Francisco Javier Calvo Gallego, «Los derechos digitales de los trabajadores a distancia», *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 11 (2020), 1466.

25 Maiedah Jalil Naji, Ana Belén Muñoz Ruíz, y Adrián Todolí Signes, *Guía para la negociación colectiva en materia de derechos digitales de CCOO*, Madrid, 2021, 57.

26 Emanuele Dagnino, «Il diritto alla disconnessione...», cit., 1034.

arrojar cierta luz sobre esta polémica ya abordada por la AN. Expresamente señala el AENC que el derecho decae si concurren circunstancias excepcionales de fuerza mayor, justificadas, que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio y que requiera la adopción de medidas urgentes e inmediatas. Seguramente la redacción debía ser más estricta a fin de no poner en peligro el ejercicio del derecho, centrándose en el riesgo a las personas o en el perjuicio “real” e “irreparable” a la empresa, en todo caso englobadas en circunstancias de fuerza mayor y marcadas por la excepcionalidad. Igual podría haber sugerido la enumeración de causas concretas que, dentro de esos cánones, justificasen “molestar” a la persona trabajadora, que habría de responder. Con la doctrina, abogamos por una interpretación estricta, de forma que han de reconducirse a circunstancias objetivamente excepcionales, graves e inaplazables en las que en realidad, existiría simple y llanamente, una ampliación del tiempo de trabajo en los mismos casos y supuestos excepcionales a los que se refiere, por ejemplo, el art. 35.2 ET -para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes-²⁷.

La SAN de 22 de marzo de 2022²⁸ considera nula la cláusula 3.6 del acuerdo (adhesivo) de teletrabajo que obliga a la persona trabajadora a atender la demanda de trabajo en circunstancias de urgencia justificada, esto es, las que puedan suponer “un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata”, puesto que aunque no estamos ante un derecho absoluto, los límites a la desconexión digital no pueden tener una fuente unilateral, sino que han de sujetarse a lo establecido en la negociación colectiva o a la individual, inexistente en el caso enjuiciado. Los referidos límites habrían de fijarse de forma estricta, con conceptos jurídicos certeros y no indeterminados susceptibles de diversas exégesis, que pueden poner en entredicho el ejercicio del derecho. Sin duda, las referencias del AENC a la excepcionalidad, la fuerza mayor y la inmediatez y la urgencia de las medidas, descarta la obligación de contestar por meros requerimientos productivos o de negocio, aunque su falta de atención conlleve un perjuicio empresarial, aunque igual podía haber aportado una redacción más taxativa.

En este sentido, también la propuesta de Directiva sobre desconexión digital de 2021²⁹ exige que las excepciones al ejercicio del derecho respondan a casos de fuerza mayor u otras emergencias. Además, el empresario debe informar por escrito a cada trabajador afectado de los motivos... justificando la necesidad de la excepción cada vez que se recurra a ella. Prevé lógicamente la compensación por

27 Rodríguez-Piñero Royo y Calvo Gallego, «Los derechos digitales...», cit., 1468.

28 R. 33/2022.

29 Sobre la misma, Teresa Velasco Portero, «Derecho a la desconexión digital», *Temas Laborales* nº 168 (2023), 398.

el trabajo realizado, aunque no hace mención a la necesidad de acuerdo, pese al uso de términos bastante restrictivos.

Por último, respecto a la formación y sensibilización de la plantilla sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, resulta llamativo el empleo de una fórmula potestativa, en términos de “*podrán*”³⁰ llevar a cabo, en claro contraste con el tenor literal del art. 88 LOPD que lo recoge en términos de obligación: el empresario “*elaborará*” una política, en la que se definirán las modalidades de ejercicio del derecho y las acciones de formación y sensibilización. No cabe desvirtuar en sede negocial la clara obligación legal que, además, ha de vincularse a las políticas preventivas y compartir las características de suficiencia y adecuación previstas en el art. 19 LPRL.

3. Balance del estado de la práctica convencional

En la práctica se aprecia un crecimiento exponencial del número de convenios que abordan el derecho a la desconexión, que ya comienza a ser abultado, con mayor precisión en los convenios de empresa³¹, pero con fórmulas genéricas en demasía sin abordar las cuestiones cruciales ni la garantía del ejercicio efectivo del derecho, con excepciones³². En ocasiones, junto a enunciados rituales o declaraciones programáticas y de buenas intenciones, se limitan al reconocimiento del derecho o a reiterar las previsiones legales³³, cláusulas que en absoluto asumen el papel destacado que les corresponde. Por el contrario, resulta poco habitual encontrar medidas o herramientas concretas que permitan el ejercicio efectivo del derecho. No faltan tampoco remisiones a la aprobación de una normativa,

30 También en términos potestativos respecto a la política interna en el CC de industrias cárnicas (BOE 16 de julio de 2022).

31 María Belén Fernández Collados, «La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital», *Lan Harremanak* nº 44, 2020, p. 56; Jalil Naji, Muñoz Ruíz, y Todolí Signes, *Guía para la negociación...*, cit., 54.

32 Por todos, Amparo Merino Segovia, (Coord.), «Organización del trabajo, vigilancia y control, ciberacoso, tutela medioambiental y representación de las personas trabajadoras»; Henar Álvarez Cuesta y David Lantarón Barquín, «Desconexión digital, clasificación profesional, estructura salarial, formación, prevención de riesgos laborales y protección de datos», ambos en la obra colectiva AA.VV. (Carlos L. Alfonso Mellado, et altri, Coords.), *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Observatorio de la negociación colectiva, Cinca, Madrid, 2022, 386 y 430.

33 A modo meramente ejemplificativo, VII CC del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 31 de mayo de 2018). CC de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (BOE 5 de julio de 2022). IV CC del ciclo integral del agua de Cataluña que prácticamente se limita a reconocer el derecho y a copiar el art. 88 LOPD (DO Generalitat de Catalunya 14 de julio de 2022). Algunas obligaciones para la empresa para garantizar la desconexión en CC de la industria siderometalúrgica de la provincia de La Coruña (art. 92) (BO A Coruña 3 de agosto de 2022). CC Renfe (BOE 19 de julio de 2023).

protocolo específico³⁴ o una política interna (art. 16 del convenio de perfumería y afines)³⁵; resaltando en algún CC que no forma parte del contenido del mismo y que se publicará en la intranet para el general conocimiento de toda la plantilla³⁶. En ocasiones se anuncia la creación de una comisión ad hoc para la implementación de buenas prácticas, más allá de las obligaciones y derechos y reglas de conducta adecuada y propuestas pedagógicas para dar a conocer la relevancia del tema³⁷.

Resulta harto infrecuente la inclusión del deber de abstención de las empresas, poniendo el acento, como hace ahora también el AENC, en la “libertad” de no responder. En justa correspondencia no suelen incluirse referencias a posibles sanciones frente a los incumplimientos empresariales, ni garantías o mecanismos de reacción inmediatos. Encontramos algún ejemplo, así el CC de la Sociedad Mixta de Agua de Jaén³⁸ alude expresamente al incumplimiento de las obligaciones exigidas en la política de desconexión, mencionando las responsabilidades de la LISOS en relación con los descansos de los trabajadores (art. 7.5 y 10 LISOS). Asimismo, se señala que la inexistencia de un protocolo podría sancionarse en materia de prevención de riesgos laborales si existe conexión entre esta falta y una concreción en algún trabajador de este riesgo psicosocial. Además, se establece que todo el personal es responsable de realizar su actividad conforme a las normas para cada una de sus actividades en la empresa, sobre las que ha recibido la formación necesaria, instando también a utilizar el canal de denuncias.

Algún avance hacia la contención se aprecia en textos que señalan que, como norma general “no se mandarán” correos electrónicos por parte de la empresa fuera del horario laboral, así como que no se establecerán llamadas telefónicas, ni se utilizará la mensajería instantánea fuera de las horas laborales pactadas con cada empleado “salvo las de carácter de urgencia”. Pese a ello, se recalca que el empleado tendrá la facultad de poder atender o no, cualquier tipo de comunicación³⁹, haciendo descansar el planteamiento en la “voluntariedad” para el trabajador que puede respetar o no el derecho, llegando en ocasiones a afirmar tajantemente que se reconoce como un derecho aunque no como una obligación⁴⁰. Como se ha

34 Así en el art. 10 CC de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU (BOE 19 de febrero de 2021). CC del Comercio textil de Barcelona (BOPB 31 de enero de 2023).

35 BOE 26 de enero de 2023. También CC de la industria del calzado (art. 73) (BOE 10 de abril de 2023).

36 Art. 16 CC del Banco de España (BOE 5 de agosto de 2022). Puede verse el Plan de Igualdad de Caixabank (2023); Política interna de Mapfre.

37 Art. 57 CC de Bureau Veritas Iberia, SLU (BOE 31 de marzo de 2023).

38 CC de la empresa Sociedad Mixta del Agua Jaén, SA (BOP Jaén 18 de enero de 2021).

39 CC de Centro Farmacéutico, SL (BOE 19 de junio de 2020) (art. 6.2).

40 CC de Bofrost (BOE 19 de junio de 2023). En la misma línea, art. 53 CC del CC de Decathlon España, SA (BOE 1 de septiembre de 2021); Directrices corporativas del derecho a la desconexión digital de Enagás (disponibles en <https://www.enagas.es/enagas/etica-integridad>). Asimismo se contempla dentro de la Política de desconexión digital de

advertido, la generalización de este tipo de cláusulas conlleva el riesgo de desdibujar el derecho a la desconexión, alejándolo de la gestión preventiva⁴¹.

A modo ejemplificativo, el CC de revistas y publicaciones periódicas (art. 17)⁴² establece el deber de las empresas de respetar la vida privada de su personal, que no podrá ser molestado fuera de sus horarios asignados. No obstante, las medidas concretas se centran en el derecho a no responder y en realizar un uso adecuado de los medios, evitando su uso. Cierta atención se presta en algunos casos, tras decretar que con carácter general “no se realizarán” llamadas, envíos de correos electrónicos o mensajería⁴³, al deber de cumplir con las políticas de desconexión por parte de quienes tengan responsabilidad sobre un grupo de personas, sirviendo y actuando como referente en el equipo⁴⁴. Faceta en la que inciden también otros convenios, añadiendo deberes de dejar un mensaje de “ausente” en el mail en días de vacaciones y otras ausencias⁴⁵, absteniéndose de requerir respuesta a las comunicaciones enviadas fuera del horario de trabajo; asimismo, caso de enviar comunicación que pueda suponer respuesta fuera de la jornada laboral, el remitente asumirá que la respuesta podrá esperar a la jornada laboral siguiente⁴⁶.

Es bastante habitual añadir una cláusula de salvaguarda frente a sanciones, perjuicios y represalias y elaboración de protocolos específicos en las empresas⁴⁷.

Cofares, disponible en su página (<http://www.cofares.es/documents/182611949/183177916/Politica+Desconexion+Digital+Cofares.pdf>). CC sectorial de empresas de servicios funerarios de la provincia de Valencia (BO Valencia 5 de octubre de 2022) (art. 76).

41 María Belén Fernández Collados, «La negociación colectiva...», cit., 74.

42 BOE 19 de enero de 2023.

43 Así también se insta a evitar las llamadas, envíos de correos o mensajería en el CC de las Entidades financieras de crédito (BOE 28 diciembre 2022), con medidas mínimas de respuestas automáticas o buenas prácticas respecto a las reuniones. En la misma línea, con algo más de detalle en algunas cuestiones, CC de las cajas y entidades de ahorro (BOE 3 de diciembre de 2020), p.e., asistencia voluntaria y con consideración como tiempo de trabajo a reuniones fuera de la jornada diaria. También dedica cierta atención al tema del fomento de la racionalización del tiempo invertido en reuniones con una serie de medidas concretas el CC del Grupo Santander (art. 11) (BOE 3 de diciembre de 2019). En la misma línea, puede verse la política contemplada en el Anexo VII del CC de bolsas y mercados españoles (BOE 23 de septiembre de 2022).

44 En la misma línea, CC de empresas de seguridad (BOE 12 de enero de 2022), que también incluye un listado de buenas prácticas. También CC de Bofrost (BOE 19 de junio de 2023). Asimismo, art. 53 CC del CC de Decathlon España, SA (BOE 1 de septiembre de 2021).

45 Acuerdo sobre desconexión digital anexo al II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España (BOE 13 de noviembre de 2019). CC de Caja Laboral Bancaseguros, SLU. (BOE 28 de octubre de 2021).

46 Art. 76 CC sectorial de empresas de servicios funerarios de la provincia de Valencia (BO Valencia 5 de octubre de 2022).

47 No faltan menciones en los CC a la no adopción de medidas sancionadoras o de represalia frente a los trabajadores que ejerzan su derecho, entre otros, CC de la Banca (BOE 30 de marzo de 2021); art. 87 CC del sector del comercio vario de Madrid (BOCM 24 de mayo de

Por su parte, las posibilidades de excepcionar el derecho -por fuerza mayor o circunstancias excepcionales necesitadas de respuesta urgente- reciben redacciones genéricas en demasía. Suele aludirse, con una fórmula tipo, a circunstancias excepcionales muy justificadas en los supuestos que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio, cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas⁴⁸, dejando prácticamente el alcance de la reconexión en manos del empresario. Referencias que, conforme a lo comentado en el lugar correspondiente del trabajo, deben interpretarse de forma sumamente restrictiva a fin de evitar abusos y respetar al máximo el ejercicio del derecho.

Con mejor criterio se limita en el CC de revistas y publicaciones periódicas (art. 17)⁴⁹ a los supuestos de “fuerza mayor”, insertando una salvedad expresa para personas trabajadoras que permanezcan a disposición de la empresa y perciban, por ello, un complemento de disponibilidad u otro de similar naturaleza⁵⁰. En el bien entendido de que, en todo caso, habrán de respetarse los mínimos indisponibles en materia de jornada y las obligaciones preventivas en orden a evitar no sólo la fatiga informática sino también otros trastornos ligados a la sobrecarga de trabajo. En todo caso, el pago de un plus o complemento ligado a la disponibilidad no puede soterrar el derecho fundamental a la seguridad y salud en el trabajo⁵¹. Ese tipo de aclaración también se incluye en el parco art. 25.10 del CC del sector de industrias de pastas alimenticias cuando señala “Ahora bien, aquellos trabajadores que, en atención a la singularidad del trabajo que desempeñan y la necesidad de que permanezcan a disposición de la empresa tengan una mayor disponibilidad ejercerán su derecho a la desconexión digital en los términos que se acuerde con la empresa”⁵². Y, como se ha indicado, habrá de hacerse con pleno respeto a la obligación general de seguridad. Son más laxas las previsiones del CC de

2023), que alude a la futura elaboración de las políticas desarrollando los criterios para el ejercicio del derecho, especificando sus modalidades; art. 67 CC de la industria metal gráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 19 de julio de 2022).

48 CC de las Entidades financieras de crédito (BOE 28 diciembre 2022); art. 80.1 c) XXIV Convenio colectivo del sector de la banca (BOE 17 marzo 2021); art. 26 bis.3 CC del sector de grandes almacenes (BOE 11 junio 2021); art. 10 CC general de ámbito estatal para las entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE 27 diciembre 2021), incluyendo además a los supuestos previstos en los protocolos de las empresas. *Vid.* art. 65.3 CC de Autotransporte Turístico Español, SA (BOE 27 de septiembre de 2021); art. 26 bis CC Kutxabank, SA (BOE 27 de septiembre de 2021).

49 BOE 19 de enero de 2023.

50 *Vid.* STSJ Madrid 17 de julio de 2023 (R. 136/2023).

51 Concepción que debe imperar por el juego combinado de los arts. 15, 40.2 y 43 del Texto constitucional y a la luz de la inclusión del derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable entre los principios y derechos fundamentales de la OIT (aprobada en la 110ª Conferencia de la OIT en junio de 2022).

52 BOE 12 de abril de 2021.

establecimientos financieros de crédito (art. 35.1 c)⁵³ y otros instrumentos donde se contempla que si concurren circunstancias que requieran la lectura inmediata (de comunicaciones profesionales enviadas fuera de jornada) se le avisará por cualquier otro medio que le permita conocer al destinatario de su envío (llamada telefónica, correo corporativo, etc)⁵⁴, brillando la especificación de la causa por su ausencia, haciendo una especie de gradación entre los medios por los que se contacta al trabajador, situando en un lugar más lesivo el WhatsApp o la mensajería instantánea e invadiendo el espacio del descanso caso de darse el pertinente aviso.

A lo anterior pueden sumarse las carencias en el tratamiento de los deberes de los trabajadores en relación con la desconexión digital y, más en general, con el uso de las nuevas tecnologías, ámbito donde resultan indispensables procesos formativos adecuados y eficaces en el uso razonable de los dispositivos digitales, como se ha referido. No obstante algunos CC incluyen entre las conductas sancionables los usos incorrectos o desviados, en algún caso mencionando de forma específica el incumplimiento de la política de desconexión por parte de los trabajadores, remitiendo al CC de aplicación, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que pudieran derivarse del incumplimiento⁵⁵.

Dicho lo anterior, un aspecto que debería cobrar especial trascendencia sería el de las acciones de formación y sensibilización, contenido mínimo y obligatorio de la política interna, pese a los tibios términos empleados por el AENC. La práctica negocial muestra su creciente presencia en los convenios, aunque en la mayoría de los casos se limitan a reiterar la norma legal⁵⁶ sin concretar aspectos como los contenidos, la duración o la modalidad, entre los más significativos. Por ejemplo,

53 “Se considerará que concurren circunstancias excepcionales muy justificadas cuando se trate de supuestos que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio, sus clientes y/o sus accionistas, así como cualquier otro de carácter legal y/o regulatorio cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas”. (BOE 28 de diciembre de 2022).

54 CC de Lidl (art. 21.7) (BOE 12 de septiembre de 2022). *Vid.* también CC de la empresa Sociedad Mixta del Agua Jaén, SA (BOP Jaén 18 de enero de 2021) (protocolo de desconexión digital). O en el CC de Kutxabank (BOE 27 de septiembre de 2021) que señala que tienen derecho a no responder... salvo que concurren circunstancias excepcionales de notable interés empresarial que fueran notificadas al empleado o empleada afectada y que de no ser atendidas pudieran acarrear un grave perjuicio empresarial (art. 26 bis). *Vid.* también CC de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU (BOE 7 de agosto de 2023).

55 Política interna de desconexión digital de Cofares. Asimismo, *vid.* Política de desconexión digital del grupo Prim (<https://www.prim.es/wp-content/uploads/2022/04/Politica-de-Desconexion-Digital-2022.pdf>).

56 Henar Álvarez Cuesta y David Lantarón Barquín, «Desconexión digital...», cit., 440. Por todos, CC Kiabi España (BOE 26 de abril) (art. 16).

el CC del sector de la banca⁵⁷ reconoce el derecho a la educación digital (art. 80.4), pero sin especificaciones en relación con la seguridad y salud o el uso razonable, aunque contiene un llamamiento a los protocolos para la regulación de los usos autorizados (art. 35.3 y 5). El CC de cajas y entidades de ahorro⁵⁸ señala que las entidades “realizarán” acciones de formación y sensibilización sobre la protección y respeto del derecho a la desconexión digital y laboral y sobre un uso razonable y adecuado de las TICs, dirigidas a todos los niveles de la organización. Otros textos aluden al interés por fomentar un uso razonable e impulsar una cultura adecuada sobre la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, promoviendo acciones de sensibilización y formación⁵⁹. El CC de la industria metal gráfica señala que la información, formación y sensibilización sobre este derecho deberá transmitirse a las personas trabajadoras de “forma clara e inequívoca”, debiendo desarrollarse “actividades formativas en tal sentido que aseguren el correcto conocimiento de los criterios que se pacten”⁶⁰. Con algo más de detalle en la política de desconexión de *Cofares*, que al menos alude a la periodicidad y a su inclusión en el plan de formación de la empresa así como a su revisión periódica si fuera necesario adaptarlas a nuevas y futuras necesidades de la organización. Llamando también a la colaboración de todos los miembros de la compañía en la aplicación correcta de la política⁶¹.

Para concluir, en el aspecto que ha centrado nuestra atención (la gestión y evitación de la fatiga informática y otros riesgos psicosociales asociados) se aprecia un alto grado de desvinculación respecto a la prevención de riesgos, siendo más frecuente el tratamiento de la desconexión al abordar el teletrabajo, junto a las previsiones dedicadas al tiempo de trabajo o, de forma más esporádica, junto a otros derechos digitales. En la práctica, el enfoque preventivo vinculado a la gestión de riesgos psicosociales resulta casi testimonial en la práctica negocial⁶². Algún

57 BOE 30 de marzo de 2021. El CC del grupo Repsol (BOE 28 de febrero de 2023) incide en la adecuación y actualización de los recursos humanos a los cambios organizativos y tecnológicos con una especial atención a la asimilación de las nuevas tecnologías, pero no se concretan actuaciones sobre el uso razonable de los dispositivos ni con los riesgos a ellos asociados (anexo 6. Política de formación).

58 BOE 3 de diciembre de 2020.

59 CC de la empresa Sociedad Mixta del Agua Jaén, SA (BOP Jaén 18 de enero de 2021). En la misma línea, tras incidir en que corresponde a toda la organización la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir este derecho a la desconexión, implicándose en el cambio cultural necesario, de forma que la formación y la sensibilización en toda la escala jerárquica deberán ser claves para que este compromiso sea real, CC de Orange (BOE 18 de octubre de 2019).

60 Art. 67 CC de la industria metal gráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 19 de julio de 2022).

61 También política de desconexión digital del grupo Prim (<https://www.prim.es/wp-content/uploads/2022/04/Politica-de-Desconexion-Digital-2022.pdf>).

62 Nuria J. Ayerra Duesca, «El derecho a la desconexión digital...», cit., 66; Margarita Miñarro Yanini, «El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del

ejemplo encontramos en el Acuerdo Interprofesional de Cataluña (en adelante, AIC) para los años 2018-2020⁶³, pendiente de renovación, que aborda esta problemática, incidiendo en las posibles distorsiones que el desarrollo de las comunicaciones provoca en el tiempo de trabajo y los usos sociales del tiempo, y de los riesgos para la salud de las personas y la obligación de prevenirlos, instando a la negociación colectiva a valorar esta nueva realidad. Ahora bien, lo que propone a los CC se mantiene en unos términos poco incisivos, incidiendo en el derecho al respeto de su tiempo de descanso *“hecho que comporta no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos, valorando las diferentes casuísticas y tratamientos diferenciados que puedan existir”*. En el ámbito de las empresas, llama a la posible elaboración de protocolos negociados y a la puesta en marcha de actuaciones de *comunicación y sensibilización... sobre las pautas de trabajo derivadas del protocolo, y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios digitales*.

En algunos convenios se alude al fomento de entornos saludables o a la salud y seguridad como factores clave de la política empresarial, pero sin medidas preventivas concretas y específicas, aunque sí con recomendaciones de uso responsable⁶⁴ y menciones a la fatiga informática, en los términos legales, ligada a la formación y sensibilización⁶⁵.

V. Decálogo de recomendaciones y buenas prácticas

A modo de epílogo, dadas las carencias que presenta aún la recepción en la negociación de unas normas adecuadas para garantizar la efectividad del derecho a la desconexión digital orientado a la tutela de la seguridad y salud y el uso razonable de los dispositivos tecnológicos, propondría un decálogo de recomendaciones y buenas prácticas encaminadas a satisfacer el importante rol que el convenio está llamado a desempeñar en este ámbito.

derecho a la desconexión digital», en Miguel Rodríguez-Piñero Royo, y Adrián Todolí Signes, (Dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 578; María Encarnación Gil Pérez, *El teletrabajo y el impacto de las nuevas tecnologías en la salud y seguridad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2023, 59. A modo de ejemplo, CC de cajas y entidades de ahorro (BOE 3 de diciembre de 2020) lo relaciona con la mejora de salud disminuyendo la fatiga tecnológica o el estrés y mejorando el clima laboral y la calidad del trabajo. En la misma línea el art. 53 CC del CC de Decathlon España, SA (BOE 1 de septiembre de 2021). Y también lo hacía el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020 (BOE 18 de julio).

63 Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre (DO. Generalitat de Cataluña 7 de septiembre de 2018).

64 Art. 23 CC de Orange (BOE 18 de octubre de 2019).

65 En el CC de Centro Farmacéutico, SL (BOE 19 de junio de 2020) se alude a la celebración anual de este tipo de jornadas para evitar el riesgo de fatiga informática (art. 6.2). Alusiones a la fatiga informática y a la creación de un entorno laboral más propicio en art. 7 bis CC de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (BOE 22 de julio de 2022).

1. Huir de fórmulas tipo, hueras de eficacia práctica o del “*cut and paste*” como pusiera ya de manifiesto la doctrina en los primeros compases del desarrollo legal del derecho en nuestro país y en otros del entorno⁶⁶.
2. En consonancia con lo anterior, incluir herramientas o medidas específicas de garantía del derecho, adaptadas al ámbito concreto de aplicación del convenio, con especial atención al teletrabajo.
3. Poner el acento en el deber de abstención de la empresa, esto es, en la propia necesidad de limitar el uso de los dispositivos que ha de partir de quien se beneficia de su utilización en el trabajo, con mayor razón si es su titular.
4. Diseñar actuaciones concretas de formación y sensibilización, especificando sus contenidos, duración, repetición periódica y otros análogos. Pese a la inclusión de esta necesidad de formar sobre el uso razonable en una norma tan específica y su conexión con el riesgo de fatiga informática, debe abordarse con una mayor amplitud de miras para integrar otros comportamientos que desbordan el uso “adecuado” de los dispositivos y que inciden de forma relevante en la salud de los trabajadores, en su bienestar e, incluso, en el mantenimiento de un buen clima laboral, la productividad y la buena imagen empresarial (realización de conductas abusivas, violencia digital o ciberacoso), necesitadas también de una educación digital en el ámbito laboral.
5. Tanto la formación (sobre el uso adecuado, moderado y saludable) de las tecnologías que debería vincularse a la prevista en el art. 19 LPRL como el resto de las medidas deberían incardinarse dentro de las políticas de prevención de riesgos laborales y vincularse a sus instrumentos elementales (evaluación de riesgos y planificación preventiva).
6. Debería incidirse en la desconexión como deber de los trabajadores, insistiendo en su “colaboración” para el cumplimiento, inclusive previendo las correspondientes respuestas disciplinarias.
7. Teniendo en cuenta las dificultades para la garantía efectiva del derecho, y la propia normalización de los incumplimientos, según el nivel de riesgos, sería conveniente la previsión convencional, junto a las obligaciones de la propia empresa y sus mandos, de instrumentos o medidas que limitan la voluntad del trabajador, sencillos y de probada eficacia⁶⁷. O, inclusive, yendo un paso más allá, la desconexión total y

66 Emanuele Dagnino, «The right to disconnect in the Prism of Work-life Balance. The Role of Collective Bargaining: A Comparison between Italy and France», *XXII Congreso Mundial ISLSSL*, Turín, 2018, 4-5 y 10.

67 Rodrigo Tascón López, «El derecho de desconexión...», cit., 10; Lourdes Mella Méndez, «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores»,

automática, bloqueo de acceso a herramientas digitales, dejarlas en el lugar de trabajo, períodos de siesta digital o toque de queda digital o fijación de una franja horaria en la que exclusivamente se puede conectar tras la jornada y otros análogos⁶⁸.

8. Las posibles excepciones al ejercicio del derecho deben ser lo más taxativas posibles, con causas concretas y específicas ligadas a la fuerza mayor de carácter excepcional y a la imprevisibilidad, así como las vías de utilización y los trabajadores afectados.
9. En su caso, la necesidad de respuesta urgente, inmediata y excepcional debería canalizarse a través de pactos específicos de conectividad, con los correspondientes límites, con la pertinente retribución y restringidos, evitando el barrenado de los tiempos de no trabajo y de descanso. Es interesante, asimismo, la propuesta de valorar el tiempo de respuesta de correos electrónicos como carga de trabajo, con consideración a efectos de horas extras y así sucesivamente⁶⁹.
10. A modo de cierre, con carácter más general, los convenios deberían apostar por una regulación del tiempo de trabajo más ajustada a las nuevas realidades sociales y del mundo del trabajo, buscando un mayor grado de equilibrio entre la flexibilidad pro empresario y los intereses del trabajador.

VI. Bibliografía

- Arrieta Idiakez, Francisco J., «La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismo para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia», *Lan Harremanak*, 42, 2019 (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21286>).
- Ayerra Duesca, Nuria J., «El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak* 47, 2022, 41-71 (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23520>).
- Cialti, Pierre H., «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», *Temas Laborales* 137, 2017, 163-181.
- Dagnino, Emanuele, «Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata», *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 4/XXVII, 2017, 1024-1040.

Trabajo y Derecho nº 16 (2016), 23.

68 Fernández Avilés, «NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo...», cit., 87; Noemí Manzano Santamaría, «Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas formas de organización del trabajo: análisis psicosocial», *Seguridad y Salud en el Trabajo*, 92 (2017), 32.

69 Cialti, «El derecho a la desconexión...», cit., 179.

- Dagnino, Emanuele, «The right to disconnect in the Prism of Work-life Balance. The Role of Collective Bargaining: A Comparison between Italy and France», *XXII Congreso Mundial ISLSSL*, Turín, 2018, 1-11.
- Fernández Avilés, José Antonio, «NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora», *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2017, 69-101.
- Fernández Collados, María Belén, «La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital», *Lan Harremanak* n° 44, 2020, 56-78 (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22053>).
- Fumero Dios, Inmaculada S., *El teletrabajo y el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable*, Bomarzo, Albacete, 2023.
- Gil Pérez, María Encarnación, *El teletrabajo y el impacto de las nuevas tecnologías en la salud y seguridad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2023.
- González Cobaleda, Estefanía, «Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales», *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, Madrid, UGT, 2016, 261-286.
- Manzano Santamaría, Noemí, «Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas formas de organización del trabajo: análisis psicosocial», *Seguridad y Salud en el Trabajo*, 92, 2017, 22-35.
- Mella Méndez, Lourdes, «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho* n° 16, 2016, 2-26.
- Merino Segovia, Amparo (Coord.) «Organización del trabajo, vigilancia y control, ciberacoso, tutela medioambiental y representación de las personas trabajadoras», en AA.VV. (Alfonso Mellado, Carlos L. et altri, Coords.), *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Observatorio de la negociación colectiva, Cinca, Madrid, 2022, 363-418.
- Miñarro Yanini, Margarita, «El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital», en Rodríguez-Piñero Royo, Miguel y Todolí Signes, Adrián. (Dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 577-596.
- Molina Navarrete, Cristóbal «Jornada laboral y tecnologías de la información y comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso», *Temas Laborales*, 138, 2017, 249-283.

- Moreno Jiménez, Bernardo, «Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales», *Medicina y Seguridad en el Trabajo* nº 57 (suplem. 1), 2021, 4-19.
- Moreno Solana, Amanda, «La desconexión digital en el teletrabajo como medida de prevención de riesgos laborales», *Anuario de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 8, 2022, 111-138.
- Requena Montes, Óscar, «Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva», *Lex Social* vol. 10, nº 2, 2020, 541-560.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel y Calvo Gallego, Francisco Javier, «Los derechos digitales de los trabajadores a distancia», *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 11, 2020, 1448-1472.
- Rota, Anna, «El debate europeo sobre el derecho a la desconexión en las relaciones de trabajo», *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, Madrid, UGT, 2016, 287-310.
- Soriano Cortés, Dulce, «Derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras», en López Ahumada, J. Eduardo (Dir.), *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2023, 325-360.
- Taléns Visconti, Eduardo E., «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, 4, 2018, BIB 2018/8599, 1-12.
- Tascón López, Rodrigo, «El derecho de desconexión de los trabajadores (potencialidades en el ordenamiento español)», *Trabajo y Derecho* nº 41, 2018, LA LEY 3170/2018, 1-31.
- Terradillos Ormaetxea, M. Eurne, «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», *Lan Harremanak*, 42, 2019, 18.
- Trujillo Pons, Francisco, «La desconexión digital a lomos de la seguridad y salud en el trabajo», *Lan Harremanak* 45, 2021, 257-275. Disponible en <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.219555>.
- Trujillo Pons, Francisco, «Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo», *Revista de Derecho Social y Empresa* nº 18, 2023, pp. 1-27.

Vallecillo Gámez, María Rosa, «El derecho a la desconexión: ¿“novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 2017, 167-178.

Velasco Portero, Teresa, «Derecho a la desconexión digital», *Temas Laborales* nº 168, 2023, 393-413.

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR

DULCE ELICHE MORAL

*Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

Resumen

Progresivamente se está produciendo en España la equiparación del régimen jurídico laboral y de seguridad social de los empleados de hogar respecto a los demás trabajadores por cuenta ajena mediante sucesivas modificaciones normativas llevadas al efecto con dicha finalidad. En este artículo se analiza la situación anterior y posterior a la inclusión dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) de los trabajadores al servicio del hogar familiar llevada a cabo por el Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

Palabras clave:

Empleados de hogar; prevención de riesgos laborales; Organización Internacional del Trabajo; relación laboral de carácter especial; hogar familiar

I. El Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar

Tras la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar¹ (en adelante, RDL 16/2022), se logró dar un paso más en la equiparación de estas personas trabajadoras en relación

1 BOE de 8 de septiembre de 2022.

a los demás trabajadores por cuenta ajena en España. Se utilizó el Real Decreto Ley como fuente normativa, que exige una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Se justificó la extraordinaria y urgente necesidad de este Real Decreto Ley precisamente por los compromisos que se habían asumido a nivel internacional y a nivel comunitario en esta materia, y por exigencias de la seguridad jurídica y de la protección de este colectivo como uno de los especialmente vulnerables en España².

El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (en adelante, RD 1620/2011) y la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, ya comenzaron con la labor de equiparación paulatina en el sentido establecido en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos del año 2011³. Este Convenio fue adoptado en Ginebra, en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el 16 de junio de 2011. Entró en vigor el 5 de septiembre de 2013. Se trata de un instrumento actualizado, encuadrado dentro de la categoría de convenios técnicos de la OIT, y actualmente está abierto a denuncias desde el 5 de septiembre de 2023 al 5 de septiembre de 2024. (“Convenio C189 - Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)”).

Sin embargo, la equiparación tenía que seguir siendo desarrollada, ya que estos trabajadores aún quedaban fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en España, aplicándoseles además todavía regulaciones específicas de condiciones laborales más desfavorables que al resto de trabajadores por cuenta ajena, sin existir una justificación suficiente de esta diferencia de trato, provocando una situación de desigualdad.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C 389/20)⁴ estableció que España estaba discriminando indirectamente a las personas empleadas en el hogar familiar, siendo esto contrario a la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, ya que la normativa española en el Sistema Especial de Seguridad Social del servicio en el hogar familiar⁵ no reconocía el derecho de estos trabajadores a cotizar por desempleo y a ser protegidos por esta

2 Exposición de Motivos, apartado V del RDL 16/2022.

3 Sobre el impacto del Convenio de la OIT núm. 189 en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar, *vid.* Romeral Hernández 2013, 1-34.

4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62020CJ0389>

5 A partir del 1 de enero de 2012 el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar se integró en el Régimen General como un Sistema Especial (Disposición Adicional 39ª de la Ley 27/2011).

contingencia⁶, dándose la circunstancia de que el mayor número de trabajadores de este sector son mujeres. Por otro lado, para poder acceder a otras prestaciones de Seguridad Social se exige como requisito haber sido beneficiario de prestación por desempleo, por lo que el perjuicio era mayor para este colectivo de trabajadores. Considera el tribunal que las argumentaciones alegadas por el Estado español para excluir de la protección por desempleo a este colectivo de trabajadores (que eran mayoritariamente trabajadores a tiempo parcial, eventuales y que la actividad laboral se desarrolla en un domicilio para un empleador particular) no justificaban la diferencia de trato y la exclusión de dicha protección⁷. (González del Rey Rodríguez 2022).

A raíz de esta sentencia España finalizó el proceso de ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT⁸. Este convenio ha sido ratificado por treinta y seis países, estando en vigor en todos ellos con la excepción de España, en el que entrará en vigor el 29 de febrero de 2024, habiendo sido ratificado el 28 de febrero de 2023 (“Ratificación de los convenios de la OIT: Ratificación por convenio”)⁹.

Junto con el Convenio núm. 189 de la OIT, destaca la Recomendación 201 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptada en Ginebra, en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo

Un análisis de la integración de los empleados de hogar en el Régimen General de la Seguridad Social en Fernández Costales 2013, 1-28.

Como dato positivo a tener en cuenta desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, la extensión a los empleados de hogar de la acción protectora por contingencias profesionales efectuada por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, a través de la nueva Disposición Adicional 53ª de la LGSS, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, posibilita el acceso a estadísticas y datos de siniestralidad laboral que facilitan la actividad preventiva. (Romeral Hernández 2013, 25).

El Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

6 *Vid.* Fernández Costales 2013, 19, 20.

7 Sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C 389/20) *vid.* Abogados S.L.P., Gómez-Acebo & Pombo 2022, 1, 2.

8 El artículo 14 del Convenio número 189 de la OIT en su apartado 1 establece “Todo Miembro, actuando en conformidad con la legislación nacional y teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad.”

9 La ratificación de este Convenio de la OIT por España ha sido clave en la equiparación del régimen jurídico de los empleados de hogar respecto a los demás trabajadores por cuenta ajena. Sobre la necesidad de la ratificación de este Convenio, *vid.* Sanz Sáez 2020, 19, 20.

el 16 de junio de 2011 para complementar las disposiciones del Convenio número 189 de la OIT. (“Recomendación R201 - Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 201)”).

A pesar de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la anteriormente citada sentencia no se pronunció sobre si la normativa laboral española era contraria a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, el RDL 16/2022 no sólo ha modificado la regulación de la protección por desempleo de estos trabajadores, sino que además ha efectuado una nueva regulación de sus condiciones laborales generales para lograr la equiparación con los demás trabajadores por cuenta ajena.

El artículo 3 del RDL 16/2022 elimina el artículo 251 d) 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, LGSS), donde se preveía la exclusión de este colectivo de trabajadores de la protección por desempleo, incorporando en el artículo 267.1 a) de la LGSS una nueva situación legal de desempleo.

Así, los trabajadores incluidos dentro del Sistema Especial de Empleados de Hogar¹⁰ tendrán ya la obligación de cotizar por desempleo y se les aplicará, por tanto, la protección por desempleo, regulando la Disposición Transitoria 16ª de la LGSS una norma específica para calcular las bases y los tipos de cotización por esta contingencia, previendo un periodo de aplicación paulatina según la disposición transitoria segunda¹¹.

Otras cuestiones que el Real Decreto Ley regula son la aplicación de la protección del Fondo de Garantía Salarial a estos trabajadores en caso de insolvencia o concurso del empresario abonando los salarios pendientes de pago por dicha causa, y la modificación del RD 1620/2011 en lo referente a la aplicación supletoria de la normativa laboral común y a la forma y extinción del contrato¹².

El RDL 16/2022 modifica de forma sustancial el artículo 11 del RD 1620/2011 relativo a la extinción de la relación laboral especial, ya que anteriormente era posible la extinción unilateral y sin causa del contrato de trabajo por parte del empresario con una indemnización de doce días por año con un máximo de seis mensualidades, indemnización inferior a la de los demás trabajadores por cuenta ajena, provocando una diferencia de trato de este colectivo de trabajadores que incrementa su desprotección frente al despido¹³.

10 Un estudio de la protección social de los empleados de hogar en Miñambres Puig 2013, 19-21.

11 *Vid.* Romeral Hernández 2022, 39-47.

12 *Vid.* Romeral Hernández 2022, 50, 51.

13 Un análisis de las reformas efectuadas en materia de contrato de trabajo y de extinción de la relación laboral en Romeral Hernández 2022, 47-50.

La nueva redacción del artículo 11 prevé que se puede extinguir el contrato de trabajo, además de por las causas comunes establecidas en el 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 (en adelante, ET), por decisión del empleador siempre que se base en una causa valorable objetivamente teniendo en cuenta las peculiaridades propias de la relación laboral en un hogar¹⁴.

Otra modificación relevante es que a partir del 1 de enero de 2023 los empleadores de los empleados de hogar que presten sus servicios durante menos de sesenta horas mensuales tendrán que asumir la obligación de cotizar, de modo que, aunque hayan acordado con el empleado de hogar antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley que fuera el empleado de hogar el que asumiera en ese caso las obligaciones relativas a encuadramiento y cotización de Seguridad Social, a partir de dicha fecha ya no será factible.

Se prevé la creación de una comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales que tendrá que efectuar una propuesta en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley¹⁵ (Romeral Hernández 2022, 54, 55).

Se incluye también un compromiso de llevar a cabo políticas de formación para el reconocimiento de las competencias laborales y de cuidados que llevan a cabo los empleados de hogar considerando las políticas públicas de conciliación y corresponsabilidad del Plan Nacional Corresponsables y de los planes autonómicos que se han ido generando. La formación y la acreditación de estas competencias profesionales beneficia a los empleados de hogar que efectúan tareas de cuidado dentro del hogar familiar y fomenta la valoración y la dignificación de las mismas (Grau Pineda y Quintero Lima 2022)¹⁶.

Además, el RDL 16/2022 incorpora dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la LPRL a los trabajadores al servicio del hogar familiar considerando las peculiaridades de la prestación de su actividad laboral. Esta última cuestión va a ser analizada en el presente artículo¹⁷.

14 El artículo 5 apartado 3 del RDL 16/2022 incluye las siguientes causas de extinción: “1. La disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida, como ocurre en los casos en que la persona empleadora pierde su empleo. 2. la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar, como podría ser el cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar, o algún cambio en las capacidades de la persona empleadora para asumir personalmente las actividades que son objeto de contratación. 3. el comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de forma razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.”

15 El RDL entró en vigor el 9 de septiembre de 2022 (Disposición Final séptima).

16 *Vid.* Romeral Hernández 2022, 55.

17 Se puede consultar un análisis de las modificaciones efectuadas por el RDL 16/2022 en Romeral Hernández 2022, 31-57.

II. La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar

El artículo 2.1 del ET, se refiere a las relaciones laborales de carácter especial, y entre ellas, a la del servicio del hogar familiar¹⁸.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar está regulada por el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, que derogó el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar¹⁹, que fue la primera regulación de carácter laboral del servicio del hogar familiar, ya que antes era objeto de una regulación civil (Ayala del Pino 2018, 148) (Miñambres Puig 2013, 1, 2) (Romeral Hernández 2013, 3).

En el RD 1620/2011²⁰ se observa que se le da especial relevancia al lugar donde se desarrolla la actividad laboral, que es el hogar familiar²¹, y a la existencia de un vínculo personal especial de confianza entre el empleador titular del hogar familiar y el trabajador empleado de hogar, lo que explica el gran protagonismo de la autonomía de la voluntad en la regulación de dicha relación laboral²². (Sanz Sáez 2020, 4,5) (Miñambres Puig 2013, 2) (Romeral Hernández 2013, 4).

Respecto a la prevención de riesgos laborales, el artículo 7.2 del RD 1620/2011 impone al empleador cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se lleve a cabo en las condiciones adecuadas de seguridad y salud, exigiendo la adopción de medidas eficaces para este fin de conformidad con las características específicas del trabajo a desarrollar, añadiendo que el incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado²³. Cuando el artículo 3.4 de la LPRL excluía de su ámbito de aplicación al trabajo doméstico resultaba difícil concretar el contenido de esta obligación del empleador prevista en el artículo 7.2

18 Un estudio sobre la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar en Ayala del Pino 2018, 145-162. *Vid.* también Miñambres Puig 2013, 1-22.

19 Disposición derogatoria única 2 del RD 1620/2011.

20 Según el artículo 1.2 del RD 1620/2011, “Se considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar.”

Una concreción del concepto de empleado doméstico, refiriéndose a exclusiones de dicho concepto, en Miñambres Puig 2013, 7, 8.

21 Sobre el concepto de hogar familiar, *vid.* Miñambres Puig 2013, 4, 5.

22 Un análisis de la autonomía contractual individual de los trabajadores domésticos en Ayala del Pino 2018, 152-153.

23 Otra cuestión relevante es la relativa a los empleados de hogar “internos”, que residen en el hogar en el que trabajan, en lo que se refiere a las condiciones de salubridad y de higiene que deben exigirse en las dependencias de uso personal de los mencionados trabajadores, *vid.* Romeral Hernández 2013, 25, 26.

del Real Decreto (Romeral Hernández 2013, 22), así como las consecuencias de su incumplimiento²⁴, provocando inseguridad jurídica e incertidumbre. Además, el “incumplimiento grave” mencionado por el artículo 7 del RD 1620/2011 es difícil de probar por parte del trabajador doméstico, y de controlar por parte de la Inspección de Trabajo²⁵, debido a que el lugar de trabajo es un domicilio protegido por la inviolabilidad prevista en el artículo 18 de la Constitución Española (en adelante, CE)²⁶. Se plantea que en este supuesto resultaría aplicable la causa de extinción unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador por motivos no imputables al mismo prevista en el artículo 50.1c) del ET, teniendo derecho a la indemnización propia del despido improcedente y, tras el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo, a dicha prestación. (Sanz Sáez 2020, 12,13) (Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 331).

Actualmente sí se incluye el trabajo doméstico en el ámbito de la LPRL y su implementación será objeto de estudio en otro apartado.

III. La exclusión de las personas trabajadoras de la relación laboral especial del trabajo doméstico del ámbito de aplicación de la LPRL

El trabajo doméstico²⁷ se ha caracterizado tradicionalmente por su alto nivel de feminización²⁸, y por tratarse de un trabajo poco valorado desde el punto de vista social, al considerarse un trabajo informal que no produce riqueza (Romeral Hernández 2013, 1, 2), y con altos índices de precariedad laboral y de empleo sumergido (Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 330), motivados por el incumplimiento de la normativa laboral reguladora de las condiciones de trabajo y de la normativa de seguridad social²⁹, junto a la inaplicación de las normas de

24 En lo que se refiere a la no aplicación de la LPRL a esta relación laboral de carácter especial del trabajo doméstico, la doctrina científica ha defendido diversas posiciones. (Sanz Sáez 2020, 6).

25 Respecto al control por la Inspección de Trabajo del trabajo doméstico, *vid.* Sanz Sáez 2020, 16-19; y Moreno Cáliz 2004, 33-38.

26 El derecho a la intimidad del empleador no es absoluto, aunque se trate de un derecho fundamental, por lo que, al entrar en conflicto con otros derechos protegidos, debe procederse a su ponderación y limitación en su caso.

En lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio, el artículo 13.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dispone: “Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.”

27 Sobre las particularidades del trabajo doméstico, *vid.* Romeral Hernández 2022, 32-35.

28 En el tercer trimestre de 2023, según los datos del INE, hay 427.300 trabajadores domésticos, de los que 7.200 son hombres y 420.100 son mujeres. (<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4077>).

Un enfoque desde la perspectiva de género de las trabajadoras del servicio doméstico se puede observar en el libro de *Abstracts* del Congreso Ganarse la Vida: Género y trabajo a lo largo de los siglos, Ruiz Álvarez, Molina Fajardo, e Hidalgo Fernández 2022, 393-440.

29 En este sentido, Giménez 2009, 6.

prevención de riesgos laborales³⁰. Si el empleado de hogar es extranjero en situación irregular la precariedad laboral se agrava³¹. (Sanz Sáez 2020, 4).

Esta actividad laboral se desarrolla en el hogar familiar, y al tratarse de un domicilio particular no ha sido considerado como un típico lugar de trabajo. Otro factor a considerar es que el titular del hogar familiar o empleador no tiene naturaleza empresarial³² (Romeral Hernández 2022, 52). Sin embargo, los trabajadores domésticos están sometidos a múltiples tipos de riesgos laborales en función de las diversas actividades que desarrollan dentro del hogar familiar³³ y según las características específicas del lugar de trabajo, pudiendo producirse accidentes de trabajo y enfermedades profesionales³⁴. (Romeral Hernández 2013, 24).

A pesar de ello, el trabajo doméstico ha sido tradicionalmente excluido del ámbito de aplicación de la LPRL, así se establecía en el artículo 3.4 de la LPRL³⁵, aunque el artículo 40 de la CE establece la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo como un principio rector de la política social y económica³⁶.

30 Se puede consultar un análisis del marco normativo de la protección social de los trabajadores domésticos en España en Romeral Hernández 2022, 35-38; *Vid.* Giménez 2009, 24.

31 Las mujeres extranjeras constituyen un colectivo especialmente afectado (Moreno Cáliz 2004, 11).

32 Un estudio del empleador o titular del hogar familiar en Miñambres Puig 2013, 6,7.

33 Según el artículo 1.4 del RD 1620/2011: “El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos.”

Un análisis de esta cuestión en Miñambres Puig 2013, 5, 6.

34 “Los trabajadores que prestan servicios en domicilios privados están expuestos a riesgos profesionales como cualquier trabajador por cuenta ajena -derivados del ambiente de trabajo en el que están inmersos, de la maquinaria que utilizan-, ya sean riesgos físicos, riesgos químicos, biológicos o incluso de carácter psíquico, que pueden dar lugar, en este último caso a patologías derivadas del aislamiento social...” (Moreno Cáliz 2004, 9, 10).

35 Se puede consultar un análisis de la aplicación y control de la normativa de prevención de riesgos laborales en los domicilios particulares, con especial referencia a los trabajadores domésticos como colectivo excluido del ámbito de aplicación de la LPRL, en Moreno Cáliz 2004, 1-49.

Vid. también Miñambres Puig 2013, 12.

36 En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares n.º 212/2018, de 18 de mayo, ECLI:ES:TSJBAL:2018:492, en cuyo Fundamento de Derecho Séptimo, 5º párrafo afirma: “(...) Tratándose de la relación especial del servicio del hogar familiar la deuda de seguridad no tiene el alcance previsto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo art. 3.4 se excluye de su ámbito

Esta previsión de la LPRL supuso un paso atrás en la protección de los trabajadores domésticos. La Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971³⁷ indicaba en su artículo 1 que a las disposiciones de dicha ordenanza se ajustaría la protección obligatoria mínima de las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, para prevenir accidentes y enfermedades profesionales, y conseguir las mejores condiciones de higiene y bienestar en los centros y puestos de trabajo en que dichas personas llevaran a cabo su actividad. La Disposición Adicional del Real Decreto 1424/1985 disponía que la normativa laboral común resulta aplicable en todo lo que no resulte incompatible con las peculiaridades propias del carácter especial de la relación, por lo que la mencionada ordenanza regía para los trabajadores domésticos.

Los motivos en los que se ha basado esta exclusión son diversos: el hecho de que el trabajo se desarrolle en un domicilio particular supone un claro obstáculo para poder efectuar la prevención de riesgos laborales y el control por parte de la Inspección de Trabajo de la aplicación de dicha normativa preventiva. El empresario o empleador del trabajador doméstico es un cabeza de familia y la prestación de la actividad laboral se desempeña en un hogar familiar, por lo que resultan afectados los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio previstos, respectivamente, en el artículo 18 apartados 1 y 3 de la CE. Debemos considerar además la escasa acción sindical desarrollada respecto a este tipo de actividad laboral y la inexistencia de asociaciones empresariales específicas³⁸. (Sanz Sáez 2020, 2, 3) (Romeral Hernández 2013, 23).

El primer sindicato a nivel nacional de trabajadoras del hogar que se crea es SINTRAHOCU, Sindicato de Trabajadoras del Hogar y los Cuidados (Olías 2020), fundado el 15 de octubre de 2020³⁹.

Esta exclusión de los trabajadores domésticos del ámbito de aplicación de la LPRL no es contraria al artículo 3 de la Directiva (marco) 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo⁴⁰. (Sanz Sáez 2020, 10). (Romeral Hernández 2022, 52) (Romeral Hernández 2013, 23).

de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no pudiendo exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma para los empresarios en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa”.

37 BOE de 16 de marzo de 1971.

38 Un análisis de la autonomía colectiva de los trabajadores domésticos en Ayala del Pino 2018, 150-152.

39 <https://sintrahocu.org/>

40 El artículo 3 de la Directiva marco dispone que a los efectos de la presente Directiva se entenderá por trabajador cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los

Los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio están íntimamente vinculados⁴¹, y ambos pueden colisionar con los derechos a la seguridad y a la salud laboral de los empleados de hogar.

Aunque se produzca una colisión entre los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio del empleador y los derechos a la seguridad y a la salud laboral de los empleados de hogar, no se puede inaplicar el derecho a la seguridad y a la salud laboral de estos trabajadores de forma absoluta, sino que habrá que ponderar el conflicto que se produce entre estos derechos para no perjudicar a este colectivo de trabajadores negándoles categóricamente su derecho a la seguridad y a la salud laboral.

El argumento de que la prestación de la actividad laboral se lleva a cabo en un domicilio no es suficiente para justificar la exclusión del trabajo doméstico del ámbito de la LPRL, ya que otros colectivos, tales como las personas trabajadoras de ayuda a domicilio o los trabajadores de empresas de servicios, también desarrollan su actividad laboral en un domicilio incluyéndose dentro del ámbito de la LPRL, al igual que los “trabajadores a domicilio”⁴². (Sanz Sáez 2020, 8, 20).

trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar. DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, rec. 2229/2016, de 9 de enero de 2017, ECLI:ES:TSJCL:2017:29, al establecer en su Fundamento de Derecho Segundo párrafo octavo que “(...) en el ámbito de la Unión Europea los trabajadores al servicio del hogar familiar están excluidos del ámbito de aplicación de las normas de seguridad y salud laboral con carácter general, salvo cuando en alguna concreta directiva se establezca lo contrario (...)”.

41 STC 22/1984, de 17 de febrero.

42 Según el artículo 1 del Convenio núm. 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio, hecho en Ginebra el 20 de junio de 1996:

“A los efectos del presente Convenio:

a) La expresión «trabajo a domicilio» significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

i. En su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;

ii. a cambio de una remuneración;

iii. con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;”

Este Convenio entró en vigor en España el 25 de mayo de 2023, un año después de su ratificación.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, distingue en su artículo 2:

Esta exclusión de los trabajadores domésticos del ámbito de la LPRL no impide la aplicación a este colectivo de trabajadores del artículo 40.2 de la CE, que prevé que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo (Romeral Hernández 2013, 23, 24)⁴³, y del artículo 14 de la CE, que recoge el principio de igualdad y de no discriminación. Si las personas trabajadoras de empresas de servicios realizan tareas propias de empleados de hogar en un hogar familiar, y los trabajadores del servicio de ayuda a domicilio de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia efectúan, junto con el cuidado de las personas dependientes, tareas domésticas también en el hogar familiar de dichas personas atendidas, y ambos colectivos están incluidos en el ámbito de la LPRL, carece de justificación que los trabajadores domésticos que desarrollan tareas idénticas en el hogar familiar no queden incluidos en el ámbito de la LPRL.

El hecho de que la actividad laboral de los trabajadores domésticos tenga lugar en un domicilio particular conlleva una dificultad a la hora de efectuar la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, pero no la imposibilita.

La exclusión de los trabajadores domésticos del ámbito de aplicación de la LPRL suponía que al empleador no se le podía exigir el cumplimiento de todas las obligaciones de la ley en el sentido previsto en el artículo 14 de la LPRL, aunque sí estaba obligado a garantizar que la prestación del trabajo se realizara en unas condiciones adecuadas de seguridad e higiene, si bien no se ha considerado como una obligación jurídica en sentido estricto, sino como una especie de deber moral (Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 331).

IV. La responsabilidad del empleador en materia de riesgos laborales en la relación laboral especial del trabajo doméstico

Aunque el artículo 3.4 LPRL excluía del ámbito de aplicación de la misma a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, dicho artículo establecía que el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene.

En este mismo sentido se pronunciaba el artículo 7.2 del RD 1620/2011, que disponía:

- a) “Trabajo a distancia”: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.
- b) “Teletrabajo”: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.
- c) “Trabajo presencial”: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

43 Sobre esta cuestión *vid.* Moreno Cáliz 2004, 27.

“El empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado.”

En ambos artículos se afirmaba el deber del empleador de velar por unas adecuadas condiciones de seguridad laboral del empleado de hogar; sin embargo, no se concretaba el contenido de este deber, ni tampoco se tipificaba ningún tipo de infracción específica relativa al incumplimiento de este deber por parte del empleador, ni las sanciones administrativas correspondientes. (Sanz Sáez 2020, 12).

Es indudable que el empleado de hogar está sometido a riesgos específicos laborales en su puesto de trabajo en función del tipo de actividad que desarrolla en el mismo.

En virtud de lo previsto en los artículos 1104 y 1105 del Código Civil⁴⁴, cuando el empleador, en el ejercicio de su poder de dirección, diera órdenes a su empleado de hogar que contradijeran las disposiciones específicas de seguridad de uso de un producto o que conllevaran claros riesgos laborales para el empleado de hogar, el empleador podría incurrir en responsabilidad por culpa o negligencia. También podría plantearse este tipo de responsabilidad en otros supuestos diferentes siempre que se cumplieran las condiciones exigidas en dichos artículos del Código Civil, básicamente que se trate de sucesos previsibles y evitables. El problema surge cuando no se aplica la LPRL, como es el caso, no existiendo obligación de evaluación de riesgos laborales que especifique los riesgos previsibles y evitables, por lo que la aplicación e interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados para la exigencia de responsabilidad del empleador provoca inseguridad jurídica. Han sido los pronunciamientos de los tribunales los que han ido señalando responsabilidad del empleador respecto a su empleado de hogar en ciertos casos particulares planteados⁴⁵. (Sanz Sáez 2020, 13-15).

44 Según el artículo 1104 del Código civil: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Quando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”

El artículo 1105 del Código civil dispone: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”

45 El régimen de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales de los trabajadores domésticos ha sido analizado en Moreno Cáliz 2004, 26-45.

Cuestión diferente es la analizada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía n.º 2046/2017, de 13 de diciembre, ECLI:ES:TSJAND:2017:12242, que revoca la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Málaga que consideraba que aunque la empleada interna se encontrara al tiempo del ictus en su lugar de trabajo, que coincide con el de

El problema no se plantea sólo respecto a la cuestión de cuándo existe responsabilidad del empleador respecto al empleado de hogar en materia de seguridad y salud laboral, ya que la determinación de la responsabilidad concreta del empleador y de su alcance tampoco se prevé en ninguna norma específica⁴⁶.

Así, el artículo 151 de la LGSS en su letra c dispone que, con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167. La consecuencia de esta disposición normativa y del artículo 3.2 del RD 1596/2011 al señalar que no será de aplicación a los empleados de hogar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, es que cuando haya un incumplimiento por parte del empleador de las medidas de seguridad en el trabajo, el empleado de hogar no podrá exigir el recargo de prestaciones derivado de dicho incumplimiento. (Romeral Hernández 2022, 54).

V. La inclusión de los trabajadores domésticos en el ámbito de aplicación de la LPRL

El artículo 3.4 LPRL que excluía del ámbito de aplicación de la misma a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar fue suprimido por el art.1.1 del RDL 16/2022.

El artículo 1.2 del RDL 16/2022 añade una Disposición Adicional 18ª a la LPRL regulando la protección de la seguridad y la salud en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, indicando: “En el ámbito

residencia, no estaba en tiempo de trabajo ni desplegando actividad laboral efectiva alguna, y que, por lo tanto, no existía contingencia profesional por el ictus cerebral padecido mientras dormía, tratándose de una etiología común sin conexión directa con la actividad laboral desplegada (Fundamento de Derecho Segundo último párrafo). Por el contrario, el TSJ de Andalucía afirma en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto que “el evento lesivo padecido por la demandante se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo, o como mínimo” “(...) en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo (...)”; y que “(...) la presunción de laboralidad establecida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social [vigente art. 156.3 de la LGSS/2015], es suficiente para declarar que la contingencia del proceso de incapacidad temporal seguido por la trabajadora es derivado de accidente de trabajo”. En este supuesto particular “(...) resaltando las características especiales que median en la profesión de la demandante, así de empleada de hogar y cuidadora de dos personas de avanzada edad, y que además reside con ellas en su mismo domicilio, con lo que difícilmente pueden establecerse márgenes estancos hábiles para diferenciar sus tiempos de trabajo de los de descanso”, por lo que recae sobre los empleadores, que no habían cumplido sus obligaciones de alta y cotización respecto a la empleada de hogar, la responsabilidad relativa al abono de las prestaciones de incapacidad temporal correspondientes. (“Prevención de riesgos laborales para empleados de hogar” 2022).

46 Vid. Sanz Sáez 2020,16.

de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”⁴⁷.

La Disposición Final sexta en su apartado 2 del RDL 16/2022 dispone que el Gobierno deberá aprobar, en el plazo de seis meses desde la publicación de este real decreto-ley, el desarrollo reglamentario de la disposición adicional 18ª. Este desarrollo reglamentario no ha tenido lugar aún⁴⁸.

Con la modificación que supuso esta norma, los trabajadores domésticos tendrán una protección equivalente a la de cualquier trabajador por cuenta ajena. La inclusión de los trabajadores domésticos en el ámbito de aplicación de la LPRL supone que el empleador tiene que cumplir las obligaciones establecidas en esta Ley garantizando que el trabajo se efectúa con las debidas condiciones de seguridad e higiene. El problema surge por la falta de desarrollo normativo de esta obligación, lo que plantea si al empleador de los trabajadores domésticos se le puede exigir el cumplimiento de la normativa preventiva como al resto de empresarios o empleadores, y en los mismos términos que existen respecto al resto de los trabajadores por cuenta ajena, considerando que el empleador titular del hogar familiar, por sus circunstancias y su falta de carácter empresarial, desconoce la normativa laboral (Romeral Hernández 2022, 54). A pesar de la falta de desarrollo reglamentario hay que aplicar plenamente la normativa preventiva a los trabajadores domésticos, ya que han quedado incluidos dentro del ámbito de aplicación de la LPRL, cuyo artículo 3.1 incluye las relaciones laborales del ET, entre las que se encuentran las relaciones laborales de carácter especial previstas en su artículo 2, que se refiere expresamente a la del servicio del hogar familiar. (Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 330-332).

Según el artículo 14 de la LPRL apartado 1, los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, suponiendo dicho derecho la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Por ello, el apartado 2 del citado artículo prevé que en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de

47 D.A. 18.ª de la LPRL, vigente desde el 9 de septiembre de 2022.

48 Un análisis de esta reforma normativa y de sus consecuencias en Romeral Hernández 2022, 51-54.

los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley. El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo. Por lo que, el empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales (artículo 14.3 LPRL).

No basta con un cumplimiento formal de la normativa preventiva por parte del empleador del trabajador doméstico, ya que el artículo 14 de la LPRL exige la máxima diligencia del mismo en todos los aspectos relacionados con el trabajo, aunque no se recojan concretamente en la ley o en su normativa de desarrollo. (Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 334).

Los principios de la acción preventiva del artículo 15 de la LPRL y los tres instrumentos previstos en el artículo 16 de la LPRL, el Plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de los riesgos y la planificación de la actividad preventiva, deben ser implementados por el empleador del trabajador doméstico⁴⁹.

Para efectuar la evaluación de riesgos por una persona cualificada para ello y para comprobar que se están cumpliendo las obligaciones del empleador respecto a la prevención de riesgos laborales del empleado de hogar por la Inspección de Trabajo será necesario acceder al domicilio donde se desarrolle el trabajo doméstico. Para ello se exige el consentimiento del titular de la vivienda o autorización judicial, salvo en caso de delito flagrante (artículo 18.2 de la CE).

Si el empleador del trabajador doméstico no otorga su consentimiento para que un experto desarrolle la evaluación de riesgos en el domicilio, deberá ser el propio empleador el que asuma personalmente la actividad preventiva, según el artículo 30.5 de la LPRL y el artículo 11 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, sin perjuicio de que pueda haber evaluaciones concretas de riesgos que no pueda llevar a cabo el propio empleador por no estar capacitado para ello, como es el caso de los riesgos psicosociales. En estos casos, el empleador deberá permitir el acceso al domicilio

49 Sobre la importancia de la correcta evaluación de riesgos en el ámbito doméstico, *vid.* Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 334, 335.

del experto o realizar una entrevista cualitativa al empleado de hogar. (Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 336).

La comprobación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte del empleador del trabajador doméstico exigirá el acceso al domicilio donde se presta la actividad laboral. El artículo 13.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dispone que “en el ejercicio de sus funciones, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública y están autorizados para entrar 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.” Esta afirmación queda matizada, sin embargo, a continuación, al señalar el citado artículo que “si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”. En estos casos el inspector deberá, por lo tanto, obtener el consentimiento del titular del domicilio o, autorización judicial, salvo que se trate de un supuesto de flagrante delito contra la salud o la integridad del empleado de hogar. (Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 336, 337).

VI. La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores domésticos en el Convenio número 189 de la OIT y en la Recomendación número 201 de la OIT

Ante la falta de desarrollo reglamentario existente actualmente respecto a la normativa de prevención de riesgos laborales de los empleados de hogar, es necesario considerar lo previsto en el Convenio número 189 de la OIT sobre este particular.

Es el artículo 13 de este convenio el que se refiere a esta cuestión, estableciendo en su apartado 1 que “todo trabajador doméstico tiene derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable. Todo Miembro, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales, deberá adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, a fin de asegurar la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores domésticos.” Añadiendo en su apartado 2 que “las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan”.

La Recomendación número 201 de la OIT en su apartado 19 prevé como medidas concretas:

“-Eliminar o reducir al mínimo, en la medida en que sea razonablemente factible, los peligros y riesgos relacionados con el trabajo, con miras a prevenir los accidentes, enfermedades y muertes y a promover la seguridad y la salud laborales en los hogares que constituyen lugares de trabajo.

-Establecer un sistema de inspección suficiente y apropiada, y sanciones adecuadas en caso de infracción de la legislación laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo.

-Instaurar procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico, así como de otras estadísticas que se consideren útiles para la prevención de los riesgos y los accidentes en el contexto de la seguridad y la salud en el trabajo.

-Prestar asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, inclusive sobre los aspectos ergonómicos y el equipo de protección.

-Desarrollar programas de formación y difundir orientaciones relativas a los requisitos en materia de seguridad y salud en el trabajo que son específicos del trabajo doméstico.” (Romeral Hernández 2013, 22).

Respecto a la vigilancia de la salud de los trabajadores domésticos, destaca el apartado 4 de la Recomendación número 201 de la OIT⁵⁰. (Romeral Hernández 2013, 26, 27).

La Disposición Adicional 18ª de la LPRL indica que en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, por lo que resulta aplicable el Convenio número 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo, de 21 de junio de 2019⁵¹ y la normativa española de desarrollo. (Romeral Hernández 2022, 53, 54).

Cuando se trate de trabajadores domésticos especialmente sensibles regirá la normativa preventiva específica de protección, y la regulación preventiva protectora

50 “Los Miembros, al examinar la cuestión de los reconocimientos médicos de los trabajadores domésticos, deberían considerar: a) poner a disposición de los miembros de los hogares y de los trabajadores domésticos la información sobre salud pública de que dispongan con respecto a los principales problemas de salud y enfermedades que puedan suscitar la necesidad de someterse a reconocimientos médicos en cada contexto nacional; b) poner a disposición de los miembros de los hogares y de los trabajadores domésticos la información sobre los reconocimientos médicos voluntarios, los tratamientos médicos y las buenas prácticas de salud e higiene, en consonancia con las iniciativas de salud pública destinadas a la comunidad en general; y c) difundir información sobre las mejores prácticas en materia de reconocimientos médicos relativos al trabajo, con las adaptaciones pertinentes para tener en cuenta el carácter especial del trabajo doméstico.”

51 Fue ratificado por España el 9 de junio de 2022, entrando en vigor en nuestro país el 25 de mayo de 2023.

de la maternidad, tal y como dispone el artículo 25 de la LPRL, cuestión ésta particularmente relevante sopesando el alto índice de feminización de este colectivo de trabajadores⁵². Además, sería aplicable el Convenio núm. 103 de la OIT relativo a la protección de la maternidad de 1952, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre 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 lactancia, y la normativa española de transposición de la citada directiva. (Romeral Hernández 2022, 54).

A pesar de la existencia de esta normativa de la OIT, resulta imprescindible el desarrollo reglamentario concreto de las obligaciones derivadas de la inclusión de los empleados de hogar en el ámbito de aplicación de la LPRL, el establecimiento de infracciones y sanciones, y de medidas de control, para garantizar su plena efectividad y evitar su desprotección (Romeral Hernández 2022, 54).

VII. Medidas preventivas que se pueden aplicar a las personas trabajadoras empleadas del hogar tras su inclusión en el ámbito de aplicación de la LPRL

Las personas trabajadoras empleadas de hogar pueden estar expuestas a los mismos riesgos laborales que cualquier trabajador por cuenta ajena que efectúe actividades laborales idénticas o parecidas, como es el caso de aquellos trabajadores del sector de la limpieza.

Hasta que no se desarrollen reglamentariamente las obligaciones específicas del empleador del trabajador doméstico en materia preventiva habrá que aplicar la

52 Según el artículo 25 de la LPRL: “1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

2. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.”

LPRL y las recomendaciones realizadas por organismos nacionales en esta materia⁵³, destacando el manual del Instituto Nacional de Seguridad Salud en el Trabajo (en adelante, INSST) de buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico, dirigido al empleador y al trabajador doméstico para identificar las condiciones de trabajo que pueden conllevar riesgos y orientar sobre las medidas y buenas prácticas que puedan eliminarlos o controlarlos (“Buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico, dirigidas a la persona titular del hogar y del servicio doméstico” 2021)⁵⁴.

Los principales riesgos laborales a los que están expuestos los empleados de hogar son: caídas; riesgos químicos por los productos empleados que pueden provocar intoxicación, alergias e irritaciones; quemaduras; incendios y explosiones; electrocución; asfixia respiratoria; golpes, cortes y atrapamientos; heridas; sobreesfuerzos; y riesgos ergonómicos⁵⁵.

Las orientaciones en materia preventiva dirigidas al empleador y a los trabajadores domésticos van a depender de las tareas específicas desempeñadas por éstos⁵⁶ y de las características del hogar familiar, a título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, se pueden clasificar según los siguientes criterios: En el lugar de

53 El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales también ha publicado una Guía de prevención de riesgos domésticos (“Guía de Prevención de Riesgos Domésticos - Publicaciones” 2010).

54 En la OIT existen publicaciones diversas sobre trabajadores del servicio doméstico, destaca, entre otras, el Manual de buenas prácticas para trabajadoras y empleadoras del servicio doméstico, en cuyo Capítulo 16 se trata sobre la salud y seguridad en el trabajo, páginas 45-50 (“Manual de buenas prácticas para trabajadoras y empleadoras del servicio doméstico” 2013).

55 En las páginas 7 a 9 del manual del INSST de buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico se relacionan y describen los riesgos más habituales a los que están expuestos las trabajadoras y trabajadores del hogar durante el desarrollo de los trabajos domésticos: caídas, cortes, golpes o choques, contactos térmicos: quemaduras, incendios, contactos eléctricos, exposición a agentes químicos: productos químicos, exposición a contaminantes biológicos: personas, animales o plantas, sobreesfuerzos, riesgo psicosocial: desgaste emocional y estrés, maltrato, acoso y violencia.

56 En las páginas 13 a 35 del manual del INSST de buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico se contienen unas Fichas de Riesgos que abordan de manera detallada cada uno de los riesgos habituales presentes durante el desarrollo de las labores domésticas, recogiendo las condiciones de trabajo asociadas al riesgo concreto, las posibles actuaciones preventivas dirigidas al titular del hogar, las buenas prácticas para el personal del servicio doméstico y las actuaciones en situaciones de emergencia.

trabajo⁵⁷, Equipos de trabajo⁵⁸, Riesgos relacionados con la seguridad⁵⁹, Riesgos relacionados con productos químicos industriales⁶⁰, Riesgos relacionados con la ergonomía y la psicología⁶¹. (“Prevención de riesgos laborales para empleados de hogar” 2022).

Respecto a los riesgos psicosociales a los que están expuestos los trabajadores domésticos, destacan el estrés laboral, la ansiedad y la depresión, y el acoso laboral y la violencia en el lugar de trabajo, factores de riesgo vinculados a las condiciones laborales aplicables a este colectivo de trabajadores y a su precariedad laboral⁶².

VIII. Conclusiones

Tras el análisis realizado, resulta patente la gran relevancia de la inclusión de los empleados de hogar en el ámbito de aplicación de la LPRL efectuada a través de la derogación del artículo 3.4 LPRL, que excluía del ámbito de aplicación de la misma a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, por el art.1.1 del RDL 16/2022; y de la previsión de la protección de la seguridad y la salud en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar establecida en la Disposición Adicional 18ª de la LPRL, añadida por el artículo 1.2 del RDL 16/2022.

A pesar de este nuevo paso hacia la plena equiparación del régimen jurídico laboral y de seguridad social de los empleados de hogar respecto a los demás trabajadores por cuenta ajena, es imprescindible y acuciante que se lleve a cabo el desarrollo reglamentario de la Disposición Adicional 18ª de la LPRL, previsto en la Disposición Final sexta apartado 2 del RDL 16/2022, en aras a la seguridad jurídica y la certidumbre, ya que, como se ha indicado en la presente comunicación, quedan muchas cuestiones relativas a la prevención de riesgos laborales de este colectivo de trabajadores sin aclarar ni resolver, debiendo ser objeto de una regulación normativa específica que considere las peculiaridades de esta relación laboral de carácter especial.

57 Habrá que adoptar medidas generales preventivas relacionadas con las peculiaridades del lugar de trabajo concreto y de las tareas a desempeñar por el empleado de hogar.

Los empleados de hogar también están protegidos en los casos de accidentes *in itinere* que sufran al ir o al volver del lugar de trabajo (artículo 156.2.a) LGSS), y de accidentes en misión producidos en el trayecto que deban efectuar para el cumplimiento de la misión y durante en el desempeño de la misma dentro de la jornada laboral.

58 Es equipo de trabajo cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizado en el trabajo: útiles y herramientas manuales, máquinas o equipos para limpieza a presión.

59 Incluyendo riesgos eléctricos, de incendios, de caídas o de atrapamiento.

60 Derivados del uso de productos químicos industriales de limpieza.

61 Se refiere a riesgos posturales provocados por la manipulación manual de cargas, y a riesgos psicosociales, tales como el estrés y la fatiga.

62 *Vid.* Cuadros Garrido y Selma Penalva 2023, 337-350.

IX. Bibliografía

- SINTRAHOCU | Sindicato de Trabajadoras del Hogar y los Cuidados. Acceso el 7 de diciembre de 2023. <https://sintrahocu.org/>.
- INE. 2023. Acceso el 7 de diciembre de 2023. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4077>.
- Abogados S.L.P., Gómez-Acebo & Pombo. 2022. “La normativa española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar es contraria al Derecho de la Unión”. *Revista Aranzadi*, 1-5.
- Ayala del Pino, Cristina. 2018. “La ordenación jurídica vigente del trabajo de los empleados del hogar familiar.” *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* LI:145-162.
- “Buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico, dirigidas a la persona titular del hogar y del servicio doméstico.” 2021. INSST. Acceso el 7 de diciembre de 2023. <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/buenas-practicas-preventivas-en-el-servicio-domestico-titular-y-personal-trabajador>.
- Cuadros Garrido, M^a Elisa, y Alejandra Selma Penalva. 2023. *El nuevo régimen jurídico de las empleadas del hogar*. A Coruña: Colex, editorial.
- “Especificaciones preventivas en prevención de riesgos laborales para la protección a empleados especialmente sensibles.” 2022. Iberley. Acceso el 7 de diciembre de 2023. <https://www.iberley.es/temas/especificaciones-prl-proteccion-personas-trabajadoras-menores-edad-63629>.
- Fernández Costales, Javier. 2013. “La integración de los empleados domésticos en el RGSS.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, no. 6, 1-28.
- Giménez Toscani, Daniel. 2009. “Algunas propuestas de reforma del derecho del trabajo.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, no. 5, 1-44.
- González del Rey Rodríguez, Ignacio. 2022. “La STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) y el derecho de las empleadas del hogar a la protección por desempleo.” *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.aedtss.com/la-stjue-de-24-de-febrero-de-2022-asunto-c-389-20-y-el-derecho-de-las-empleadas-del-hogar-a-la-proteccion-por-desempleo/>.
- Grau Pineda, Carmen, y M. Gema Quintero Lima. 2022. “Hacia la desprecariación del trabajo al servicio del hogar familiar en el marco del trabajo decente.” Blog El Foro de Labos. Acceso el 18 de octubre de 2022. <https://www.elforodelabos.es/2022/10/hacia-la-desprecariacion-del-trabajo-al-servicio-del-hogar-familiar-en-el-marco-del-trabajo-decente/>.

- “Guía de Prevención de Riesgos Domésticos - Publicaciones.” 2010. Junta de Andalucía. Acceso el 7 de diciembre de 2023. <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/publicaciones/detalle/76518.html>.
- “Manual de buenas prácticas para trabajadoras y empleadoras del servicio doméstico.” 2013. ILO. Acceso el 7 de diciembre de 2023. https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/WCMS_219955/lang--es/index.htm.
- Miñambres Puig, César. 2013. “El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar.” *Revista española de Derecho del Trabajo*, no. 157, 1-22.
- Moreno Cáliz, Susana, y Sonia Martín Alba. 2004. “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, no. 10, 1-49.
- Olías, Laura. 2023. “Trabajadoras del hogar forman su primer sindicato a nivel nacional para “dignificar” sus condiciones laborales.” 16 de junio de 2023. Acceso el 7 de diciembre de 2023. https://www.eldiario.es/economia/trabajadoras-hogar-forman-primer-sindicato-nivel-nacional-dignificar-condiciones-laborales_1_6297120.html.
- “Prevención de riesgos laborales para empleados de hogar.” 2022. Iberley. Acceso el 7 de diciembre de 2023. <https://www.iberley.es/temas/prevencion-riesgos-laborales-empleados-hogar-63614>.
- “Ratificación de los convenios de la OIT: Ratificación por convenio.” ILO. Acceso el 7 de diciembre de 2023. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:2551460.
- Romeral Hernández, Josefa. 2013. “El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, no. 7, 1-34.
- Romeral Hernández, Josefa. 2022. “Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar.” *e-Revista Internacional de la Protección Social VII*, no. 2, 31-57. <http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.03>
- Ruiz Álvarez, Raúl, María A. Molina Fajardo, y Francisco Hidalgo Fernández, eds. 2022. *Ganarse la vida. Género y trabajo a través de los siglos*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L. Edición en pdf.
- Sanz Sáez, Concepción. 2020. “La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones.” *Lan Harremanak*, no. 44, 79-102. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22126>

¿PAREJAS DE HECHO O DE DERECHO? AVANCES Y DESAFÍOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

M^a ISABEL RIBES MORENO¹

*Profesora Contratada Doctora Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

Resumen

Las parejas de hecho se han ido normalizando en la sociedad actual, pero dicha normalización no ha ido acompañada de un reconocimiento igualitario en cuanto a los derechos que figuran atribuidos a los matrimonios en el ordenamiento social (laboral y de Seguridad Social), aunque cada vez están más cerca. El presente trabajo aborda las similitudes y diferencias entre ambas formas de convivencia en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, identificando la problemática que se suscita ante las distintas acepciones de pareja de hecho a estos efectos y la necesidad de una actuación legislativa que uniforme, o elimine, las exigencias formales que se exigen para el acceso a prestaciones o derechos

Palabras clave:

pareja de hecho; unión matrimonial; convivencia *more uxorio*; derechos laborales; prestaciones de Seguridad Social

I. Introducción

Durante muchos años constituir una pareja o unión de hecho era la expresión de una relación duradera y visible que se realizaba entre parejas vinculadas de forma estable por una relación de convivencia y de afecto, con o sin hijos comunes.

¹ Esta publicación es parte del proyecto I+D+I PID2021-122254OB-100 “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales” financiado por el MICIN y FEDER Una manera de hacer Europa”.

Se trataba de uno de los modelos de convivencia familiar usuales cuando existía algún impedimento para contraer matrimonio, bien porque existía un vínculo no disuelto anterior, al no haberse promulgado una ley del divorcio, o simplemente por tratarse de parejas del mismo sexo. Del mismo modo, otras personas que no se veían afectadas de impedimento alguno, igualmente consideraban que una unión matrimonial formalizada constituía un compromiso contrario a un vínculo basado en los sentimientos, un contrato ajeno a lo que suponía una relación afectiva no necesitada de suscribir un contrato matrimonial. Así, la unión de hecho también podía estar formada “por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”².

En España, tras la promulgación de la Ley del Divorcio³, el divorcio unilateral y el reconocimiento del matrimonio entre personas de distinto sexo⁴, la decisión de no contraer matrimonio no se ve condicionada por otros obstáculos diferentes a la posible extinción de un vínculo anterior, pero ello no ha sido óbice para el incremento del número de personas que recurrían y recurren a otras fórmulas en su convivencia distintas de la matrimonial.

Nuestro ordenamiento jurídico⁵, reconoce la existencia de distintas formaciones familiares, pero mantiene diferentes regímenes para los matrimonios, las parejas de hecho formalizadas y las uniones *more uxorio*. A tal efecto, la regulación de las parejas de hecho no ha sido llevada a cabo mediante una ley general de ámbito estatal, sino que las Comunidades Autónomas (CCAA) han tenido que legislar sobre esta materia, dotándolas de un régimen propio, incorporando derechos, que en ciertos aspectos se han equiparado con la institución matrimonial, pero presentando todavía algunas diferencias. Por consiguiente, ciertas uniones registradas no matrimoniales han visto reconocida su situación jurídicamente y otras parejas han seguido manteniendo una convivencia estable como cohabitantes sin formalizar su situación, mereciendo el reconocimiento como una modalidad de familia, como sujetos de derechos y deberes, aunque sin equivalencia con el matrimonio, salvo en determinados elementos de su régimen jurídico.

2 Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de septiembre de 2005, núm. 5270/2005, ECLI:ES:TS:2005:5270.

3 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981) y Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005), respectivamente.

4 BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

5 Un estudio sobre la normativa reguladora de las parejas de hecho y los derechos que atribuyen en otros estados puede consultarse en Wrinkler, S., “Las parejas de hecho: entre soluciones nacionales y tendencias europeas”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 25, monográfico 2021, pp. 209-228.

En este punto, tanto la legislación laboral como la de Seguridad Social han ido incorporando progresivamente derechos a estas uniones extramatrimoniales, elaborando un complejo entramado de regulación sobre los convivientes de hecho. A tal efecto, la extensión de los derechos de conciliación a este colectivo ha sido el último capítulo de su evolución normativa hasta ahora, que se ha llevado a cabo como resultado de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019⁶. Por consiguiente, las presentes páginas expondrán cómo se han ido gestando los cambios regulatorios de las parejas de hecho, comenzando con una breve aproximación estadística a la situación actual de los distintos tipos de uniones familiares, para seguir con una sucinta exposición de la evolución jurídica de su reconocimiento civil. Seguidamente, se abordarán los cambios que se han ido produciendo en el marco jurídico-laboral y de Seguridad Social, para finalizar con una valoración de la situación actual y la necesidad -o no- de mayores cambios al respecto.

II. Una aproximación estadística a las uniones de hecho

Las parejas de hecho han ido superando su inicial ausencia de reconocimiento, para implantarse en la sociedad actual, conformándose como un fenómeno en alza. Así se desprende de los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, donde se confirma un crecimiento constante. Los datos de la última encuesta continua de hogares disponible expresan las diferencias en función del tipo de unión y el sexo de las parejas⁷. Conforme a dichos datos, en primer lugar, observamos que el número de parejas de hecho de distinto sexo va ascendiendo lentamente, al mismo tiempo que las uniones matrimoniales van reduciéndose. Los datos manifiestan un leve acercamiento entre ambos tipos de uniones, matrimoniales o no, aunque todavía la diferencia, en favor de los matrimonios, es apreciable.

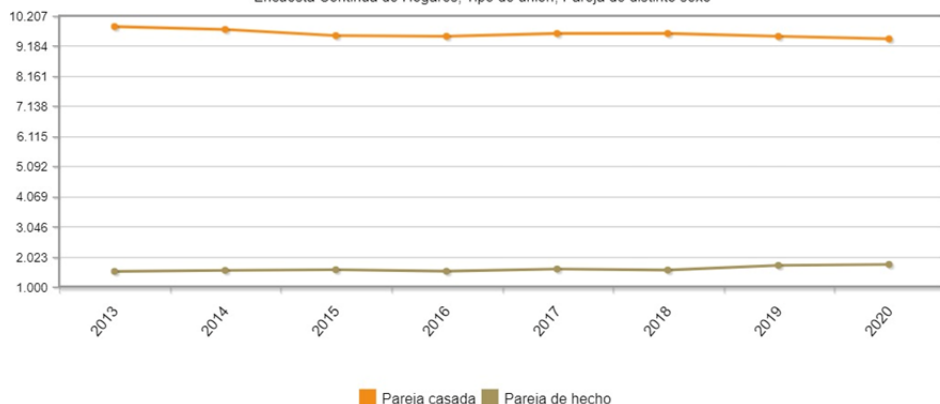
6 OJ L 188, 12.7.2019. Un detenido análisis sobre su transposición a nuestro ordenamiento jurídico en Nieto Rojas, P., “La transposición de la directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, pp. 75-102

7 <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01018.px&L=0> (último acceso 20 diciembre 2023).

Cuadro 1

Número de parejas según tipo de unión y sexo de la pareja

Encuesta Continua de Hogares, Tipo de unión, Pareja de distinto sexo



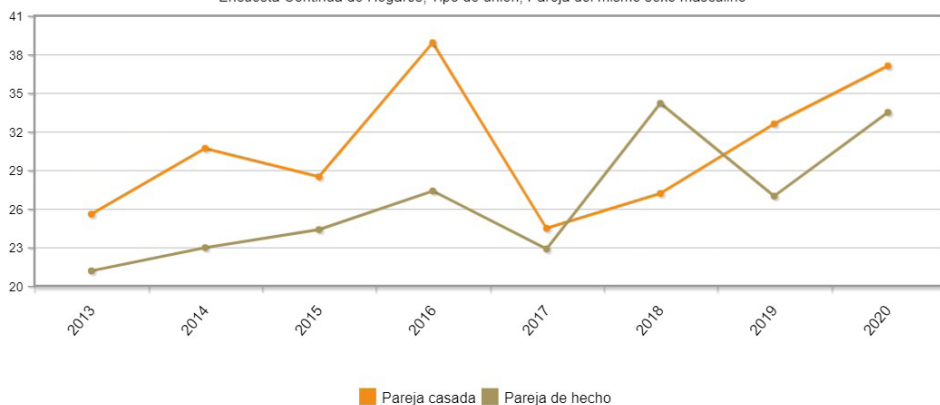
Fuente: INE

Por otra parte, en lo que respecta a las parejas del mismo sexo y aunque en la actualidad el número de parejas casadas es superior a las uniones de hecho, esta dinámica no ha sido siempre así, pero se evidencian diferencias según se trate de parejas masculinas o femeninas. En el año 2018 el número de personas del mismo sexo masculino casadas era significativamente inferior a las que formaban parejas no matrimoniales, en el año 2020 la tendencia es contraria, hay un mayor número de matrimonios.

Cuadro 2

Número de parejas según tipo de unión y sexo de la pareja

Encuesta Continua de Hogares, Tipo de unión, Pareja del mismo sexo masculino

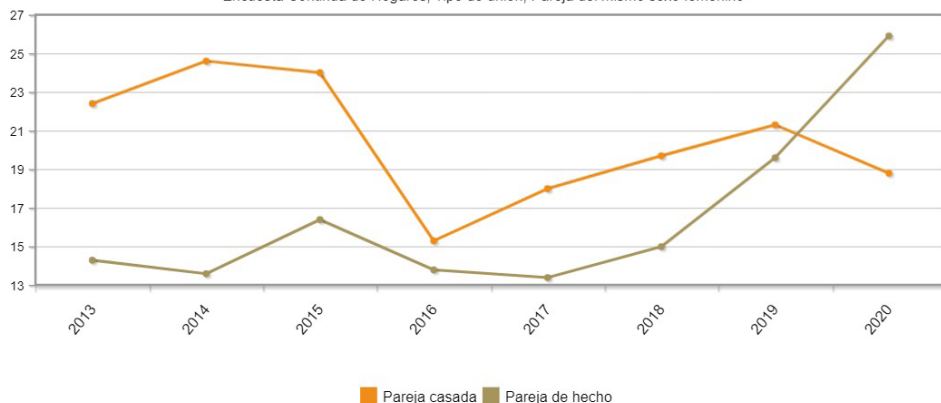


Fuente: INE

Por el contrario, la tendencia es diferente cuando se trata de parejas del mismo sexo femeninas. En este caso, los últimos datos disponibles expresan que en el año 2020 el número de parejas casadas era inferior al de parejas de hecho. Pese

a todo, no podemos ofrecer conclusiones de este fenómeno más allá de recoger las diferencias en función del tipo de unión y sexo de la pareja ante la insuficiencia de datos complementarios.

Cuadro 3
Número de parejas según tipo de unión y sexo de la pareja
Encuesta Continua de Hogares, Tipo de unión, Pareja del mismo sexo femenino



Fuente: INE

Consecuentemente, aunque el crecimiento de las parejas de hecho es visible, la estadística no clarifica el origen de los datos que podrían ser de interés para la doctrina. La recogida de muestras no expresa si dichos datos, clasificados por el Instituto Nacional de Estadística, se extraen de los registros de parejas de hecho o si incluyen también las meras uniones de hecho que no se encuentran formalizadas. Esta circunstancia da lugar a que no podamos establecer conclusiones iniciales sobre los datos disponibles, aunque lo que es evidente es que las parejas de hecho presentan un incremento sostenido a lo largo de los últimos años que es correlativo al decrecimiento de los matrimonios.

III. Las parejas de hecho: una equiparación ¿necesaria?

En suma, la sociedad moderna presenta diferentes vínculos familiares. Por una parte, parejas que contraen matrimonio, por otra, las que no están interesadas en contraerlo, pero sí en establecer otro tipo de vínculo formal y se registran como pareja de hecho, y por último, las que mantienen una unión que no formalizada jurídicamente, las denominadas uniones *more uxorio*. Todas ellas se encuentran dentro del derecho de familia con un régimen especial, propio, teniendo las dos últimas un tratamiento similar a la institución matrimonial, pero con ciertas diferencias.

No obstante, el reconocimiento a las uniones no matrimoniales no parte de una perspectiva nacional únicamente. El Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge en su artículo 8 que toda persona tiene derecho al respeto de su

vida privada y familiar, constituyendo, por tanto, un derecho humano fundamental. Ante esto, cabría preguntarse si es preciso dotar de los mismos derechos a toda formación familiar, a la constituida conforme a derecho, sea o no matrimonial, o bien que se derive de una mera convivencia de hecho. En este punto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 9, establece que “el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia se garantizan de conformidad con las leyes nacionales que regulan el ejercicio de estos derechos”. Por consiguiente, aunque ambos textos se coordinan sistemáticamente en su interpretación, en función de lo dispuesto por el Protocolo del Tratado de Lisboa sobre ello, será el derecho nacional el que determinará el reconocimiento de las parejas de hecho.

Nuestro ordenamiento jurídico no considera las parejas de hecho, tanto las registradas como las no registradas, como un estado civil, sino que mantienen un estatus diferenciado, pese a su avance sostenido y progresiva aceptación. En lo que respecta a las que cuentan con mayor número de derechos reconocidos son aquellas que se inscriben en un Registro específico conforme a la normativa reguladora, es decir, que se convierten en lo que podríamos denominar parejas de derecho. Sin embargo, como hemos avanzado no existe una normativa común de ámbito estatal, sino que son las CCAA las que han ido regulando progresivamente esta figura⁸.

La primera Comunidad Autónoma en promulgar una norma *ad hoc* sobre parejas de hecho fue la Generalidad de Cataluña mediante la Ley de Uniones Estables de Parejas, cuya entrada en vigor fue el 23 de octubre de 1998⁹. Posteriormente, la mayoría de las CCAA han ido desarrollando legislación propia,

8 Puede consultarse la evolución de la regulación de los aspectos patrimoniales en Rabadán Sánchez-Lafuente, F., “Aspectos patrimoniales de las uniones de hecho: regulación en las leyes forales y autonómicas y soluciones jurisprudenciales”, en Lasarte, C y Cervilla Garzón, M.D. (dir.) *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 879-884.

9 Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998), hoy derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010).

aprobando normas muy similares entre ellas¹⁰, aunque algunas se han limitado exclusivamente a aprobar un Registro específico de Parejas de Hecho¹¹.

Como hemos señalado existe una pluralidad legislativa en función de la CCAA de que se trate, cuyas normas cuentan con requisitos, efectos y contenidos y menciones sobre el Registro. Si bien todas las CCAA tienen constituidos registros, cuyo carácter es administrativo, dependiendo de cada una de ellas, su regulación establece que la inscripción de la pareja en el registro tiene carácter constitutivo, es decir, que sin que la pareja se haya inscrito, no será oponible a terceros ni tampoco se reconocerá como institución, y en otros su carácter es declarativa¹². Por tanto, no existe uniformidad entre las diferentes CCAA. Ahora bien, este requisito tiene una enorme trascendencia y, en este mismo sentido, se pronuncia la Unión Europea

10 Atendiendo a las normas que se aprobaron inicialmente en cada comunidad autónoma, tenemos las siguientes: Andalucía, Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2003). Aragón, Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOE núm. 95, de 21 de abril de 1999). Cantabria, Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE núm. 135, de 7 de junio de 2005). País Vasco, Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOE núm. 284, de 25 de noviembre de 2011). Galicia, Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007). Asturias, Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2002). Madrid, Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2002). Comunidad Valenciana, Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana (BOE núm. 268, de 07/11/2012). Extremadura, Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2003). Baleares, Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (BOE núm. 14, de 16/01/2002). Murcia, Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BOE núm. 183, de 30 de julio de 2018). Canarias, Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE núm. 89, de 14 de abril de 2003). Igualmente, la comunidad foral de Navarra tiene una norma reguladora, Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE de 6 de septiembre de 2000).

11 Así sucede en Castilla La Mancha, Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha (DOCM 10 diciembre). También en Castilla-León, Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento (BOCL de 31 de octubre 2002), así como, en La Rioja, Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja (BOLR núm. 62 de 21 de mayo de 2010). Igualmente, las dos ciudades autónomas, no cuentan con una ley, pero sí con un registro constituido a tal efecto, Ceuta, Reglamento regulador del Registro de Uniones de Hecho, de 11 de septiembre de 1998 (BOCCE 24 septiembre 1998). Melilla, Reglamento Regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla de 28 de enero de 2008 (BOME núm. 4.474, de 1 de febrero de 2008).

12 *Vid.* con mayor profundidad en Gete-Alonso y Calera, M.C., “Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables”, en Lasarte, C y Cervilla Garzón, M.D. (dir.) *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 795-814.

que a los efectos de dotar de reconocimiento a las uniones no matrimoniales hace referencia a la inscripción. Así, el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016¹³, determina que unión registrada es el “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”, siendo esta unión a la que le dota de efectos patrimoniales.

En lo que respecta al régimen civil de esta figura las similitudes con el matrimonio son importantes, en particular cuando se trata de establecer las obligaciones de índole patrimonial que se derivan de la convivencia, cuestión de especial interés especialmente cuando se produce su extinción. La pareja puede pactar tanto los aspectos de carácter patrimonial propios de la convivencia, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público, o limitativos de la igualdad de derechos entre ellos¹⁴. En supuestos de ausencia de pactos, las responsabilidades aparecen reguladas en la mayoría de las leyes que instituyen las parejas de hecho en las distintas CCAA.

En definitiva, las leyes pueden incorporar disposiciones sobre como contribuir a los gastos comunes y familiares, compensaciones económicas en caso de ruptura y efectos en caso de fallecimiento de uno de los miembros. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sancionado de inconstitucionalidad aquellos preceptos que afectaban a cuestiones de Derecho Civil cuando la CCAA carecía de competencias sobre el Derecho civil foral o especial¹⁵. Igualmente, cuando, aun teniendo competencias al respecto se establecía imperativamente un régimen determinado. En síntesis, los convivientes son los que deben decidir sobre los efectos económicos y patrimoniales derivados de la unión y, en supuesto que no exista pacto o regulación en ese aspecto, serán los tribunales los que decidan en función de las circunstancias. Pese a todo, el Tribunal Supremo en distintas sentencias ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, aunque atendiendo a “la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes”, pero que en supuesto de hijos comunes, considera que se

13 Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, OJ L 183, 8.7.2016.

14 Rabadán Sánchez-Lafuente, F., “Aspectos patrimoniales de las uniones de hecho: regulación en las leyes forales y autonómicas y soluciones jurisprudenciales”, loc. cit., pp. 880-881.

15 En profundidad, abordando la inconstitucionalidad de preceptos que afectaban a responsabilidades patrimoniales Rabadán Sánchez-Lafuente, F., “Aspectos patrimoniales de las uniones de hecho: regulación en las leyes forales y autonómicas y soluciones jurisprudenciales”, cit., pp. 884-891.

puede aplicar de forma analógica disposiciones del Código civil, a fin de proteger el interés del menor¹⁶.

IV. Las parejas de hecho en el ámbito laboral, una igualdad con diferencias de calado

La existencia de una pareja de hecho ha ocasionado en el marco jurídico laboral ha dado lugar a una enorme conflictividad, especialmente, respecto de la problemática que sucedía con el fallecimiento de uno de los miembros de la convivencia extramarital y el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad. Sin embargo, los derechos que se atribuyen a las parejas de hecho han ido paulatinamente extendiéndose, al igual que ha sucedido con su normalización. Pese a ello, podemos afirmar que su equiparación con los matrimonios todavía se encuentra pendiente, tanto respecto de las normas laborales, como de las normas de Seguridad social.

Ahora bien, a efectos jurídico-laborales y de seguridad social es preciso hacer referencia que existen diferencias apreciables para el ejercicio de determinados derechos. Así, aunque en términos generales se exige acreditar la certificación de la inscripción en el registro específico de las CCAA o de los Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público que conste su constitución, esta exigencia puede venir acompañada de otros requisitos. Pese a ello, parejas de hecho no inscritas han visto como se les concedían ciertos derechos, por lo que consideramos necesario abordar estas situaciones.

1. El reconocimiento de las parejas de hecho en el marco del Estatuto de los Trabajadores

Analizando la situación que deviene del reconocimiento de derechos laborales, podemos afirmar que los que se atribuían a los cónyuges en el Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁷ no se extendían a las parejas de hecho, lo que permaneció invariable hasta el año 2023. A tal efecto, en numerosas ocasiones los juzgados y o tribunales han tenido que resolver sobre la equiparación de quienes conviven en fórmulas ajenas al matrimonio, ofreciendo diferentes opiniones. Generalmente, no obstante, se ha resuelto que la dicción literal de la Ley o de los convenios colectivos prevalecía sobre cualquier interpretación, sin que se pudiese analógicamente aplicar

16 Sentencia de 1 de abril de 2011 del Tribunal Supremo y de 31 de mayo de 2012, que extiende la aplicación del artículo 96 del Código Civil a las parejas de hecho en supuesto de rupturas de convivencia con hijos comunes. *Vid.* en extenso Legerén-Molina, A., “El uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia en las uniones de hecho”, en Lasarte, C y Cervilla Garzón, M.D. (dir.) *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 815-837.

17 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 255, de 24/10/2015.

sus disposiciones a las parejas no matrimoniales¹⁸. Pese a ello, algunos convenios colectivos sí que hacían referencia a las parejas de hecho en determinados preceptos atribuyéndoles el disfrute de permisos y licencias en los mismos términos que a los cónyuges.

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio¹⁹, ha sido la norma que ha venido a introducir cambios relevantes y, tras su entrada en vigor, quedan pocas disposiciones en el texto del ET que mantengan diferencias entre matrimonios y parejas de hecho. La razón esgrimida por la exposición de motivos del Real Decreto-ley 5/2023 era la necesaria transposición de la Directiva (UE) 2019/1158. La Directiva incorporaba un número de derechos donde se recogía entre el abanico de las posibles personas beneficiarias de los mismos, a toda persona que mantenía una convivencia familiar, sin entrar a determinar que fuese de forma exclusiva la matrimonial. Este hecho también ha dado lugar a la modificación, en términos similares, del Estatuto Básico del Empleado Público²⁰.

En primer lugar, se ha clarificado el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, la ordenación del tiempo de trabajo e, incluso, su forma de prestación a través de trabajo a distancia por motivos de conciliación de la vida personal y familiar²¹. Así, se establece que “tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición”. La disposición se ha visto mejorada, al incluir expresamente a las personas que legitiman a la persona trabajadora para solicitar una reducción de su tiempo de trabajo²², donde no se limita la edad ni el parentesco sino la necesidad, donde la pareja y el matrimonio se encuentran en términos igualitarios. En lo que respecta a los funcionarios públicos la derogación del Real

18 Sentencia número 717/2019 del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2019, número de recurso 78/2018, ECLI:ES:TS:2019:3604.

19 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 (BOE núm. 154, de 29/06/2023).

20 Se modifican la letra a) y l) del artículo 48 y se añade una nueva letra g) al artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

21 Artículo 34.8 ET.

22 Artículo 37.6 ET.

Decreto-legislativo 7/2023, ha supuesto que no entren en vigor esos mismos cambios²³. Habrá que esperar, por tanto, para que se vea reconocido el derecho a la flexibilización de la jornada cuando quien los solicita es una pareja de hecho.

En cualquier caso, este precepto, a diferencia de lo que sucede en el marco del Derecho de la Seguridad social, no hace referencia a la necesidad de inscripción en el Registro de la unión no matrimonial, por lo que no solo las parejas de hecho registradas, sino también la merca convivencia *more uxorio* permitiría ejercitar la solicitud de adecuación de la jornada a los intereses familiares. Ahora bien, ¿cómo habrá de justificarse la existencia de ese vínculo? Posiblemente la negociación colectiva introduzca menciones sobre ello, lo que cabe que obstaculice solicitar una flexibilización horaria. A nuestro juicio, esta redacción podrá ocasionar desacuerdos en el marco empresarial y posiblemente dará lugar a una cierta polémica.

No sucede lo mismo en la atribución a las uniones de hecho del permiso retribuido de quince días naturales, que tradicionalmente se contemplaba al contraer matrimonio²⁴. Este último derecho, se ha extendido a las parejas cuando se formaliza la inscripción en el Registro de la unión no matrimonial. En la práctica supone la consolidación de la concesión de un permiso que, no obstante, tenía un cierto reconocimiento en la negociación colectiva laboral²⁵.

23 El artículo tercero del 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, BOE núm. 303, de 20/12/2023 [disposición derogada], modificaba el artículo 47 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en los siguientes términos: “1. Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial. 2. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas de flexibilización horaria para garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral de los empleados públicos que tengan a su cargo a hijos e hijas menores de doce años, así como de los empleados públicos que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, así como de otras personas que convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos”.

24 Artículo 37.3 a) ET.

25 Entre otros, pueden citarse el Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (Resolución de 7 de octubre de 2019, BOE de 18 de octubre), Convenio colectivo del grupo Allianz (Resolución de 19 de junio de 2023, BOE de 29 de junio). Sin embargo, otros convenios no reconocen el permiso por matrimonio pese a dar cabida para otros derechos a las parejas de hecho, como en el convenio colectivo de Decathlon España, SA (Resolución de 19 de agosto de 2021, BOE de 1 de septiembre), Convenio colectivo Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (Resolución de 4 de febrero de 2019, BOE de 18 de febrero).

Otros permisos o licencias que se han modificado han incluido de forma expresa no solo a la pareja de hecho, sino también al cónyuge, como sujetos que permiten la solicitud de los que se conceden en base al fallecimiento y la enfermedad grave, accidente, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de familiares. Este olvido legislativo del cónyuge en la redacción del artículo 37 ET, aunque se sobreentendía, había sido puesto de manifiesto por la doctrina puesto que, aunque pudiese parecer incoherente, lo cierto es que el cónyuge no es un pariente de la persona trabajadora, por lo que su inclusión junto a la pareja de hecho se evidencia como una medida necesaria²⁶. Adicionalmente, con un ejercicio de mejor técnica legislativa, la nueva redacción diferencia los permisos derivados de fallecimiento de los que se generan por otros infortunios familiares. Esta reciente distribución de los apartados del precepto resulta más acertada al establecer un mayor número de días a las enfermedades, hospitalizaciones, intervenciones o accidentes que los concedidos por fallecimiento, una solución coherente con la situación que pretende cubrir. Asimismo, la modificación ha incluido a los familiares consanguíneos de la pareja de hecho como sujetos que legitiman la concesión de estos permisos, de la misma manera que cuando el que sufre estas situaciones son los familiares del cónyuge²⁷. En este punto, como es visible, el ET tampoco constriñe el derecho a la necesidad de inscripción registral o formalización de cualquier otra clase a la pareja de hecho, lo atribuye sin requisitos adicionales. Por consiguiente, parece apropiado pensar que toda convivencia familiar faculta poder solicitar el permiso lo que, en nuestra opinión, puede dar lugar a complicaciones prácticas.

La misma situación se reproduce respecto del derecho a solicitar excedencias familiares. En este caso se confiere, de igual forma, para la atención a la pareja y sus familiares consanguíneos, con la misma duración y régimen que en caso de cónyuge o familiares de este, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pudiesen valerse por sí mismo, y no desempeñase actividad retribuida²⁸. Al igual que hemos señalado en el párrafo anterior, también en la modificación que se ha realizado de este precepto se ha subsanado el inicial olvido del cónyuge a la vez que se introducía a la pareja de hecho, lo que supone una mejora de la literalidad. Sin embargo, se ha mantenido la redacción del precepto en cuanto al resto, lo que ha sido criticado por la doctrina al considerar, por un lado, que lo atinente a la diferente duración temporal que se establece con las excedencias por cuidado de

26 Blasco Jover, C., “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 2020, p. 123, con cita de un convenio colectivo que sí hacía la referencia expresa.

27 Artículo 37.3 b) y b bis) ET.

28 Artículo 46.3 ET.

hijo frente a las familiares carece de justificación como, por otro lado, por el posible impacto de género que tiene el hecho de incluir a los parientes por afinidad²⁹.

Sin embargo, pese al avance que se experimenta se manifiesta una ausencia inexplicable, como es ampliar el derecho que tienen los cónyuges si uno de ellos cambia de residencia por traslado a las parejas de hecho, registradas o no. El artículo 40.3 ET dispone que el otro cónyuge, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo. No se comprende este descuido que, sin duda, puede dar lugar a perjuicios económicos importantes a los miembros de una pareja al no establecer el derecho también para esta modalidad familiar.

Por consiguiente, únicamente queda pendiente, además de lo anterior, la posible reforma del artículo 1.3 e) ET que mantiene la presunción de no laboralidad para los trabajos familiares, pero, aunque entre ellos figura el cónyuge, la pareja de hecho no parece tener cabida. En ese sentido, la norma establece que “... Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción”. En consonancia con lo dispuesto en el ET, el artículo 12 de vigente Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS)³⁰ hace referencia a los familiares que no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario. Igualmente se señala al cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo. Por tanto, reproduce los términos previstos en el ET y pese a que el cónyuge, ascendientes o descendientes u otros parientes por afinidad sí que estarían comprendidos en la exclusión, no sucede lo mismo con la pareja de hecho al igual que sus ascendientes o demás parientes que se generasen por este vínculo³¹.

29 Blasco Jover, C., “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”. *cit.*, pp. 142-146.

30 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE núm. 261, de 31/10/2015.

31 Un comentario respecto a esta especial situación puede encontrarse en Fernández Orrico, F.J., “El encuadramiento de la pareja de hecho en la seguridad social como colaboradora del trabajador autónomo”, *cit.*, p. 11. También Menéndez Sebastián, P. hace mención de esta cuestión en *El trabajo familiar. Actividad asalariada versus por cuenta propia*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 47-56.

2. Parejas de hecho y sus particularidades respecto de las prestaciones de Seguridad Social

Con carácter previo a abordar las diferencias que se incorporan en la Ley General de la Seguridad Social para las parejas con un vínculo estable no matrimonial, hemos de señalar que los Tribunales vienen denegando la ampliación de coberturas a miembros de parejas de hecho de forma analógica. De hecho, en numerosas ocasiones con motivo de solicitud de concesión de la pensión de viudedad a otras uniones distintas de las matrimoniales, se ha recurrido a una restrictiva aplicación de la literalidad de la norma como elemento para la denegación. Así, incluso cuando se ha aludido a las diferencias de trato entre las parejas de hecho y los matrimonios respecto de la concesión de la prestación, se ha entendido que dichas diferencias eran justificadas. Respecto de esta circunstancia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la diferencia de trato ha sido crucial para no extender la protección donde no se había previsto a las uniones no matrimoniales.

La incorporación de las parejas de hecho como sujeto incluido dentro de la acción protectora de la Seguridad Social ha sido progresiva y desigual, por lo que en función de cada una de las prestaciones habremos de diferenciar su evolución y condiciones.

En primer lugar, respecto de la asistencia sanitaria, como es sabido, tras la entrada en vigor de Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio³², se establece el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, reconociendo el derecho a españoles y extranjeros con residencia en el territorio español. Por consiguiente, aparece superada la situación previa, establecida, en primer lugar, por el Real Decreto-ley 16/2012³³ que, entre los beneficiarios del asegurado, siempre que residiesen en España, figuraría “el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente”. Posteriormente, la situación de las parejas de hecho se vio favorecida ya que el Real Decreto 1192/2012³⁴, consideraba personas que podían ostentar la condición de beneficiarias de un asegurado, entre otras, quien fuese “cónyuge de la persona asegurada o convivir con ella con una relación de afectividad análoga a la conyugal, constituyendo una pareja de hecho”. Igualmente, sus descendientes o personas asimiladas, si estuvieran sujetas a la tutela o acogimiento legal del asegurado; también el excónyuge, o separado

32 Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, BOE núm. 183, de 30 de julio de 2018.

33 Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, BOE núm. 98, de 24/04/2012.

34 Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, BOE núm. 186, de 4 de agosto de 2012.

judicialmente con derecho a pensión compensatoria; así como de su cónyuge o de su pareja de hecho. No obstante, para solicitar el reconocimiento de beneficiario del asegurado había de presentarse “certificación de la inscripción en alguno de los registros públicos existentes o, en su defecto, el documento público correspondiente para acreditar la existencia de una pareja de hecho”³⁵. Se trataba, por tanto, de un reconocimiento singular que, aun exigiendo la inscripción, no exigía un período mínimo de convivencia, con perfiles diferentes al que se requería para poder lucrar la prestación de viudedad conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora.

En la actualidad, la vigente LGSS introduce referencias a la pareja de hecho en su articulado, aunque también obvia su mención en otros tantos. Una de las cuestiones cruciales para estas diferentes fórmulas de convivencia, se produjo con el acceso a la pensión de viudedad, aspecto que ha abierto la puerta a su reconocimiento jurídico en cuanto a determinadas prestaciones de seguridad social.

En cuestiones de Seguridad Social el reconocimiento de esta modalidad de convivencia ha tenido un desarrollo distinto, puesto que tras la reforma legislativa operada por la Ley 40/2007³⁶ se amplió como sujeto beneficiario de la pensión de viudedad al superviviente en uniones de hecho³⁷. Esta medida, sin embargo, no se concedió en los mismos términos que se atribuye la cobertura de la prestación en los supuestos de matrimonio.

En efecto, se facilitó el acceso a la pensión a parejas estables que, por circunstancias derivadas de la normativa aplicable en aquel momento, no hubieran podido contraer matrimonio. Se trataba de una medida de carácter provisional ya que permitía dar cobertura a convivientes para disfrutar de la prestación de viudedad, si uno de ellos falleciera con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Así, seguidamente, tras la Ley 40/2007, se modifica el artículo 174.3 de la derogada LGSS³⁸, para reconocer el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, con ciertas exigencias, algunas de carácter económico³⁹, que precisaba de carencia de rentas para poder causar la pensión. En ese sentido, se atribuía el

35 Artículo 6.3b) del Real Decreto 1192/2012.

36 Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, BOE núm. 291, de 05/12/2007.

37 Un completo análisis de la evolución legislativa y jurisprudencial en Blázquez Agudo, E.M. y Presa García-López, R., “Pensión de viudedad y parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.168/2014, versión Aranzadi *on line* BIB2014\3566.

38 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE núm. 154, de 29/06/1994.

39 *Vid.* Fernández Orrico, F.J., “El encuadramiento de la pareja de hecho en la seguridad social como colaboradora del trabajador autónomo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.11/2013, versión Aranzadi *on line* BIB 2013\442, pp. 3-4.

derecho ofreciendo una acepción propia de pareja de hecho, considerando que se reconocería como tal “(...) 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 en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución (...)”. En cuanto a la forma de probar su existencia, como requisito *ad solemnitatem*, la disposición declaraba que “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”.

Por otra parte, también se precisaba justificar una dependencia económica que se concretaba cuando “(...) sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente”. La norma establecía como ingresos “los rendimientos de trabajo y de capital, así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones”.

Habría que esperar a la entrada en vigor de la Ley 21/2021 de 28 de diciembre⁴⁰, para que los requisitos fuesen parcialmente suavizados en favor de aquellas parejas de hecho con hijos comunes. Así, se dio una nueva redacción al artículo 221 de la LGSS, que reproducía inicialmente el derogado artículo 174.3 de la derogada LGSS, que hoy permanece invariable, eliminando los condicionantes económicos y subsistiendo el resto, tanto la acepción propia de pareja de hecho, como los requisitos de acreditación.

40 Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

Tal como señala la doctrina, en la actualidad se requiere de la concurrencia de tres requisitos: uno de carácter subjetivo, que los convivientes no estuviesen impedidos de contraer matrimonio por causa alguna; otro *ad solemnitatem*, que la pareja se hubiese constituido legalmente en un plazo de no menos de dos años de anterioridad y, por último, una determinada duración de la relación, continuada durante cinco años como mínimo⁴¹. Es visible que dichas condiciones, “sobre todo comparadas con las demandadas a los cónyuges, son en exceso exigentes, quedando patente una cierta desconfianza del legislador hacia estas uniones. Se parte de la idea de la posible creación fraudulenta de estas parejas a los efectos de beneficiarse de la pensión y de acuerdo con esta creencia se exige la demostración tanto de su existencia como de su duración”⁴².

En suma, tras la última reforma se mantiene la preceptiva duración ininterrumpida de cinco años de convivencia previa al fallecimiento y la necesidad de inscripción de la unión no conyugal en los registros específicos o documento público con dos años de antelación para parejas sin hijos, con los mismos requisitos de duración y existencia preexiste del vínculo no matrimonial. Sin embargo, se flexibiliza la condición sobre el tiempo de duración previo en caso de existencia de hijos comunes puesto que en ese caso con la mera justificación de la constitución sería suficiente para lucrar la pensión de viudedad. Ahora bien, contraer un nuevo vínculo matrimonial o constituir una nueva una pareja de hecho extingue el derecho a la prestación de viudedad, mientras que la mera convivencia *more uxorio* no tiene trascendencia sobre este particular.

Paradójicamente, en supuestos excepcionales un período de mera convivencia *more uxorio*, no registrado, sí puede acumularse al período matrimonial a los efectos de obtener el derecho a la pensión de viudedad, tal como figura en el artículo 219.2 LGSS. En estos casos, si el fallecimiento del causante fuese a consecuencia de una enfermedad común previa al vínculo conyugal, se exige que el matrimonio haya sido contraído con una antelación mínima de un año a la fecha del fallecimiento, requisito que no es preciso probar si existen hijos comunes. Aquí, la LGSS permite que, ante la insuficiencia del período para causar la prestación, pueda adicionarse a ese período una convivencia previa que, junto a la matrimonial, sume dos años de duración. Hay que hacer constar que, pese a la aparente sencillez de la norma aplicable, la jurisprudencia ha clarificado que ese período anterior de convivencia no puede ser cualquiera, sino que habrá de someterse a lo que la literalidad de la norma dispone. Por consiguiente, solo podrá contabilizarse desde que no existiese un vínculo matrimonial con otra persona, ni tampoco si concurre algún

41 Vid. Blázquez Agudo, E.M. y Presa García-López, R., “Pensión de viudedad y parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial”, cit., p. 5.

42 Cfr. Blázquez Agudo, E.M. y Presa García-López, R., “Pensión de viudedad y parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial”, cit., p. 5.

impedimento en los miembros de la pareja para contraer matrimonio⁴³. Como se ha venido refiriendo, los requisitos no son asimilables a cualquier convivencia, de hecho, la jurisprudencia ha determinado que no puede contabilizarse como parte de este período, el tiempo durante el que un matrimonio divorciado haya mantenido convivencia tras la sentencia de extinción del vínculo. Así, la situación anotada no permitiría acceder a la pensión ni por razón de matrimonio, ni por existencia de pareja de hecho, al no cumplir con los requisitos presentes en la LGSS⁴⁴.

Por otra parte, cuando no se pudiera lucrara una pensión de viudedad en los términos anteriores, la LGSS establece la posibilidad de obtener una pensión temporal de viudedad, es decir, durante un tiempo limitado. En lo que respecta a la pensión temporal de viudedad ha tenido su propio recorrido en cuanto a las uniones de hecho. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, introdujo como beneficiarios a estos convivientes, de nuevo manteniendo requisitos más rigurosos que los exigidos a los cónyuges. En el caso del matrimonio sin hijos comunes, la LGSS establece que acredite que la celebración del matrimonio fue de al menos un año antes del hecho causante. En cambio, cuando se trata de parejas de hecho habrán de justificar que la inscripción en los Registros específicos o su constitución mediante documento público tiene una fecha de al menos dos años anterior al fallecimiento del causante, manifestándose, por tanto, que el legislador atribuye a la pareja de hecho tiene una intención defraudatoria o que este vínculo es menos fiable que el matrimonial. Sin entrar en estas consideraciones lo que sí es visible es que aquí, las condiciones que deben cumplir las parejas de hecho son diferentes a las que se le requieren para lucrar una pensión de viudedad no temporal.

Igualmente, también se han atendido a la situación no matrimonial en otra de las prestaciones por fallecimiento como es el auxilio por defunción, con iguales requisitos a los presentes en el artículo 221 LGSS. Así, se atribuye al cónyuge o al sobreviviente de la pareja de hecho con derecho a la pensión de viudedad, el derecho a la percepción de la ayuda para hacer frente a los gastos derivados del sepelio o en la indemnización por accidente derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En este punto, nos remitimos a lo anteriormente señalado para la pensión de viudedad, si bien nos parece un exceso en cuanto a la acreditación para lo que se configura como una prestación que únicamente pretende hacer frente a unos gastos puntuales como son los derivados del fallecimiento. Esta misma

43 Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 857/2022 de 26 octubre de 2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2059/2019 (ECLI:ES:TS:2022:3824).

44 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 3455/2015 de 20 julio de 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3078/2014 (ECLI:ES:TS:2015:3455). Sobre este tema un interesante análisis en Maneiro Vázquez, Y., “Pensión de viudedad. La delicada situación de los cónyuges divorciados y reconciliados “more uxorio” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015, rec. núm. 3078/2014)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 393, 2015, pp. 195-199.

circunstancia se establece en la indemnización a tanto alzado que se concede en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, tal como dispone el artículo 227.1 de la LGSS.

No obstante lo anterior, al haber dado cabida a las parejas de hecho como beneficiaria de la pensión de viudedad, reconociendo su existencia jurídica para determinados efectos de seguridad social, no parece justificable que la norma no las incluya para aplicar el porcentaje específico asistencial que se prevé para conceder el complemento por mínimos⁴⁵, tanto para las pensiones de la Seguridad Social como para las de clases pasivas, cuestión que también se hace constar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023⁴⁶. Este precepto de la LGSS, artículo 59, fue recientemente modificado para dar cabida a la forma en que debe calcularse el complemento por mínimos en el supuesto de pensiones reconocidas en virtud de normas internacionales⁴⁷. Por consiguiente, salvo una modificación posterior al respecto, habrá de considerarse que, para determinar la cuantía mínima de la pensión de jubilación contributiva para titulares mayores de 65, solo se atenderá a la existencia de cónyuge a cargo, lo que conduce a que las uniones de hecho se vean afectadas por un nivel superior de pobreza al no contabilizar a estar personas como miembros de la unidad familiar⁴⁸.

Sin embargo, aunque este tipo de convivencia no se tenía en cuenta a los efectos de calcular la ausencia de rentas en las pensiones no contributivas, tanto de invalidez, como de jubilación, en virtud de lo establecido en el artículo 363.4 de la LGSS, sí se ha considerado oportuno traerlo a colación para denegar su revalorización. La Ley de Presupuestos del año 2023 considera la posibilidad de conceder un complemento para las pensiones no contributivas, para el pensionista que acredite fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y tener, como residencia habitual, una vivienda alquilada. En este sentido, la ayuda queda excluida si el arrendatario fuese un familiar hasta el tercer grado, a su cónyuge o a una “persona con la que constituya una unión estable y conviva con análoga relación de afectividad a la conyugal”⁴⁹. Aquí, parece que no es necesario acreditar fehacientemente su existencia, lo que resulta paradójico a la vista de lo anteriormente expuesto.

45 Arts. 59 LGSS.

46 Artículos 43 y 42 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, BOE núm. 308, de 24/12/2022, respectivamente.

47 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, BOE núm. 65, de 17/03/2023.

48 *Vid.* Disposición Adicional 53ª de la LGSS.

49 Artículo 44 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

En otro orden de cosas, tampoco se considera a la pareja de hecho como posibles beneficiarios de ayudas asistenciales si se ha producido una ruptura, como sucede en caso de los matrimonios. A tal efecto, aunque en supuestos de separación judicial o divorcio se puede conceder las mencionadas ayudas a los cónyuges, excónyuges y familiares asimilados en dicha situación⁵⁰, no sucede lo mismo respecto de las parejas de hecho en los supuestos de finalización de la relación. Resulta incongruente que toda vez que superviviente de una unión ya disuelta, puede lucrar pensión de viudedad si es acreedor de pensión compensatoria siempre cumpliendo los demás requisitos establecidos en la LGSS. Por tanto, esta diferencia supone, una vez más, un perjuicio para los que se imposibilitar el acceso a esta ayuda.

Tampoco en prestaciones por desempleo asistencial, es decir, aquellas complementarias de la prestación contributiva, cuyo objetivo es extender la protección a las personas que se encuentran en dicha situación se considera que la pareja de hecho puede dar lugar a responsabilidades familiares. El desempleo asistencial se concede para proteger a desempleados que han agotado el nivel contributivo, no han podido acceder a él o no han podido volver a trabajar. La LGSS dispone que, para ser beneficiario de la misma, además de los requisitos generales de estar inscritos como demandantes de empleo, no haber rechazado oferta o participación en acciones de promoción sin causa, debe existir una situación de necesidad o ausencia de recursos.

En este punto, el artículo 274 de la LGSS hace referencia como causa de necesidad, entre otras, la existencia de responsabilidades familiares⁵¹. Los términos del artículo 275.3 de la Ley exhaustivamente señalan que se entenderán como responsabilidades familiares el “tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto

50 Arts. 64 LGSS.

51 La norma establece como beneficiarios, entre otros, las personas trabajadoras que, habiendo agotado la prestación contributiva, tuvieren responsabilidades familiares, también a los que se encuentren en situación legal de desempleo y no causaren derecho a la prestación por no haber cubierto el período mínimo de cotización, pero hubieran cotizado al menos tres meses con concurrencia de responsabilidades familiares. Además de ellos, también se hace referencia a otros colectivos de diferente tipo. Así, se menciona a trabajadores mayores de 45 años que han agotado prestación por desempleo y no tuvieran responsabilidades familiares, trabajadores que sean declarados plenamente capaces o con una incapacidad parcial como consecuencia de expediente de revisión por mejoría de una situación de gran invalidez, IP absoluta o total para la profesión habitual. También serán beneficiarios los liberados de prisión, menores liberados de centros de internamiento, o en remisión de condena por desintoxicación. Una modalidad especial se concede a los trabajadores mayores de 52 años, aun sin responsabilidades familiares, que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores y hayan cotizado por desempleo al menos durante 6 años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. *Vid.* artículo 274 LGSS.

de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”. Por el contrario, cuando la renta de la familia supere las cuantías expresadas en la LGSS se considerará que el beneficiario carece de dichas responsabilidades. En este sentido, la jurisprudencia ha denegado el subsidio cuando se ha aludido a la pareja de hecho⁵². Es visible que la falta de cómputo de los posibles ingresos de la pareja de hecho puede ocasionar un desajuste respecto de los términos económicos reales en la unidad familiar que beneficiará o perjudicará en función de los casos concretos. En este punto, el fallido Real Decreto-ley 7/2023, introducía un cambio significativo, ya que incorporaba a la pareja de hecho, con independencia de la posible existencia de hijos en común, y los menores en guarda con fines de adopción o acogimiento, que conviviesen o dependiesen económicamente de la persona solicitante o beneficiaria, como integrantes de la unidad familiar. Pese a ello, se instituían requisitos propios para su integración en la unidad familiar, ya que solo se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos de un año de antelación, sin que hubiese de acreditar este periodo si existiesen hijos en común. Una vez más, la figura de las uniones no matrimoniales registradas presenta perfiles propios, por lo que habremos de esperar a una nueva iniciativa que subsane la desigualdad que presenta en este punto la consideración de las parejas de hecho.

En otro orden de cosas, el mismo desconocimiento de la particular posición de las uniones de hecho se encuentra en el marco del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), donde cabe afirmar que estamos ante una situación realmente esquizofrénica. La Disposición Adicional 52ª de la Ley 27/2011, disponía que, si un cónyuge había desempeñado durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin haber sido dado de alta en la Seguridad Social, en el régimen que correspondiese, el juez que conociese del proceso de separación, divorcio o nulidad había de comunicar tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que se llevasen a cabo las actuaciones oportunas. Asimismo, refería que “las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los períodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento, a efectos de causar las prestaciones de Seguridad Social. El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por cuenta del titular del mismo”.

La actual Disposición Adicional vigesimosexta de la LGSS mantuvo en los mismos términos su contenido y, a tal efecto, podríamos pensar, a la luz de lo

52 Entre otras, la Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª), Sentencia núm. 912/2018 de 17 de octubre de 2018, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3600/2016 (ECLI:ES:TS:2018:3883) y Sentencia núm. 355/2020 de 19 mayo 2020, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3683/2017 (ECLI:ES:TS:2020:1554).

dispuesto en la LGSS que no se había incluido a las uniones no matrimoniales al no estar reconocida la posibilidad de que se dieran de alta como autónomos colaboradores en el negocio de su pareja, haciendo innecesaria la extensión de la protección. Es en este punto donde se manifiesta una conducta que se ha considerado por la doctrina como “una entrada por la puerta de atrás”⁵³. En efecto, es preciso acudir a lo establecido por la Disposición Adicional undécima de la Ley 3/2012 que permitía que la pareja de hecho del autónomo pudiese inscribirse en la Seguridad Social como colaborador del titular del negocio, lo que no dio lugar a modificación alguna en la LGSS.

La derogación de la Ley 3/2012 por la Ley 31/2015 de 9 de septiembre de fomento del trabajo autónomo modificó la Disposición Adicional decimotercera del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)⁵⁴, que disponía que “las referencias al cónyuge del trabajador autónomo y del titular de la explotación agraria previstas en los artículos 35 y 37 de esta ley se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquel por una relación de afectividad análoga a la conyugal una vez que se regule, en el ámbito del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los Regímenes que conforman el mismo, el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del trabajador autónomo y del titular de la explotación agraria”. No obstante, tras la reforma que tuvo lugar con la Ley 6/2017, de 24 de octubre quedó derogada, aunque introduciendo una nueva redacción al artículo 35 del LETA donde se acogía la posibilidad de que entre los familiares que permiten obtener bonificaciones con su incorporación al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o, como trabajadores por cuenta propia, en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, pudiesen encontrarse las parejas de hecho.

Una vez más se establecen requisitos distintos para la pareja de hecho, considerándose que será “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 y con una duración ininterrumpida no inferior a 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”. Es decir, sin exigir una anterioridad de dos años en su inscripción registral o documento público de constitución.

Sin embargo, esta modificación tampoco ha ido acompañada de cambio alguno ni en la LGSS ni en la legislación laboral. Por tanto, el mantenimiento de las

53 Menéndez Sebastián, P., *El trabajo familiar. Actividad asalariada versus por cuenta propia*, cit., pp. 124-126.

54 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, BOE núm. 166, de 12/07/2007.

reglas anteriores da lugar a la pervivencia de una diferencia perjudicial en relación de las personas que constituyendo familias de hecho no habían formalizado su situación a los efectos de la posible extinción de la relación, excepción hecha en rupturas en las que la mujer sea perjudicada y suponga una causa de cese de actividad la violencia de género o violencia sexual sobre la mujer⁵⁵.

Esta confusa técnica legislativa se pone nuevamente de relieve en lo atinente a las disposiciones que hacen referencia al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios. Si bien la LGSS incluye como personas a las que afecta la incorporación a este sistema especial al titular, al cónyuge y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena, siempre que sean mayores de edad y presten sus servicios de forma personal y directa en la explotación familiar, no hay rastro alguno de otras fórmulas de convivencia. Al igual que sucede en el RETA tampoco figura su extinción como causa justificativa de la situación legal del cese de actividad, mientras que sí incluye el divorcio o separación matrimonial.

Sorpresivamente, la Disposición Adicional 16ª de la LGSS menciona las parejas de hecho estableciendo que “Las referencias al cónyuge del titular de la explotación agraria contenidas en el capítulo IV del título IV de esta ley se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquel por una relación de afectividad análoga a la conyugal una vez que se regule, en el ámbito del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los regímenes que conforman el mismo, el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del empresario o del titular del negocio industrial o mercantil o de la explotación agraria o marítimo-pesquera”. En síntesis, la disposición mantiene la literalidad de la disposición adicional segunda de la Ley 18/2007, de 4 de julio, que al igual que sucede en la actualidad parece recoger la intención de homologar la pareja de hecho con el matrimonio. Pese a ello, la norma exigía un desarrollo sobre el contenido concreto de la expresión “afectividad análoga a la conyugal”, que no se reguló y así continúa. Verdaderamente, desconocemos la intención del legislador, si se trata de un deseo que ha quedado olvidado o que en los supuestos de trabajadores agrarios podría tenerse en consideración esta situación planteándola para ocasiones futuras.

Para finalizar este estudio señalaremos un último olvido y una inclusión. Respecto del primero, aunque se ha producido un parcial reconocimiento de los distintos tipos de familia a los efectos de determinadas prestaciones, el artículo 44 de la vigente LGSS, no tiene en cuenta respecto que obligaciones alimenticias diferentes de las que se conceden al cónyuge e hijos, puedan ser objeto de retención en prestaciones de la Seguridad Social, beneficios de sus servicios sociales y de la asistencia social, dejando a la pareja de hecho en una situación de desprotección. En cuanto a la segunda, sí que podrá ser beneficiario de la prestación económica

55 Cfr. Menéndez Sebastián, P., *El trabajo familiar. Actividad asalariada versus por cuenta propia*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 115-126.

por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave cuando el enfermo contrajese matrimonio o constituyese una pareja de hecho. La prestación se atribuirá a la persona con quien mantenga la relación de afectividad, sin distinción por razón del vínculo, ni requisitos adicionales, ofreciendo nuevos perfiles para la aceptación de pareja de hecho ante la seguridad social.

V. Conclusiones

Las parejas de hecho se han ido introduciendo en la sociedad de manera progresiva, en primer lugar, por necesidad, ante la dificultad de obtener el divorcio o ante la imposibilidad de contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo. En segundo lugar, toda vez que la legislación introduce las dos situaciones anteriores, por la propia voluntad de los convivientes. Esta decisión libre, no obstante, tiene una enorme trascendencia.

Es visible que hay otras formas de vivir en pareja, distintas a la matrimonial, como son la pareja de hecho oficializada o pareja de derecho, y la derivada de la mera convivencia *more uxorio*. Cada una de ellas tiene regímenes jurídicos diferenciados que se ponen de manifiesto con mayor claridad en las parejas de hecho oficializadas, cuya regulación y registro es autonómico. Pero, además, también la normativa laboral y de seguridad social establece ciertos requisitos para las uniones no matrimoniales, en ocasiones un registro formalizado con anterioridad o de duración del vínculo, para el disfrute de los derechos. En consecuencia, como hemos podido ver a lo largo de estas páginas, la significación del término “pareja de hecho” toma un contenido diferente en función del texto legal y el concreto precepto al que nos estemos refiriendo.

De esta manera, por una parte, y en lo que respecta al Derecho del trabajo, sus disposiciones han ido acomodándose a los nuevos tiempos permitiendo, con carácter reciente, atribuyendo derechos tradicionalmente vetados para las uniones no matrimoniales, en términos igualitarios. Sin embargo, por otra parte, en el ámbito del Derecho de la seguridad social, sus constantes modificaciones, aun extendiendo el derecho a prestaciones a las parejas de hecho, han introducido exigencias mucho más rigurosas que las que se requieren para los cónyuges en caso de matrimonio, lo parece tener como objetivo el sostenimiento del sistema y evitar situaciones de fraude.

Con todo, es muy importante poner de manifiesto que a pesar de las distintas reformas que se ha visto sometida la LGSS aún se encuentra pendiente de poner en práctica un mandato de extraordinaria relevancia. Así, la Ley 21/2021 disponía en su Disposición adicional tercera que, en el plazo de un año, desde su entrada en vigor, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones analizaría “la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en

todo el territorio nacional”. Desafortunadamente, esta previsión sigue pendiente de desarrollo, manteniendo las desigualdades anotadas en función de que los beneficiarios tengan un vínculo matrimonial o no, configurándose las parejas de hecho como titulares de segunda categoría frente a la Seguridad Social.

Abundando aún más sobre el tema, si queremos equiparar los derechos para todo tipo de uniones familiares ¿no supone un esfuerzo administrativo mantener registros distintos para la acreditación de su existencia? A nuestro juicio, previsiblemente ambas instituciones se irán acercando cada vez más, por lo que sería razonable instituir un registro único, superando los de carácter autonómico, para dar fe de su existencia en los mismos términos y otorgar los mismos derechos. Indiscutiblemente, esta medida contribuiría a la seguridad jurídica y protegería a los miembros de las parejas no matrimoniales de las desiguales condiciones en las que se encuentran en este momento.

VI. Bibliografía

- Blasco Jover, C., “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 2020.
- Blázquez Agudo, E.M. y Presa García-López, R., “Pensión de viudedad y parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.168/2014, versión Aranzadi *on line* BIB2014\3566.
- Fernández Orrico, F.J., “El encuadramiento de la pareja de hecho en la seguridad social como colaboradora del trabajador autónomo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.11/2013, versión Aranzadi *on line* BIB 2013\442, pp. 3-4.
- Gete-Alonso y Calera, M.C., “Registros y relaciones económicas entre cónyuges y miembros de parejas estables”, en Lasarte, C y Cervilla Garzón, M.D. (dir.) *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Legerén-Molina, A., “El uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia en las uniones de hecho”, en Lasarte, C y Cervilla Garzón, M.D. (dir.) *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 815-837.
- Maneiro Vázquez, Y., “Pensión de viudedad. La delicada situación de los cónyuges divorciados y reconciliados “more uxorio” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015, rec. núm. 3078/2014)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 393, 2015, pp. 195-199.
- Menéndez Sebastián, P., *El trabajo familiar. Actividad asalariada versus por cuenta propia*, Aranzadi, Navarra, 2023.

- Nieto Rojas, P., “La transposición de la directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, pp. 75-102.
- Rabadán Sánchez-Lafuente, F., “Aspectos patrimoniales de las uniones de hecho: regulación en las leyes forales y autonómicas y soluciones jurisprudenciales”, en Lasarte, C y Cervilla Garzón, M.D. (dir.) *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 879-884.
- Wrinkler, S., “Las parejas de hecho: entre soluciones nacionales y tendencias europeas”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 25, monográfico 2021, pp. 209-228.

DINÁMICA Y CONTROVERSIA DE LA COBERTURA DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

THAIS GUERRERO PADRÓN

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

Resumen:

La protección contributiva de los trabajadores a tiempo parcial ha sido un proceso de continuos reajustes de la regla *pro rata temporis* en combinación con los principios de contributividad, igualdad de trato con los trabajadores a tiempo completo y no discriminación por razón de sexo, que ha desembocado, tras algunas modificaciones legales desafortunadas, en la adopción de una fórmula que equipara el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos de carencia requeridos para el reconocimiento del derecho a prestaciones. De esta manera se facilita el acceso a la protección, desplazando el foco de atención hacia el alcance de la misma, en justa correspondencia con la reducción de la jornada característica del trabajo a tiempo parcial y sus efectos directos sobre la retribución, las bases de cotización y la base reguladora de las prestaciones. El debate se sitúa ahora en la suficiencia de la protección, especialmente en materia de pensiones, y su adecuación para evitar el riesgo de pobreza de quienes prestaron servicios a tiempo parcial.

Palabras clave:

trabajo a tiempo parcial; Seguridad Social; pensión de jubilación; período de cotización; complemento por mínimos.

I. Introducción

La ordenación de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial ha sido un camino largo en el que se han sucedido distintos obstáculos que, en última instancia, dificultaban el acceso a las prestaciones.

La reducción del tiempo de trabajo característica del trabajo a tiempo parcial, siempre en comparación con el trabajo a tiempo completo, ha justificado aplicar la regla de la proporcionalidad, en función del tiempo trabajado, respecto de los derechos que podían corresponder a los trabajadores a tiempo parcial. Si para determinados derechos, como la retribución, esa proporcionalidad en función del tiempo de trabajo está justificada y se presta a poca o escasa polémica, en materia de Seguridad Social no ha ocurrido igual. La normativa ha partido de aplicar la más estricta proporcionalidad para ir modulando la misma aplicando coeficientes de parcialidad que, en su conjunto, se han traducido en desprotección y precariedad para los trabajadores a tiempo parcial. Pese a haber cotizado al sistema, el acceso a las prestaciones no ha sido posible en todo caso, o ha supuesto prestaciones desproporcionadamente inferiores a las que podían corresponder en función de la parcialidad concreta; incluso aquellas reglas han afectado a la duración de las prestaciones.

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, culmina un proceso evolutivo especialmente complicado equiparando el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos de carencia requeridos para el reconocimiento del derecho a prestaciones. En lo sucesivo, el período que haya permanecido en alta el trabajador con un contrato a tiempo parcial, al margen de la concreta duración de su jornada, será el criterio utilizado para acreditar los períodos de cotización necesarios y causar derecho a las principales prestaciones contributivas. A primera vista, la medida facilita cumplir los períodos carenciales exigidos para acceder a las prestaciones, eliminando los impedimentos que debían superarse para alcanzar alguna protección, desplazando el foco de atención hacia otra cuestión: ¿es adecuada hoy la protección de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial?

A través de un recorrido por los principales hitos legislativos y pronunciamientos judiciales en la configuración de la protección de Seguridad Social contributiva de los trabajadores a tiempo parcial, el presente trabajo analiza si tal protección es suficiente y adecuada, especialmente en materia de pensiones, y si existe una tendencia hacia la asistencialización de la misma.

II. Una protección de seguridad social diseñada para trabajadores a tiempo completo

La función elemental de la Seguridad Social contributiva consiste en proteger a las personas trabajadoras que, con carácter previo a encontrarse en situación de necesidad, han sido dadas de alta y están cotizado al sistema. La concesión de prestaciones en este nivel parece justificada precisamente por las contribuciones previamente realizadas. Bajo este esquema, actividad laboral, alta y cotización a la Seguridad Social son situaciones que corren en paralelo, de forma que mientras dura el contrato de trabajo a tiempo completo, en principio se mantienen el alta y la obligación de cotizar, lo que incluye no sólo los tiempos de trabajo efectivo, sino también los períodos de descanso.

La aparición del contrato a tiempo parcial en la legislación española y su consolidación tras importantes y numerosas modificaciones legislativas¹ ha puesto de manifiesto la dificultad de adaptar las normas de Seguridad Social históricamente concebidas para un tipo de trabajador con contrato a tiempo completo y por tiempo indefinido, a un supuesto de reducción del tiempo de trabajo que caracteriza al trabajo a tiempo parcial², preservando al mismo tiempo los principios de contributividad, igualdad de trato con los trabajadores a tiempo completo y la prohibición de discriminación por razón de sexo³.

El vigente art. 12.4 d) del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET, en lo sucesivo), establece lo siguiente:

“Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”.

1 La exposición de motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, señalaba que en las economías occidentales, “el trabajo a tiempo parcial ha adquirido un grado de difusión desconocido en España y altamente satisfactorio, al cumplir tres objetivos deseables: satisfacer los deseos de una parte de la población dispuesta a trabajar en jornada incompleta, disminuir la unidad mínima de trabajo que las empresas pueden contratar, y en general obtener por esa vía un reparto del trabajo disponible de carácter estrictamente voluntario.

2 Palomino Saurina, Pilar, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* - N.º45, 2017.

3 A. Ojeda Avilés, *Modalidades de contrato de trabajo, Comentarios a la legislación*, A. Ojeda Avilés (coord.), Tecnos, Madrid, 2003, pp. 93 y ss.

La regla de la “identidad de derechos” de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial queda matizada en dos sentidos: de un lado, invocando seguidamente el principio de proporcionalidad cuando la naturaleza del derecho lo permita, aspecto que, siendo de especial relevancia, la propia norma no lo aclara; y de otro lado, con la expresa mención de la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, precisión introducida en el precepto estatutario por el art. 2. cuatro del Real Decreto-ley 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 ocupación⁴. Esta referencia última a la prohibición de discriminación por razón de sexo trae causa en la realidad social del trabajo a tiempo parcial y el perfil mayoritariamente femenino de las personas que ocupan este tipo de empleos, por motivaciones varias, sea compatibilizar obligaciones familiares y laborales, o las dificultades de acceder a un empleo a tiempo completo, o simple elección libre por razones personales. En cualquier caso, el trabajo a tiempo parcial en general en nuestro país ocupa a un alto porcentaje de mujeres⁵.

¿Pueden llevarse al ámbito de la Seguridad Social contributiva las anteriores consideraciones? En principio, la identidad de derechos de trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo y, cuando corresponda según su naturaleza, el reconocimiento de tales derechos en proporción al tiempo de trabajo, inspira la actual normativa de Seguridad Social, garantizando la igualdad de trato con los trabajadores a tiempo completo y la ausencia de discriminación por razón de sexo.

No obstante, la propia evolución que ha experimentado la Seguridad Social con respecto a los trabajadores a tiempo parcial muestra, cuando menos, lo complicado que resulta encontrar la fórmula idónea para dispensar una protección social adecuada en Seguridad Social a este tipo de trabajadores, capaz de combinar la flexibilidad y la reducción del tiempo de trabajo característicos de esta modalidad con los principios de proporcionalidad, contributividad, igualdad de trato con los trabajadores a tiempo completo y prohibición de discriminación por razón de sexo.

La aplicación de la más estricta proporcionalidad en función del tiempo de trabajo y en comparación con los trabajadores con un contrato a jornada completa fue la regla que inicialmente reguló los derechos de Seguridad Social de los

4 La garantía de ausencia de discriminación entre mujeres y hombres en el caso de los contratos a tiempo parcial, encuentra desarrollo en el RD 609/2020, que lleva el principio de identidad de derechos entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial al terreno de la retribución.

5 Según el Instituto Nacional de Estadística, la participación de los hombres en el trabajo a tiempo parcial en 2022 en España, respecto al empleo total masculino, fue el 6,6%, y de las mujeres el 21,6% sobre el empleo total femenino (este dato de 2022 fue más alto en la UE-27, registrando el 29,2%).

https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925461713&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayou¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888

trabajadores a tiempo parcial. Esto supuso, por ejemplo, para una jornada reducida al cincuenta por ciento tener que duplicar el período de carencia para acceder a la pensión de jubilación, lo que además de resultar desmesurado es probable que dificultara el acceso efectivo a la pensión para el trabajador a tiempo parcial, pese a haber estado contribuyendo al sistema.

La progresiva introducción en la legislación de elementos “correctores” de la rigurosa proporcionalidad (como se analizará más adelante) tiene por objeto enmendar tales situaciones de desprotección. Sin embargo, lejos de lograr esta finalidad, las fórmulas adoptadas por el legislador generan nuevas situaciones adversas para los derechos de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial.

III. Los estragos de la estricta proporcionalidad

La reducción del tiempo de trabajo propia de un trabajo a tiempo parcial se presta a comparar el tiempo de trabajo dedicado bajo este régimen con un parámetro considerado ordinario o normal como es la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable o, en su defecto, la prevista en el convenio colectivo de aplicación y, a falta de ésta, la jornada máxima legal (art. 12. 1 del vigente Estatuto de los Trabajadores). Trabajar la mitad de la jornada y percibir la retribución correspondiente en función del tiempo de trabajo, despliega sus efectos en la Seguridad Social. No obstante, una rigurosa aplicación del principio de proporcionalidad puede traducirse en una desprotección del trabajador a tiempo parcial si dificulta o impide el acceso efectivo a la acción protectora⁶.

La regla de la proporcionalidad en función del tiempo trabajado aplicada sin paliativos a la protección de los trabajadores a tiempo parcial en la Seguridad Social encuentra expresión en la histórica disposición adicional séptima (en adelante, D.A.7ª) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS de 1994). Esta regla se proyecta sobre la fijación de la base de cotización, el cómputo de los períodos de carencia y la determinación de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, señalando que:

“1. En el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial, la base de cotización a la Seguridad Social y demás aportaciones que se recauden conjuntamente con aquélla estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas. Cada hora de trabajo que se realice sobre la jornada ordinaria de trabajo efectivo en el contrato a tiempo parcial, tendrá la consideración de hora extraordinaria.

6 Sobre el principio de proporcionalidad y los primeros estadios de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, Cruz Villalón, Jesús, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 177-179.

2. A efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos.

3. En el supuesto de trabajadores cuya prestación efectiva de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, los derechos de protección sólo incluirán las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y la prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad”.

En los términos señalados, el principio de proporcionalidad plantea diferentes problemas de protección de los trabajadores a tiempo parcial en la Seguridad Social, contribuyendo a la precarización de esta modalidad contractual. En efecto, no resulta fácil para un trabajador a tiempo parcial reunir períodos de carencia bajo las condiciones señaladas. Computar exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados complica el acceso a las prestaciones contributivas, dificultad que se incrementa especialmente en aquellas que exigen amplios períodos carenciales, como son las pensiones. Para comprender el efecto penalizante que se genera sirva de ejemplo el trabajador a tiempo parcial cuya jornada es la mitad de la ordinaria. En este caso, se duplica el período de carencia para acceder a las prestaciones. Además, puede influir en la duración de la prestación si ésta depende del tiempo cotizado, como ocurre con la prestación por desempleo. Todo ello sin olvidar la influencia que ejerce lógicamente una retribución proporcionalmente inferior a la que percibiría un trabajador a tiempo completo comparable sobre la cotización y, en definitiva, la cuantía de las prestaciones.

La aplicación en este ámbito de una estricta proporcionalidad conduce a excluir de la acción protectora de la Seguridad Social aquellas actividades consideradas de menor entidad en términos de duración y retribución. En efecto, el apartado tercero de la antigua D.A.7ª de la LGSS de 1994 limitaba el acceso a la protección social para los que trabajan menos de doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes (incluyendo sólo las contingencias profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y la prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad)⁷, abundando en la tesis de que la escasa

7 La modificación de la disposición adicional séptima por el RD-Ley 15/1998 extiende la protección a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 ET (también modificado por la norma citada), que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón, y a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La incorporación de los empleados de hogar tendrá lugar con la inclusión de los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a tenor de la disposición adicional

significación del trabajo medido en términos de duración y retribución pugna con el principio de contributividad⁸.

Sucesivas modificaciones legales introducen medidas correctoras de la estricta proporcionalidad para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características específicas del trabajo a tiempo parcial. Así el RD-L 15/1998 de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad (desarrollado por RD 144/1999), introduce el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo en materia de protección social (aspecto regulado actualmente en el 245.1 LGSS de 2015), que completa con determinadas reglas relativas a aspectos clave en la protección de los trabajadores, como son la cotización, el cómputo de períodos de cotización y cálculo de las bases reguladoras para señalar el importe de las prestaciones. En este marco, la protección por desempleo tendrá autonomía regulatoria.

1. La duración de la prestación por desempleo

La normativa específica en protección por desempleo se aplica a los trabajadores a tiempo parcial, apartándose del régimen establecido para las

40.3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuya disposición adicional 39ª integraba el Régimen Especial de los Empleados de Hogar en el Régimen General). Esta previsión continúa en el art. 245.2 de la vigente LGSS (2015) que señala: “Las reglas contenidas en esta sección serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, de relevo a tiempo parcial y contrato fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General, incluidos los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos pertenecientes al Sistema Especial para Empleados de Hogar”.

- 8 A este respecto, la sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 1995 dictada en el asunto Megner y Scheffel (C-444/93) admitió la tesis sostenida por el gobierno alemán para justificar que la exclusión de los llamados “empleos menores” de ciertas prestaciones de la Seguridad Social no era una medida de discriminación indirecta por razón de sexo, aunque afectara mayoritariamente a las mujeres, que son las que se ocupan en ese tipo de empleos. El TJUE admite que la estructura de un régimen contributivo como el alemán que se caracteriza por la necesidad de mantener una equivalencia entre, por una parte, las cotizaciones abonadas por los asegurados y los empleadores y, por otra parte, el pago de las prestaciones en caso de que sobrevenga uno de los riesgos cubiertos por dicho régimen; esta estructura no podría mantenerse tal como existe si hubiera que derogar las normas que excluyen a los empleos menores, caracterizados por un horario normal inferior a quince horas semanales y una retribución normal no superior a una séptima parte de la base mensual de referencia, de algunas prestaciones de la seguridad social (seguro de enfermedad, de vejez y desempleo, en concreto). El gobierno alemán añadía para justificar su normativa, que “hay una demanda social de empleos menores, que estima necesario satisfacer dicha demanda en el marco de su política social fomentando la existencia y la oferta de dichos empleos, y que el único medio de hacerlo en el marco estructural del sistema de Seguridad Social alemán es la exclusión de los empleos menores del seguro obligatorio”.

restantes prestaciones contributivas. El art. 245.1 de la LGSS vigente remite a los artículos 269.2 y 270.1 del mismo texto legislativo, que regulan respectivamente la duración y la cuantía de la prestación por desempleo con carácter general y que, a su vez, contienen una remisión expresa a la norma reglamentaria, entendiéndose por ésta el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, sin perjuicio de reglas singulares en los apartados 3 y 4 del art. 270⁹.

De las peculiaridades de la prestación por desempleo en supuestos de trabajo a tiempo parcial, queremos destacar su duración. Con carácter general, la duración de la prestación por desempleo se establece según los períodos de ocupación cotizada de la persona trabajadora en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Si ha trabajado a tiempo completo, para determinar tales períodos se tienen en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido consideradas para el reconocimiento de un derecho anterior, sea de nivel contributivo como asistencial (art. 269.1 y 2, primer párrafo, LGSS).

La singularidad para los trabajadores a tiempo parcial estriba en la forma de calcular los períodos de ocupación cotizada, como consecuencia de su forma de cotizar¹⁰. La versión inicial del art. 3.4 del RD 625/1985 establecía que *“cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada”*.

Esta regla especial supuso una excepción al principio de proporcionalidad que se aplicaba a las restantes prestaciones contributivas. En principio, parecía más favorable para los trabajadores a tiempo parcial porque se tomaban como días completos de cotización aquellos en los que se hubiera trabajado, con independencia del número de horas de trabajo efectuadas. No obstante, generaba una importante diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial según la forma de distribuir su tiempo de trabajo, es decir, sin duda beneficiaba a los trabajadores a tiempo parcial que prestaran servicios todos los días de la semana, aunque fuesen pocas horas (denominados “trabajador a tiempo parcial horizontal”), frente a los que realizaban el mismo número de horas, pero concentradas en tan solo algunos días de la semana (“trabajador a tiempo parcial vertical”). Estos últimos verían minorada la duración de su prestación a consecuencia de la exclusión del cómputo como días cotizados de los días no trabajados.

9 Reglas acerca de las cuantías máximas y mínimas de la prestación en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, y sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación cuando el trabajador tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos.

10 Sobre la evolución de la “ocupación cotizada” en este contexto, Pérez del Prado, Daniel, “Desempleo, discriminación y trabajo a tiempo parcial: las enseñanzas del caso Espadas Recio”, en *El Derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, ed. Cinca, Madrid, 2018, pp. 305-306.

La norma controvertida (art. 3.4 del RD 625/1985) fue interpretada por el Tribunal de Justicia de la UE a la luz del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Seguridad Social de la Directiva 79/7, concluyendo en su sentencia de 9 de noviembre de 2017, dictada en el asunto Espadas Recio (C-98/15) que era contraria a la prohibición de discriminación por razón de sexo que establece el art. 4.1 de la directiva citada.

En efecto, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona había planteado la cuestión prejudicial acerca de la duración de la prestación por desempleo de una trabajadora que quedaba en desempleo tras haber trabajado durante varios años a tiempo parcial en un régimen de prestación de servicios durante sólo algunos días a la semana. De conformidad con la regla discutida, a esta trabajadora a tiempo parcial “vertical” se le causa un perjuicio claro, porque al computar como cotizados sólo los días trabajados, al margen de cuál hubiera sido la duración de la jornada, su período de carencia quedaba enormemente reducido al haberse excluido los días no trabajados, generando una evidente minoración del tiempo de lucro de la prestación.

En este caso, la comparación no se hace con un trabajador a tiempo completo, sino con otro trabajador a tiempo parcial “horizontal”, es decir, el que con el mismo grado de parcialidad que el primero, sin embargo, trabaja cinco días a la semana, en cuyo caso se consideran cotizados todos los días trabajados, al margen de la duración real de la jornada, si bien, para tener en cuenta la parte proporcional de los días de descanso ordinario se multiplican esos días por el coeficiente 1,4.

En la sentencia queda acreditado que la mayoría de las personas que trabajan a tiempo parcial vertical son mujeres¹¹. El Gobierno español alega el principio de cotización al sistema de la Seguridad Social como justificación de la medida, tratando de evitar su calificación como discriminación indirecta por razón de sexo. Al respecto, puntualiza: “dado que el derecho a la prestación por desempleo y la duración de ésta están en función únicamente del período durante el cual un trabajador ha trabajado o ha estado inscrito en el sistema de Seguridad Social, para respetar el principio de proporcionalidad es necesario tener en cuenta sólo los días realmente trabajados”.

El TJUE rechaza esta justificación por cuanto que la “medida no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo. Un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa

11 Sobre la prueba estadística en este caso, vid Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “Discriminación por razón de sexo y Seguridad Social: La aplicación de la Directiva 79/7 en España”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2023), Vol. 15, Nº 2, p. 884.

que haya abonado las mismas cotizaciones. Por tanto, con respecto al primero de estos dos trabajadores, es manifiesto que no se garantiza la correlación alegada por el Gobierno español (...) Como indicó la Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, esta correlación podría garantizarse si, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial vertical, las autoridades nacionales tuvieran en cuenta otros factores, como por ejemplo el período de tiempo durante el cual estos trabajadores y sus empresarios han cotizado, el importe total de las cotizaciones abonadas o el total de horas de trabajo”.

Desde la óptica de la prohibición de discriminación por razón de sexo y habiendo acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por la normativa controvertida, el TJUE interpreta que el art. 3.4. del RD 625/1985 se opone al art. 4.1. de la Directiva 79/7 por el perjuicio que genera. En efecto, determinar el período de cotización de los trabajadores a tiempo parcial computando los días trabajados como cotizados cualquiera que sea la duración de la jornada, tiene por efecto excluir del cómputo como días cotizados los días no trabajados, y consecuentemente minora la duración de la prestación por desempleo. Esto no ocurre en el caso de los trabajadores a tiempo parcial horizontales que tuvieran el mismo porcentaje de parcialidad.

A consecuencia de la sentencia del TJUE, la regla del art. 3.4 del RD 625/1985 es modificada por el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, que tiene por objeto garantizar la aplicación del mismo criterio para el cómputo de la ocupación cotizada a efectos de determinar el período mínimo exigible para acceder a la prestación por desempleo o la duración de esta prestación, sea trabajo a tiempo parcial vertical u horizontal. La redacción vigente es la siguiente:

“Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Se excluyen de dicho cómputo los períodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1.d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social” (es decir, durante los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos-discontinuos).

IV. Base de cotización

El art. 12 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores regulaba el trabajo a tiempo parcial en los siguientes términos:

“El trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste sus servicios durante un determinado número de días al año, al mes o a la semana, o durante un determinado número de horas, respectivamente inferior a los dos tercios

de los considerados como habituales en la actividad que se trate en el mismo período de tiempo. La cotización a la Seguridad Social se efectuará a razón de las horas o días realmente trabajados”.

El régimen de cotización que establecía el precepto citado resultó novedoso en su momento porque permitía fraccionar la base mínima de cotización que hasta entonces era indivisible (de conformidad con el art. 74.4 de la LGSS de 1974¹², texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo) y de obligatoria aplicación en su cuantía total, con independencia del número de horas trabajadas diariamente¹³. En esta línea, la D.A.7ª de la LGSS de 1994 establecía que la base de cotización *a la Seguridad Social y demás aportaciones de recaudación conjunta con aquélla* de los trabajadores a tiempo parcial *estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas. Cada hora de trabajo que se realice sobre la jornada ordinaria de trabajo efectivo en el contrato a tiempo parcial, tendrá la consideración de hora extraordinaria.*

El precepto es modificado por el RD-Ley 15/1998, en su propósito de compatibilizar la flexibilidad atribuida al trabajo a tiempo parcial con el principio de contributividad propio del sistema de la Seguridad Social y los principios de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial, garantizando el acceso efectivo a la protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial. La nueva redacción precisa que la base de cotización será *mensual* y que estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como *complementarias* (ambas cotizando sobre las mismas bases y tipos) y que la base de cotización así determinada estará sujeta a un tope mínimo fijado reglamentariamente¹⁴.

12 Art. 74.4. de la LGSS de 1974 señalaba: “La base de cotización tendrá como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, cualquiera que fuere el número de horas que se trabajen diariamente”. Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel col. Ceura, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1993, pp. 605-606.

13 Camps Ruiz, Luis Miguel., “Artículo 12. Trabajo a tiempo parcial”, *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, AA.VV., Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, p. 86.

14 El apartado 3 de la disposición adicional séptima LGSS (1994) es incorporado por la disposición final 5.7 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que establece reglas sobre la cotización por las horas extraordinarias realizadas por trabajadores contratados a tiempo parcial. El mencionado apartado 3 de la disposición adicional séptima LGSS (1994) será derogado poco después por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que en aras de la flexibilidad del contrato de trabajo a tiempo parcial, prohíbe a los trabajadores a tiempo parcial realizar horas extraordinarias, salvo “para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes”.

Estas previsiones se mantienen en el vigente art. 246 LGSS (2015), que en su desarrollo reglamentario destaca que para determinar la base de cotización “se computarán como horas efectivamente trabajadas las correspondientes al tiempo de descanso computables como de trabajo, que corresponda al descanso semanal y festivos” (art. 65 del RD 2064/1995, Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social).

De especial interés es el cálculo de la base de cotización de los trabajadores a tiempo parcial que prestan servicios durante una parte del año, registrando períodos de inactividad superiores al mensual (con exclusión expresa de los trabajadores fijos-discontinuos a que se refiere el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Para fijar su base de cotización, las reglas prácticamente se sintetizan en: primero, determinar la base de cotización (conforme a las reglas generales sobre conceptos incluidos y excluidos de la base de cotización) al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año; segundo, prorratear el importe obtenido entre los doce meses del año o el período inferior de que se trate; tercero, ajustar la base obtenida al importe de las bases mínimas establecidas para los contratos a tiempo parcial; y cuarta, regularizar o ajustar el exceso o defecto¹⁵.

V. Cómputo de los períodos de cotización

Como regla general, el cómputo del período de cotización se refiere a la duración del contrato (incluyendo períodos de descanso), o el tiempo de alta en Seguridad Social, o el tiempo durante el que se ha cotizado (o se ha debido cotizar). Así es para los contratos a tiempo completo. En cambio, para el trabajo a tiempo parcial las reglas han sido distintas, en todo caso condicionadas a la reducción del tiempo de trabajo propia de esta modalidad en comparación con el trabajo a tiempo completo. En esta materia se observa una particular evolución, en la que el legislador se debate entre la equiparación entre ambos tipos de trabajo y la introducción de elementos de parcialidad que mantengan las diferencias existentes.

1. Las horas o días efectivamente trabajados

La regla inicial establecida en la D.A.7ª 2 de la LGSS (texto original 1994) señalaba que para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, “*se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados*”. El RD 489/1998 añadía que “*el número de días de cotización computables será el*

15 Art. 65.3 del RD 2064/1995, desarrollado por el art. 40 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023.

resultado de dividir el número de horas efectivamente trabajadas entre el número de horas que constituyan la jornada habitual en la actividad de que se trate”.

Los efectos de la medida ya se han resaltado: la reducción del tiempo de trabajo implica la exigencia de un período de cotización más elevado¹⁶. Desde esta rigurosa regla, ha habido significativas modificaciones legales tendentes a corregir los efectos adversos de la excesiva proporcionalidad para los trabajadores a tiempo parcial que, como también se ha enfatizado, son mujeres en un porcentaje más elevado que hombres.

La primera corrección llega con el citado RD-Ley 15/1998 al dar nueva redacción a la regla segunda de la D.A.7ª 1 LGSS de 1994, titulada “períodos de cotización”:

a) Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales.

b) Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

2. Los días teóricos de cotización

El apartado a) de la regla segunda de la D.A.7ª.1 LGSS de 1994 indica la forma de cálculo de los períodos de cotización exigidos para causar derecho a las diferentes prestaciones del sistema (pensiones y subsidios, con la excepción de la prestación por desempleo que se rige por sus propias reglas). A diferencia del sistema aplicable a los trabajadores a tiempo completo (para los cuales día trabajado es igual a día cotizado), para acreditar los períodos de carencia en el caso de trabajadores a tiempo parcial únicamente computan las horas trabajadas y cotizadas, que se traducen en “días teóricos de cotización”.

16 Un efecto evidente resaltado por la doctrina es el recorte de prestaciones sociales de los trabajadores a tiempo parcial debido a que el cómputo de los períodos carenciales no considera los días efectivamente trabajados, sino que obliga a acumular las horas de trabajo. Merino Senovilla, Henar, *El trabajo a tiempo parcial*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 198.

Los días teóricos de cotización se calculan dividiendo entre cinco el número de horas efectivamente trabajadas y cotizadas. La cifra señalada es el “*equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales*”, pauta numérica referida a la jornada completa máxima anual en el ámbito interprofesional, tomando en consideración los días naturales y no los laborables, siendo cinco el resultado de dividir 1826 entre los 365 días del año¹⁷.

La referencia a la jornada máxima legal, señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/2013, de 14 de marzo, “origina una desigualdad en el cómputo de los períodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial que va más allá de la estricta proporcionalidad, toda vez que existen muchos trabajadores a tiempo completo que realizan una jornada inferior. En virtud, pues, de esta primera regla, la comparación entre un trabajador a tiempo completo cuya jornada convencional o contractual sea inferior a la máxima legal y un trabajador a tiempo parcial de su misma empresa o sector de actividad permitirá apreciar una diferencia de trato, que actúa en perjuicio de este último, y que ni siquiera es consecuencia estricta de la aplicación de un criterio de proporcionalidad en la comparación entre ambos trabajadores en razón a las horas efectivamente trabajadas”.

En consecuencia y conforme a estas prescripciones, un trabajador a tiempo parcial necesitaría trabajar más tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir el mismo período de carencia exigido, lo cual obvia el principio de proporcionalidad. Aplicar la regla de los días teóricos de cotización tiene por efecto restringir el número de días de cotización acreditados, reducción impensable en el caso de un contrato a tiempo completo porque se acreditan como cotizados el total de días naturales del período trabajado. Concluye la sentencia del Tribunal Constitucional citada que “la norma sigue manteniendo una diferencia de trato en el cómputo de los períodos cotizados entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, basada en la aplicación de un criterio de proporcionalidad, referido no sólo a la cuantía de las bases reguladoras, sino también al cálculo de los períodos de carencia, criterio que este Tribunal, en su STC 253/2004, de 22 de diciembre, no consideró justificado por las exigencias de contributividad del sistema”.

3. El coeficiente multiplicador 1,5

El apartado b) de la regla segunda de la D.A.7ª.1 LGSS de 1994 introduce una medida correctora que opera tan solo para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente. Se trata de reconocer a los trabajadores contratados a tiempo parcial un plus de medio día cotizado por cada día teórico de cotización, lo que posiblemente atenúa los efectos de la estricta proporcionalidad, facilitando

17 En este sentido, García-Perrote Escartín, Ignacio, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, AA.VV., M.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré (coords.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 240.

en determinados casos acreditar los períodos mínimos de cotización cuando se ha trabajado a tiempo parcial.

Realmente no es una medida favorecedora de todo tipo de trabajador a tiempo parcial, sino únicamente a los que han realizado jornadas de trabajo de duración más elevada o que en su trayectoria profesional han trabajado a tiempo parcial durante un período escaso o de manera excepcional. Pero para los restantes trabajadores a tiempo parcial, la medida correctora puede resultar irrelevante, persistiendo en la dificultad de acceso a las prestaciones.

Novedosa en su momento, la medida, sin embargo, será declarada inconstitucional y nula por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013¹⁸, “por lesionar el derecho a la igualdad” (con los trabajadores a tiempo completo), “como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo”. Esta última mención es destacable en su momento porque apenas en esa fecha se vincula el empleo a tiempo parcial con la prohibición de discriminación por razón de sexo, pese a que el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE¹⁹, con efecto directo reconocido, establecía la obligación de aplicar el citado principio en la Seguridad Social. Como señala el TC, “las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los periodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida”.

Con una lógica contundente, sigue razonando el TC en la sentencia 61/2013 que... “el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca (...) que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero tal principio no justifica que, previamente, el criterio seguido en el cómputo de los períodos de

18 El supuesto de hecho es el de una mujer que trabajó y cotizó a tiempo parcial durante 18 años, con una jornada del 18,4 por 100 de la jornada habitual de la empresa (jornada parcial de cuatro horas a la semana). El INSS le deniega la pensión de jubilación por falta de carencia, de conformidad con la normativa aplicable a la fecha del hecho causante (Real Decreto 2319/1993, Real Decreto-ley 15/1998 y Real Decreto 144/1999), por cuanto la trabajadora acreditaba un total de 3.850 días de cotización efectiva, teniendo en cuenta que durante el período de trabajo a tiempo parcial habían de computarse exclusivamente las horas efectivamente trabajadas, más los días correspondientes a las pagas extras, resultando un total de 4.422 días cotizados, inferiores a los correspondientes al período mínimo de cotización de quince años, sin que los cálculos efectuados por días enteros sea la interpretación correcta.

19 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.

carencia necesarios para acceder a dicha prestación resulte diferente al establecido para los trabajadores a tiempo completo”.

Por tanto, la regla correctora que analizamos no impide que se exijan períodos cotizados de actividad más amplios a los trabajadores a tiempo parcial que han tenido una jornada laboral reducida o con mayores períodos de ocupación a tiempo parcial en el conjunto de su vida laboral, persistiendo respecto de los mismos efectos gravosos y desproporcionados en comparación con los trabajadores a tiempo completo, diferencias de trato en definitiva desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Concluye el TC que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo”.

Para valorar la discriminación indirecta por razón de sexo, el TC toma tres elementos: *“a) Es una norma neutra aplicable con independencia del sexo de los trabajadores. b) Los datos estadísticos consultados permiten constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras. c) Valoración de si la previsión cuestionada resulta justificada y proporcionada: se requiere «que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social» que actúe como justificación suficiente (STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto Brachner), o que se constate que «la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo» (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3)”*.

En la STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C- 385/11, Elbal Moreno, se cuestiona la misma disposición (regla segunda del apartado 1 de la D.A.7ª LGSS) llegando a idéntica conclusión²⁰. Destaca el TJUE que la norma controvertida “perjudica a los trabajadores a tiempo parcial (...) que durante mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión”.

Interesa resaltar la justificación alegada por el Gobierno español -que rechazará el TJUE-, conforme a la cual “la exigencia de determinados períodos de cotización previos para poder acceder a determinadas prestaciones constituye

20 Como señala Sánchez-Rodas Navarro, Cristina en “Discriminación por razón de sexo y Seguridad Social: La aplicación de la Directiva 79/7 en España”, op. cit., p. 879, “llama la atención que la Sala de lo Social del TSJ de Galicia plantea esta cuestión de inconstitucionalidad en el año 2003 y no se dictara sentencia hasta una década más tarde y a modo de “secuela” del caso Elbal Moreno”.

la expresión de un objetivo general de política social perseguido por el legislador nacional, puesto que esta obligación es esencial en el marco de un sistema de seguridad social de tipo contributivo, en particular, para garantizar el equilibrio financiero del sistema”.

La posición del TJUE al respecto es clara: se trata de trabajadores que han pagado cotizaciones dirigidas a financiar el sistema. Si accedieran a la pensión, su importe se reduciría proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones pagadas. En estas circunstancias, excluir a los trabajadores a tiempo parcial de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación no puede considerarse una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema contributivo de seguridad social.

4. El coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad

En coherencia con la argumentación de la STC 61/2013, el art. 5.1 del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social dará nueva redacción a la regla “segunda” de la D.A.7ª. La exposición de motivos justifica de esta manera el cambio:

“La norma recoge una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial. El objetivo es, por tanto, evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe. Con este propósito, la modificación legal atiende a los periodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo.

En consecuencia, es necesario dictar una norma que mantenga la proporcionalidad tanto en el acceso al derecho a las prestaciones, pensiones y subsidios, como a su cuantía. Por todo ello, este Capítulo II tiene como finalidad cumplir los siguientes objetivos: 1. Dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional. 2. Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema Español de Seguridad Social. 3. Mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo. 4. Evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización al Sistema. Estas modificaciones vienen a desarrollar el «Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial» firmado el 31.07.2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa”

Bajo estas consideraciones, la nueva redacción del precepto (D.A.7^a.1 segunda LGSS de 1994) es como sigue:

“Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.”

Por tanto, la nueva redacción de la regla segunda dada por el art. 5.1 del RD-L 11/2013 elimina la regla de los “días teóricos de cotización” pero introduce dos elementos novedosos que pretenden preservar la proporcionalidad en el acceso

al derecho a las prestaciones: el coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad.

De un lado, el “coeficiente de parcialidad” supone el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, que se utiliza para determinar el número de días efectivamente cotizados, de modo que se aplica a los días que el trabajador ha estado en alta con un contrato a tiempo parcial. Realizada esta operación, la regla tercera c) de la propia D.A.7ª de la LGSS (1994) señala que para determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, el número de días cotizados se multiplica por el coeficiente 1,5, lo cual supone incrementarlos en un cincuenta por ciento, sin que el número de días que resulte pueda superar el período de alta a tiempo parcial.

De otro lado, el “coeficiente global de parcialidad” representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. Este coeficiente se utiliza para determinar el período mínimo de cotización exigido en cada prestación, aplicándose al período mínimo de cotización establecido como regla general, es decir, el que rige para los trabajadores a tiempo completo.

Como se puede advertir, el porcentaje de parcialidad ejerce una función reductora sobre el período de cotización que no tiene correspondencia con la forma de cálculo utilizada para los trabajadores a tiempo completo, basada en los años y meses cotizados, sin ningún tipo de minoración. Como señala la STC 91/2019, de 3 de julio, “el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo”.

El art. 247 LGSS (2015) reproduce íntegramente la regla segunda de la D.A.7ª.1 de la LGSS de 1994 en la redacción dada por el art. 5.1 del RD-Ley 11/2013. Posteriormente será modificado por el art. único.26 del RD-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, entrando en vigor el 1 de octubre de 2023 (vid infra).

VI. Cálculo de la base reguladora en las pensiones

Centrando el objeto de nuestro estudio en las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial, el cálculo de su cuantía necesariamente debe tomar en consideración las observaciones formuladas con respecto al cómputo de los períodos de cotización y las distintas medidas reductoras que ha ido adoptando el legislador español sobre el período de cotización provocando, en contra de sus objetivos, desigualdad con los trabajadores a tiempo completo y un tratamiento discriminatorio por razón de

sexo, tal y como señalan la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

Probablemente, en el cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial es donde se aprecian con mayor claridad los efectos de una regulación poco acertada en lo relativo a este tipo de trabajadores. El texto inicial de la D.A.7ª.2 precisa que: “*A efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajado*”, dejando al desarrollo reglamentario la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos. Ya desde entonces resulta patente la dificultad que tendrán los trabajadores a tiempo parcial para reunir el período de carencia y acceder a las pensiones.

Con el RD-Ley 15/1998 se modifica la D.A.7ª ampliando su contenido y dando redacción a la regla tercera del apartado 1, que ordena las bases reguladoras en los siguientes términos:

a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general (...).

b) A efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

c) El tiempo de cotización que resulte acreditado conforme a lo dispuesto en el apartado b) de la regla segunda²¹ se computará para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. La fracción de año que pueda resultar se computará como un año completo.

Como se ha señalado con anterioridad, la regla segunda fue declarada inconstitucional y nula por la STC 61/2013 (vid infra). Con todo, la medida más destacada en este ámbito ha sido la modificación de la letra c) de la regla tercera de la D.A.7ª.1 por el art. 5.2 del RD-Ley 11/2013, cuya redacción se corresponde con

21 El apartado b) de la regla segunda de la D.A.7ª.1 LGSS (1994) en la redacción dada por el RD-Ley 15/1998 señalaba que: “Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo” (vid. supra).

el texto original del art. 248.3 de la LGSS (2015), que se expresa en los siguientes términos:

3. A efectos de determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) del artículo 247 (es decir, aplicando el “coeficiente de parcialidad”²²), se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial.

El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se determinará conforme a la escala general a que se refiere el artículo 210.1, con la siguiente excepción:

Cuando el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años.

El interés por este precepto -art. 248.3 en la redacción inicial de la LGSS de 2015- estriba en que, de nuevo, ha dado lugar a la intervención del TC declarando su inconstitucionalidad y nulidad²³.

1. Vulneración del principio de igualdad ante la ley

La STC 91/2019 (f.j.9) ha destacado que el art. 248.3 LGSS (en la versión inicial de 2015)²⁴ no respeta el principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14 CE) en detrimento de los trabajadores a tiempo parcial²⁵.

22 Art. 247 a) segundo párrafo LGSS: “A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período”.

23 Entre otras, sentencia TC 155/2021 respecto de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común de los trabajadores contratados a tiempo parcial y la STC 91/2019, para la pensión de jubilación.

24 Este precepto tiene correspondencia con la D.A.7ª, apartado 1 de la LGSS (1994).

25 La desigualdad de trato -señala el TC en la sentencia comentada- carece de justificación objetiva y razonable y, además, quiebra la proporcionalidad por cuanto que, “a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción también del período de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo”.

El problema no es la base reguladora que, tal como está configurada a partir del tiempo efectivamente trabajado, la retribución obtenida y las cotizaciones satisfechas a la Seguridad Social, salvaguarda el principio de proporcionalidad entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo; en palabras del TC, “de acuerdo con ese esfuerzo contributivo, se tiene después derecho a una base reguladora equivalente para la pensión de jubilación”. Más aún, el TC enfatiza que “los principios de contribución al sistema, proporcionalidad y equidad, ya están salvaguardados con el método de cálculo de la base reguladora (a partir de la base de cotización) y no dejan de estarlo porque el trabajador a tiempo parcial, vea reconocido todo el tiempo de cotización de sus contratos en alta”.

El conflicto, por tanto, no es la reducción de la base reguladora conforme a su menor base de cotización, sino que reside en la forma de cálculo del período de cotización, diferente para ambos tipos de trabajadores, por cuanto que, a la forma común y natural de contabilizar el tiempo cotizado durante los períodos de contrato en alta, se aplica -sólo en el caso de los trabajadores a tiempo parcial- un coeficiente de parcialidad, cuyo efecto es la reducción del número de días efectivos cotizados.

Como señala el TC en la sentencia mencionada, “sólo si su porcentaje de parcialidad ha podido alcanzar durante su vida laboral el 67 por 100, podrá tras la aplicación de la regla reductora antedicha obtener el 100 por 100 de la base reguladora. En cualquier otro caso, coeficiente multiplicador de 1,5 incluido, no tendrá derecho al porcentaje total”. Este método de cálculo provoca una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial en lo relativo porque para los primeros el período de cotización se ha fijado en función del tiempo real, y para los segundos, en cambio, a partir de un valor reductor, resultando además que el sistema “castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo”²⁶.

2. Discriminación indirecta por razón de sexo

El tratamiento desigual con los trabajadores a tiempo completo y el perjuicio sobre los trabajadores a tiempo parcial en los términos señalados, conduce a plantear el tema desde la óptica de la discriminación por razón de sexo.

Constatando estadísticamente que la presencia femenina predomina en el empleo a tiempo parcial frente a los hombres, el impacto adverso de la regla relativa al cómputo de periodos de carencia sobre el cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común de este colectivo en los términos

26 La irrazonabilidad (por penalizante) del coeficiente parcialidad es destacada por Escribá Pérez, Ana N., en “Reconocimiento y evolución del principio de igualdad en la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N°. 55, 2020.

analizados, constituye a juicio del TC una discriminación indirecta por razón de sexo, una vez descartada la posible justificación objetiva por razones de política social de la norma en cuestión (art. 248.3 LGSS, en la versión inicial de 2015).

Un supuesto similar relativo a la pensión de jubilación y acerca de la adecuación del art. 248.3 al principio de igualdad de trato del art. 4.1 de la Directiva 79/7, es analizado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18, Villar Láiz). El INSS y el Gobierno español aducen para justificar el citado precepto y sus efectos sobre los trabajadores a tiempo parcial que la reducción proporcional de la pensión de jubilación para estos trabajadores “constituye la expresión de un objetivo general de política social perseguido por el legislador nacional, ya que esta corrección es esencial en el marco de un sistema de seguridad social de tipo contributivo. Así, sostienen que tal reducción viene exigida por los principios de contribución y de igualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo y que está objetivamente justificada por el hecho de que, en el caso del trabajo a tiempo parcial, la pensión es la contrapartida de una prestación laboral y de una cotización al sistema de menor entidad”.

El TJUE admite que el ajuste proporcional de las cuantías de las pensiones de jubilación a una duración reducida de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial en comparación con el a tiempo completo, no contradice el Derecho de la Unión. No obstante, lo que sucede aplicando el coeficiente de parcialidad es que se produce una reducción adicional del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*. En conclusión, la aplicación del coeficiente de parcialidad va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo señalado por España, constituyendo una discriminación indirecta por razón de sexo que, por tanto, hay que eliminar de nuestra normativa²⁷.

Concluyendo cuanto antecede, el apartado 3 del art. 248 fue eliminado de la vigente LGSS (2015), en coherencia con la desaparición de las reglas especiales de cómputo de los días considerados cotizados en el trabajo a tiempo parcial del art. 247²⁸.

27 Un comentario en profundidad de esta sentencia en Bascón Marín, José, “El sistema de cómputo de los periodos de cotización en los trabajadores a tiempo parcial. Historia de una discriminación indirecta por razón de sexo, a la luz de la STJUE de 9 de mayo de 2019, asunto C-161/18”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 55, 2020.

28 Monereo Pérez, José Luis y Rodríguez Iniesta, Guillermo, “Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, N° 35 (2º Trimestre 2023), p. 35.

VII. La equiparación de los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo

La modificación de los arts. 247 y 248 de la LGSS (2015) por el art. único.26 y 27, respectivamente, del RD-Ley 2/2023 es la última etapa, de momento, en el proceso de reformas de la protección social del trabajo a tiempo parcial.

El nuevo texto del art. 247 elimina el coeficiente de parcialidad y reemplaza la proporcionalidad en la determinación de los períodos de carencia para causar derecho a las pensiones y otras prestaciones por la equiparación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo. Esto es posible computando el período de actividad laboral como período cotizado, con independencia de cuál hubiera sido la duración de la jornada realizada en cada uno. El texto queda como sigue:

“A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos”.

Esta modificación se complementa con la supresión del apartado 3 del artículo 248 LGSS (2015) que regulaba el coeficiente multiplicador del 1,5 para incrementar el número de días cotizados a los efectos de determinar la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

En adelante, la cuantía de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial obedecerá a la lógica natural de la duración de su jornada (reducida), a la retribución proporcional obtenida y su forma de cotizar en función de la reducción de su jornada, a su menor base de cotización en comparación con un trabajador a tiempo completo, y en definitiva, a la razonable reducción de la base reguladora, determinando en última instancia una pensión sustitutiva de las rentas en activo como trabajador a tiempo parcial.²⁹ Todo ello, se entiende, tras haber eliminado mecanismos reductores artificiosos.

Ahora la cuestión es otra: la suficiencia del nivel de protección alcanzado en el nivel contributivo y los mecanismos legales para implementarla, de modo que sea posible lograr pensiones adecuadas para los trabajadores a tiempo parcial evitando

29 El “esfuerzo contributivo” y una prestación sustitutiva adecuada, en el caso de trabajadores a tiempo parcial, en Sánchez-Urán Azaña, Yolanda y Moreno Romero, Francisca, “Sistema de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. STC (Pleno) núm. 91/2019, de 3 de julio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N° 4/2019, p.8.

el riesgo de pobreza³⁰. Pieza destacada en este debate serán los complementos para pensiones inferiores a la mínima (art. 59 LGSS).

VIII. Complementos para pensiones inferiores a la mínima

Los titulares de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social tienen derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, como señala el art. 59 LGSS. Tal posibilidad se condiciona a la concurrencia de dos requisitos: de un lado, una limitación de ingresos (*que no perciban rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas, de régimen de atribución de rentas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado*, excluida la pensión que se va a complementar), y de otro, la residencia en territorio español.

Sobre el primer requisito, se precisa que el pensionista no perciba tales ingresos o que, si los percibe, no excedan de la cuantía establecida anualmente en la LPGE. Los complementos por mínimos “no tienen carácter consolidable y son absorbibles con cualquier incremento que puedan experimentar las percepciones del interesado, ya sea en concepto de revalorización o por reconocimiento de nuevas prestaciones de carácter periódico” (art. 43 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023).

Sobre la naturaleza jurídica de los complementos por mínimos, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2023 (rec. 2648/2020), dictada en unificación de doctrina, señala: “*El complemento por mínimos (...) goza de clara autonomía respecto de la pensión contributiva que suplementa. (...) Las razones para tal conclusión son, entre otras, las siguientes: a) el complemento a mínimos consiste en una cuantía que no responde al objetivo de la prestación mejorada de sustituir una renta, sino al asistencial de paliar una situación de necesidad; b) su reconocimiento no atiende a los requisitos de la pensión, sino exclusivamente a la falta de ingresos económicos; c) la propia denominación evidencia que no tienen sustantividad propia; d) conforme al art. 86.2.b) LGSS, tienen “naturaleza no contributiva” y se financian con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social; y e) la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha, sino que han de acreditarse año tras año*” (f.j.3.2).

30 Según el Instituto Nacional de Estadística, de conformidad con la información que proporciona la Encuesta de Condiciones de Vida del año 2021, “el valor del umbral de riesgo de pobreza de un hogar en España de una sola persona (calculado con los datos de ingresos de 2020) se situó en 9.535 euros anuales” (es decir, 794,58 euros en doce meses). https://www.ine.es/ss/Satellite?L=en_GB&c=INESeccion_C&cid=1259925418075&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888

Tratándose de una pensión de jubilación de una persona que hubiera trabajado toda su vida laboral o en gran parte a tiempo parcial, es probable que el importe de la pensión no alcance el mínimo legal señalado. Disponiendo el art. 247 LGSS, como se ha señalado que, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para las pensiones se tendrán en cuenta los períodos durante los que el trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, al margen de cuál fuera la duración de su jornada, se ha eliminado la limitación que había para determinar el período de carencia y la única consecuencia es que si ha sido prolongado el tiempo de actividad como para cubrir el período carencial establecido, la cuantía de la pensión va a ser correlativa o proporcional a las retribuciones efectivamente percibidas y por las que ha cotizado a la Seguridad Social. Una pensión calculada en estas circunstancias es probable que genere el derecho al complemento por mínimos. En casos de este tipo entrará en juego la cautela del apartado 4 del art. 59 LGSS, según el cual:

“El importe de los complementos en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. Cuando exista cónyuge a cargo del pensionista, el importe de tales complementos no podrá rebasar la cuantía que correspondería a la pensión no contributiva por aplicación de lo establecido en el artículo 364.1.a) para las unidades económicas en las que concurren dos beneficiarios con derecho a pensión”.

Considerando que en 2023 la cuantía mínima de la pensión de jubilación sin cónyuge a cargo (unidad económica unipersonal) ascendía a 783,10 euros/mes (o lo que es lo mismo, 10.963,40 euros/año) y que la cuantía de la pensión no contributiva era de 484,61 euros/mes (6.784,54 euros/año), el trabajador a tiempo parcial tendría que tener una pensión contributiva de jubilación inferior a 300 euros/mes para que se topara el complemento por mínimos hasta la cuantía fijada para las pensiones no contributivas.

Como advertía la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, se refuerza el principio de suficiencia y la garantía de solidaridad mediante una adecuada coordinación de las esferas contributiva y no contributiva de protección, que conduce a evitar, en todo caso, que el importe de los complementos por mínimos sea superior a la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas vigentes en cada momento (con excepciones para las pensiones de gran invalidez y de orfandad que se incrementen en la cuantía de la pensión de viudedad, dadas las particularidades que concurren en ambos supuestos).

IX. Conclusión

La equiparación de los trabajadores a tiempo parcial con los a tiempo completo realizada esencialmente a partir de la eliminación de artificiosos

mecanismos reductores y la simplificación del cómputo de los períodos de cotización en coherencia con los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que haya sido la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos, produce el resultado de unas pensiones cuestionadas desde el punto de vista de su suficiencia y adecuación, en cualquier caso proporcionales en su cuantía al nivel retributivo que hubiera alcanzado el trabajador a tiempo parcial durante su vida activa. Es probable que esta protección contributiva sea valorada como insuficiente y merecedora de complementos económicos de carácter no contributivo para garantizar un nivel económico determinado, situando el debate en la asistencialización de la protección contributiva como mecanismo de lucha contra la pobreza y la exclusión social de los trabajadores precarios.

X. Bibliografía

- Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel col. Ceura, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1993.
- Bascón Marín, José, “El sistema de cómputo de los periodos de cotización en los trabajadores a tiempo parcial. Historia de una discriminación indirecta por razón de sexo, a la luz de la STJUE de 9 de mayo de 2019, asunto C-161/18”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 55, 2020.
- Camps Ruiz, Luis Miguel, “Artículo 12. Trabajo a tiempo parcial”, *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, AA.VV., Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981.
- Cruz Villalón, Jesús, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.
- Escribá Pérez, Ana N., en “Reconocimiento y evolución del principio de igualdad en la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 55, 2020.
- García-Perrote Escartín, Ignacio, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, AA.VV., M.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré (coords.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- Monereo Pérez, José Luis y Rodríguez Iniesta, Guillermo, “Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, Nº 35 (2ª Trimestre 2023)

- Ojeda Avilés, Antonio, *Modalidades de contrato de trabajo, Comentarios a la legislación*, Ojeda Avilés, Antonio (coord.), Tecnos, Madrid, 2003.
- Palomino Saurina, Pilar, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* - N.º45, 2017.
- Pérez del Prado, Daniel, “Desempleo, discriminación y trabajo a tiempo parcial: las enseñanzas del caso Espadas Recio”, en *El Derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, ed. Cinca, Madrid, 2018
- Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “Discriminación por razón de sexo y Seguridad Social: La aplicación de la Directiva 79/7 en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, N° 2.
- Sánchez-Urán Azaña, Yolanda y Moreno Romero, Francisca, “Sistema de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. STC (Pleno) núm. 91/2019, de 3 de julio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N° 4/2019.

CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PROFESIONAL-CONTRIBUTIVO. UNA REFLEXIÓN A TRAVÉS DEL ACUERDO DE ACTIVIDAD DE LA LEY 3/2023 DE EMPLEO

FRANCISCO VIGO SERRALVO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

Resumen

Nos proponemos efectuar una revisión puntual sobre las bases constitucionales de nuestro sistema de Seguridad Social y los condicionantes que introducen sobre las posibilidades regulatorias del legislador ordinario. Más concretamente, nos centraremos en la proyección que el deber trabajar, art. 35.1 CE '78, tiene sobre la configuración del sistema de protección social. Defenderemos, con base en algunos pronunciamientos doctrinales, que esta cláusula constitucional impide dar cobertura prestacional a la ociosidad libremente asumida. A partir de esta premisa, depositaremos nuestra atención en la regulación de la protección por desempleo para comprobar la importancia que el compromiso -o acuerdo- de actividad tiene a la hora de asegurar la adecuación de esta prestación a la previsión constitucional del art. 35.1 CE '78. Nos acercaremos a la novación que dicha figura ha experimentado a través de la *Ley 3/2023 de empleo* y nos preguntaremos sobre el margen de discrecionalidad con el que cuenta el legislador a la hora de regularla. Tomamos esta reforma como ejemplo para exhibir hasta qué punto las modificaciones legislativas puntuales y de apariencia meramente técnica pueden tener una significancia dogmática relevante, en el caso que analizamos, a la hora de ampliar los límites conceptuales de nuestro sistema de protección social.

Palabras clave:

Constitución española; Seguridad Social; acuerdo de actividad; colocación adecuada.

I. Introducción

En ocasiones las reformas legislativas puntuales, de índole aparentemente técnica, tienen importantes derivadas teóricas. Algo así es lo que creemos que ha ocurrido con la reforma del compromiso o acuerdo de actividad operada por la *Ley 3/2023 de Empleo*. Como es sabido, esta es una institución del régimen jurídico de la prestación por desempleo a través de la cual el beneficiario de la misma se compromete a atender las ofertas formativas y de colocación que les sean proporcionadas por el servicio público de empleo. La reforma introducida en el año 2023 vino a flexibilizar las exigencias de ese compromiso -denominado acuerdo de actividad tras dicha novación legislativa-, sobre todo reformulando las características definitorias de la colocación adecuada, *id est*, aquella que obligatoriamente debería ser obligatoriamente aceptada por el beneficiario de la prestación para poder continuar en el percibo de la misma.

Como decíamos, las modificaciones operadas sobre esta definición son aparentemente técnicas y menores: sustitución del criterio geográfico del kilometraje por el del término municipal, inclusión de la modalidad indefinida de contratación como requisito de la oferta... Sin embargo, en nuestra opinión, y esta es la idea que queremos presentar, la modificación de estos aspectos definitorios de la colocación adecuada tiene una importante incidencia en la conceptualización teórica de nuestro modelo de protección social. Según este se ha caracterizado por la doctrina a partir de sus bases constitucionales, nuestro modelo de protección social es un instrumento subsidiario, que solo opera cuando decae la posibilidad del individuo de subvertir sus necesidades a través de la ejecución de su fuerza laboral. A partir de ahí, se ha fijado un límite en las posibilidades de actuación de este modelo de protección social: la protección del ocioso voluntario.

En la mayoría de las prestaciones sociales que reconoce nuestro sistema, la imposibilidad o inaptitud para el trabajo se constata a partir de criterios objetivos susceptibles de fiscalización: situación médica o patológica, edad, maternidad... Sin embargo, la situación protegida por la prestación por desempleo no es susceptible de esa objetivación: al proteger con este subsidio a quien *quiere y puede* trabajar, encontramos un elemento volitivo y subjetivo cuya concurrencia es difícilmente comprobable. Tradicionalmente, ha sido el compromiso de actividad el que ha instrumentado a partir del cual se ha acreditado esa voluntad como presupuesto accionante de la tutela, de ahí que una alteración sobre dicho instrumento pueda significar, de facto, una redefinición de la situación protegida. Una anulación completa de este compromiso o acuerdo, desde luego, quebraría los principios clásicos de nuestro sistema de protección social, ya que se pasaría a dar cobertura a la desocupación voluntaria. Lo que nos preguntamos es si una atenuación del mismo, para hacerlo menos exigente desde el punto de vista del trabajador, comporta también una reformulación trascendente de nuestro sistema de protección social. También nos preguntamos si esa atenuación o relación de las

exigencias del compromiso de actividad encuentra algún mínimo infranqueable. Dicho de otro modo, lo que nos preguntamos es si el legislador ordinario tiene algún límite a la hora de configurar este compromiso que emane de nuestro texto constitucional.

Para afrontar esta cuestión, comprobaremos en primer lugar como la doctrina científica, a partir de nuestra Carta Magna y el deber de trabajar que allí se enuncia, ha afirmado que el modelo español de protección social no admite la protección de la ociosidad libremente asumida. Veremos como, a partir de esta premisa, se legitimaron todas las disposiciones que condicionaban el acceso a la protección por desempleo a la disponibilidad laboral del individuo. Seguidamente nos acercaremos a la reformulación que han encontrado tales disposiciones con la Ley 3/2023, que devalúa notablemente las exigencias de las mismas, y nos preguntaremos si las mismas transgreden de algún modo los límites conceptuales del sistema de aseguramiento profesional-contributivo. Por último, veremos de qué modo esta transgresión ocurre con el actual régimen jurídico del ingreso mínimo vital que, por una deficiente configuración técnica, proporciona cobertura prestacional a situaciones de desocupación que pueden ser libremente asumidas por el beneficiario.

II. El deber de trabajar como base constitucional de la Seguridad Social profesionalizada

Nuestra Constitución es sumamente parca a la hora de fijar las características del sistema de protección social. Más allá de imponer la constitución de este y su suficiencia y sostenibilidad, no proporciona ningún parámetro imperativo para el legislador, que contará con una vasta autonomía al acometer la articulación de dicho sistema. De ahí que se haya dicho con insistencia que no existe un modelo constitucional de Seguridad Social¹. Con todo, esta vasta autonomía no

1 “La búsqueda de un modelo de Seguridad Social es una tarea desde su inicio llamada al fracaso por la sencilla razón de que en la Constitución no hay modelo alguno, esto es, no esquema alguno de carácter ejemplar con arreglo al cual han de ordenarse todos los elementos que componen el Sistema para cotejarlo con el que realmente el legislador ordinario ha producido y así obtener un juicio de constitucionalidad sobre este último. Por lo general aquellos intentos acaban en la afirmación de que el art. 41 CE hay un modelo abierto, que es casi como decir que no hay modelo de Seguridad Social alguno, como no lo hay de sindicato, partido político o de libertad de expresión”. Joaquín Aparicio Tovar, «La Seguridad Social en la Constitución», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V., dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003): 787-814, 788. En idéntico sentido, Efrén Borrajo Dacruz, “La literalidad y la sistematización de las reglas constitucionales conducen a un planteamiento polivalente, a un planteamiento que permite decir que con el artículo 41 se puede ir a cualquier solución, porque no condiciona sobre el contenido de la acción protectora en orden a su encuadramiento institucional”. «El modelo constitucional de Seguridad Social en España», *Revista de Trabajo*, núm. 65 (1982): 25-42, 33. Sobre las distintas posiciones doctrinales al respecto *vid.* Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas (1995): 31-56.

es absoluta. Nuestra Constitución, en efecto, contiene varias disposiciones que, de manera directa o indirecta, condicionan las posibilidades regulatorias del legislador ordinario en esta materia. Entre otras, una que se ha señalado reiteradamente por la doctrina, como tendremos ocasión de comprobar, es el deber constitucional de trabajar, que se ha presentado como la base del sistema de Seguridad Social profesional-contributivo².

En este modelo de Seguridad Social, el cual es hegemónico en prácticamente todos los Estados sociales contemporáneos³, el trabajo se ha consolidado como el criterio esencial para el reconocimiento de beneficios sociales. Es la vinculación al trabajo la que determina el acceso a todo un haz de derechos asistenciales cuyo ejercicio queda condicionado a la pertenencia, pasada o actual, del beneficiario a la población activa⁴, “el consenso social del Estado de bienestar se asentaba sobre un acuerdo distributivo que tenía como eje la relación de trabajo. Así, los llamados derechos sociales (mediante los que se pretendía hacer efectiva la ciudadanía social), eran un derivado de los derechos laborales”⁵. La expresión *workfare*, que tanta fortuna ha hecho en la literatura social contemporánea, expresa precisamente esta vinculación entre la protección social y la participación productiva del sujeto⁶. Bajo este sistema, el trabajo se convierte en “legitimador último de buena parte de los derechos para la mayor parte de los individuos”⁷. Este paradigma merece para nosotros la mayor atención, pues según algunos autores han sostenido, el deber fundamental de trabajar vendría a ser su expresión formal y explícita en la normativa positiva, en este caso, en la normativa constitucional⁸.

2 Bob Hepple, «A right to work», *Industrial labor journal*, vol. 10 (1981): 65-83, 70.

3 Entre otros instrumentos normativos internacionales que expresan esta opción pueden citarse el Convenio de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), que se construye sobre la figura de los trabajadores u otras personas activas económicamente, o la Carta Social Europea revisada de 1996 que al recoger el derecho a la Seguridad Social lo limita a “todos los trabajadores y las personas a su cargo”, parte 12.

4 Sobre este particular nos remitimos en íntegro las reflexiones recogidas por el profesor Pablo Miravet Bergón, en su artículo: «Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible», *Anuario de Filosofía del Derecho del Ministerio de Justicia y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, núm. 17 (2000): 359-393.

5 Ruben Lo Vulo, «La economía política del ingreso ciudadano», en AA.VV., *Contra La Exclusión: La propuesta del ingreso ciudadano* (Madrid, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas, 2004): 109-169, 114.

6 Según lo caracterizan Lodemel y Trickey, el *workfare* sería el resultado de aquellos “programas o medidas que requieren el ingreso al mercado laboral para que la persona pueda cobrar las prestaciones sociales” Ivar Lodemel y Heather Trickey, *An offer you can't refuse. Workfare in international perspective* (Bristol, Policy Press, 2001): 67. Esta misma definición es ofrecida por Ralf Dahrendorf, *El conflicto social moderno*, Madrid, Biblioteca Mondadori, 1993, 172.

7 David Anisi, *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo* (Madrid, Alianza, 1997): 82, 116 y 119.

8 Diane Roman, «Devoir de travailler et protection sociale: d'une problématique de la dette sociale à la question des devoirs sociaux», *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 1 (2009): 63-78.

Este criterio profesionalizado de distribución de los beneficios sociales es, por lo demás, una de las implicaciones, acaso una de las principales, de lo que Offe denominó *sociedad del trabajo*⁹. En estas, la centralidad del trabajo no solo se refiere a la evidencia estadística que demuestra la generalización del trabajo como actividad principal -en cuanto a dedicación se refiere- del ser humano, sino que esta centralidad adquiere una innegable dimensión jurídica. La doctrina nacional que ha reparado en esta cuestión, como Miravet Bergón, distingue así entre la centralidad del trabajo en sentido descriptivo y la centralidad del trabajo en sentido normativo. Esta segunda dimensión, en opinión de este autor “hace referencia a la cuestión ética y política de si debe haber un vínculo más o menos explícito entre el trabajo -léase el trabajo remunerado en el mercado- y los derechos sociales o, más ampliamente, las prestaciones y transferencias suministradas u organizadas por los sistemas de bienestar”¹⁰. Este criterio de distribución de los beneficios sociales puede presentarse, de nuevo, como una relación de correspondencia o reciprocidad entre los ciudadanos y el Estado

Una posible justificación ética del *workfare* es la que lo presenta como un sistema de recompensas al individuo trabajador. Esta justificación asume claramente como premisa la legitimidad moral del deber de trabajar: en tanto que el cumplimiento de este deber recibe una valoración positiva por parte de la comunidad política, se vinculan a dicho cumplimiento determinadas ventajas sociales¹¹. Si se cuestionase esa premisa la entera legitimidad moral del *workfare* queda en entredicho. De ahí que, en algunos entornos, en especial en aquellos que desconocen el deber constitucional de trabajar, como el anglosajón, el criterio profesional-contributivo, como lógica distributiva del *workfare*¹², esté expuesto a fuertes recusaciones:

“muchas comunidades y naciones se han alejado del bienestar tradicional hacia el ‘workfare’, requiriendo que los beneficiarios de los beneficios públicos trabajen (o al menos busquen activamente o mejorar sus perspectivas de trabajo mediante la adquisición de habilidades, educación o capacitación adicionales). Por lo tanto, las políticas de ‘workfare’ asumen que los gobiernos tienen el derecho moral de hacer cumplir el deber de trabajar. Pero los gobiernos solo

9 Claus Offe, *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas del futuro* (Madrid, Alianza, 1992).

10 Pablo Miravet Bergón, *Estado Social, Empleo y Derechos. Una Revisión Crítica* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014): 387.

11 Antonio Martín Valverde, *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo* (Madrid, Tecnos, 2020): 119 y 120.

12 En estos entornos, arte de la doctrina alude al deber de trabajar, pero no como una disposición expresa de Derecho positivo, sino como una derivada clara del conjunto de normas que, históricamente, han ligado el acceso a los beneficios sociales al trabajo. Simon, D., y Wilkinson, F., “The Duty to Work”, en *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 110-199, p. 198.

tienen el derecho moral de hacer cumplir este deber si tal deber existe en primer lugar, un reclamo a menudo asumido pero rara vez defendido”¹³.

Esta crítica es la que nos hace valorar muy positivamente la coherencia y plenitud de un sistema jurídico que, adoptando el principio profesional contributivo como criterio de distribución de los beneficios sociales, proclama el deber de trabajar entre sus normas jurídico-políticas básicas. Aunque formalmente el sistema profesional-contributivo puede sobrevivir sin un deber constitucional de trabajar¹⁴, este último le dota de legitimidad apriorística, la que emana de su sometimiento a un proceso democrático-constituyente. De esta manera, se refuerza la solidez de la premisa sobre la que se sostiene la entera arquitectura de la protección social profesionalizada. Y es que no puede desconocerse que ambos elementos, deber de trabajar y Seguridad Social profesionalizada, obedecen a una misma preferencia política, de índole ética o instrumental, por la actividad laboriosa. Ambos expresan, de algún modo, la misma dimensión pública del trabajo. Resultará, por tanto, mucho más coherente aquel sistema en el que esa preferencia institucional esté imbricada en todos los niveles del ordenamiento.

Por otro lado, si bien el criterio profesional-contributivo puede instaurarse en la norma legal sin ningún deber constitucional de trabajar, sí parece que, de existir este último, aquel se presentará como una opción legislativa ineludible. Dicho de otro modo, al recoger el deber constitucional de trabajar, el poder constituyente estaría limitando las opciones de configuración del sistema de protección social, impidiéndole al legislador articular mecanismos de tutela incondicionados o que desatiendan la vinculación profesional del sujeto. En opinión de Martín Valverde y otros tantos autores, encontramos la principal relevancia jurídica del deber constitucional de trabajar: la de permitir, cuando no obligar, la configuración legal de un sistema de Seguridad Social profesionalizado:

“[E]ntre los modos de vida que caben dentro del sistema económico de la constitución se encuentra el disfrute pasivo de rentas de propiedad. Esta vía de atender a las propias necesidades es lícita y posible desde el momento en que se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, y en el que el deber de trabajar declarado en el artículo 35.1 es un deber social y no un deber jurídico exigible [...] Ahora bien, la posibilidad y la licitud de la posición del «rentista» no quiere decir que el «deber de trabajar» del artículo 35.1 sea una expresión carente de significado; el deber de trabajar tiene transcendencia como criterio de mérito en la Administración social; o, dicho con otras palabras,

13 Miachel Cholbi «The Duty to Work», *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 21, núm. 5 (2018): 1119-1133, 1120.

14 Adoración Guamán Hernández y José Manuel Sánchez Ocaña «Cuarenta años de Constitución del Trabajo: historia de un proceso deconstituyente», *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, núm. 20 (2017): 183-246, 202.

*juega no en el derecho del trabajo, sensu stricto, sino en el derecho de la Seguridad Social*¹⁵.

Si nos adherimos a este planteamiento, parece que encontramos en las prestaciones que otorga la Seguridad Social uno de los principales mecanismos que promueven el acatamiento del deber de trabajar. La Seguridad Social profesional-contributiva puede presentarse como medio de promoción o sanción positiva. Si la omisión del deber de trabajar no puede ser sancionada coactivamente, sí que puede recompensarse, en este caso a través de la protección social, a quienes dan un cabal cumplimiento a ese mandato constitucional. A través de tales beneficios, la institucionalidad recompensa el cumplimiento de una conducta que enjuicia benemérita, sin llegar castigar o amenazar a aquellos individuos que la omitan. Aunque en la legislación de Seguridad Social actual no encontramos una referencia expresa que conecte la profesionalidad del sistema con el deber constitucional de trabajar, sí hemos comprobado cómo las primeras formulaciones del deber de trabajar en las normas fundamentales sí entablaban una vinculación directa entre el cumplimiento de dicho deber y el acceso a la incipiente protección social que a la sazón comenzaba a tomar cuerpo¹⁶. En nuestra propia historia legislativa, la primera sistematización legislativa de la Seguridad Social, la Ley de Bases de 1963, se presentó como el compromiso de protección con los trabajadores asumido en la norma fundamental, a la sazón el Fuero del Trabajo de 1938, el cual definía al

15 Antonio Martín Valverde, «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del tribunal constitucional», *Revista de Política Social*, núm. 137 (1983): 105-167, 121 y 122. En este mismo sentido, dentro de la doctrina española, Manuel Alonso Olea: «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo», en A.A.V.V. (Antonio Vicente Sempere Navarro, dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones), 3-34, 16. También la doctrina italiana ha encontrado una conexión directa entre el deber sagrado de trabajar del art. 4 de su constitución y el art. 38 del mismo cuerpo normativo. Este, al reservar el derecho a la manutención y asistencia social a los ciudadanos incapaces de trabajar, estaría sancionando indirectamente el incumplimiento de aquel. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (Roma, Giuffrè, 1952): 150. Más recientemente, en la doctrina italiana la asociación entre el deber de trabajar y el acceso a las prestaciones sociales aparece defendida en Umberto Romagnoli, «Diritti sociali e Costituzione: dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriosa», en A.A.V.V., (ed. Casadio, G.), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana* (Roma, Ediesse, 2006): 168 y ss.

16 La Constitución de Weimar, de 1919, imponía el deber de trabajar en su art. 163, y afirmaba en el art. 157 que «el trabajo gozará de la protección especial del Imperio». La Carta del Lavoro Italiana, de 1927, proclamaba en su art. 2: «El trabajo en todas sus formas organizadas y ejecutivas, intelectuales, técnicas, manuales, es un deber social, desde este punto de vista y solamente bajo este aspecto, está tutelado por el Estado». La Constitución española republicana en su artículo 46 párr. 1º proclamó que: «El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes». Por último, la el franquista Fuero del Trabajo de 1938, en su art. 25, indicaba: El trabajo, por su condición esencialmente humana, no puede ser relegado al concepto material de mercancía, ni ser objeto de transacción alguna incompatible con la dignidad personal del que lo presta. Constituye por sí atributo de honor y título suficiente para exigir tutela y asistencia del Estado.

trabajo como una obligación y como “título suficiente para exigir la asistencia y tutela del Estado”.

Por otro lado, aunque el legislador contemporáneo no apele directamente al deber constitucional de trabajar a la hora de vertebrar el sistema de Seguridad Social profesionalizado, opinamos que esta opción normativa es la única admisible en un ordenamiento constitucional que, como el nuestro, proclame dicho deber. La profesionalidad de la Seguridad Social puede presentarse como una derivada del deber constitucional de trabajar si se admite, como aquí haremos, que este deber impide otras alternativas de regulación que desatiendan por completo la vocación laboral del sujeto. Sin negar el amplísimo margen de decisión con el que cuenta el legislador ordinario para configurar los criterios de acceso al sistema de protección social, lo que nunca podrá hacer el legislador, al menos en un contexto jurídico en el que se proclame el deber de trabajar, es fijar la ociosidad libremente asumida como criterio relevante para la adquisición de beneficios prestacionales. Acudiendo, entre otros referentes que se adhieren a esta posición, a Alonso Olea:

“El deber de trabajar obviamente tiene que ser entendido con carácter relativo; no se puede obligar mediante compulsión o fuerza, ni bajo pena, al trabajo, pues ello equivaldría a la implantación de un sistema de trabajo forzoso; no puede, pues, configurarse el deber de trabajar como una obligación coercible. El deber de trabajar tiene, sin embargo, derivaciones indirectas y de extrema importancia; señaladamente no puede aspirar a la protección de la Seguridad Social, ni de ningún régimen asistencial, quien pudiendo trabajar y teniendo la oportunidad para ello deja de hacerlo”¹⁷.

En muy similar sentido, se ha dicho que el deber constitucional de trabajar impide un hipotético “derecho a la vagancia”¹⁸ o que “se dirige a proscribir programáticamente la ociosidad improductiva y el parasitismo social”¹⁹. Fuera ya de la doctrina laboralista, incluso los autores más escépticos en lo concerniente al valor jurídico-constitucional de este deber, como Díez-Picazo Giménez, ven en este un mismo contenido mínimo: el que impediría la cobertura de la ociosidad: “que el deber de trabajar del art. 35.1 CE no sea un genuino deber constitucional no priva de cualquier significación jurídica a esta fórmula, pues siempre cabe entender que la cláusula general de libertad -todo lo no prohibido está permitido- no incluye un hipotético *derecho a la pereza*”²⁰. Observamos, entonces, una elemental incompatibilidad lógica entre la renta básica y el deber fundamental de trabajar: la que muestra que la imposición de un deber impide el reconocimiento del derecho a incumplirlo.

17 Alonso Olea, «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo», 16.

18 Jesús R. *Lecciones de Derecho del Trabajo* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2020), 54.

19 Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo* (Madrid, Tecnos, 2023), 41.

20 Luís María Díez-Picazo Giménez, *Sistema de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021), 505.

Puede decirse, además, que esta forma de promover el cumplimiento del deber de trabajar, el sistema de protección de corte profesional-contributivo, ha sido especialmente explorada en los sistemas políticos-jurídicos de libre mercado, en los que la exigencia del deber de trabajar a través de medios coactivos parece una opción normativa inasumible:

“Mientras que en los países socialistas el deber de trabajar se deriva del derecho al trabajo abstracto y forma parte fundamental del derecho laboral, en las economías de mercado occidentales el deber de trabajar forma parte únicamente del derecho de la seguridad social, ya que suele ser una condición para la percepción de diversas prestaciones sociales es que una persona no esté voluntariamente desempleada, no haya sido despedida por mala conducta y esté disponible para trabajar. En otras palabras, el deber de trabajar en un país capitalista corresponde sólo a un derecho a la seguridad social y no a un derecho al trabajo”²¹.

Esta es una de las ventajas que ofrece un sistema de beneficios sociales vinculados al trabajo, como el que observamos en la Seguridad Social profesionalizada: el alto grado de libertad que tolera. Aunque con frecuencia se ha dicho que mecanismos de promoción indirectos, como estos, devalúan la juridicidad del deber de trabajar, en realidad ofrecen una posibilidad de incitación en aquellos casos, como el que se refiere al deber de trabajar, en los que la imposición coactiva no resulta posible.

1) De un lado, un sistema de estímulos de este tipo se muestra altamente tolerante con las distintas opciones vitales de cada ciudadano. Esta tolerancia es propia de la tradición liberal que, aun proclamando expresamente el deber de trabajar, rehúsa imponerlo a través de amenazas. El castigo de la ociosidad ha sido una práctica de regímenes que han subordinado acusadamente la libertad individual al sometimiento a objetivos políticos definidos jerárquicamente, como en los sistemas absolutistas del Antiguo Régimen o en los sistemas socialistas de economía centralizada. Se trata de conductas cuya omisión o incumplimiento no generan un desvalor lo suficientemente intenso como para excitar la activación del *ius puniendi*, pero cuya ejecución aporta cierto beneficio social y merece una opinión generalmente positiva. En esta posición intermedia, desde el principio liberal de tolerancia, podríamos colocar al trabajo: siendo una actividad que la colectividad enjuicia como positiva, como una conducta virtuosa, su omisión no transgrede sus convicciones morales más arraigadas y no merece, por tanto, una acción represora.

21 Bob Hepple, «Some Problems of Comparing Socialist and Capitalist Systems of Labour Law», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (1985), vol. 1, núm. 4, 235-240. 239.

2) De otro lado, cabe pensar en las dificultades que entrañaría castigar el incumplimiento de un deber tan pretendidamente genérico e impreciso como es el deber de trabajar. En efecto, para algunos autores, citando a autores como a Becker, sería muy difícil sancionar el incumplimiento del deber de trabajar por la complejidad que revestiría determinar el contenido de la conducta que este impone y, sobre todo, ajustarlo a las capacidades de cada uno de los sujetos obligados²². Si afirmamos que el cumplimiento del deber de trabajar es un requisito para la consecución de un beneficio especial, no es necesario preestablecer una tipificación de infracciones sobre la conducta exigida por la norma²³. Un sistema de beneficios especiales, como sería el caso de las prestaciones que recoge el sistema público de Seguridad Social, permitiría la concreción de la conducta exigida en la regulación sectorial de cada una de las prestaciones que contempla, donde se especificaría el género de trabajo y el grado de implicación exigibles para lucrar el derecho a las mismas. Este tipo de concreciones la observamos, de ordinario, en la mayoría de prestaciones que contempla la acción protectora de la Seguridad Social, en cuya regulación existen diferencias de trato según el colectivo al que pertenezca el beneficiario -por ejemplo, atendiendo al régimen jurídico de prestación de servicios, si esta se ejecuta como funcionario, trabajador autónomo o asalariado- que serán legítimas siempre y cuando no supongan una injustificada desigualdad de trato proscrita por el ordenamiento²⁴.

Huelga aclarar que, aunque aquí afirmamos que la profesionalización de la protección social es una opción adecuada para colmar de contenido al deber constitucional de trabajar, no desconocemos todas las inequidades que podría engendrar -y de hecho engendra- este criterio de participación en los beneficios del sistema. En efecto, una priorización absoluta de la contribución productiva del individuo frente a otros criterios relevantes, como la situación de necesidad del individuo, llevaría a resultados poco equitativos. Ya hemos señalado en otra sede algunos de los agravios que se producen, por ejemplo, en la legislación española, al operar de esa forma²⁵. Debemos recordar no obstante que, aunque defenderemos que la profesionalización de la protección social es una derivada necesaria del deber constitucional de trabajar, esa profesionalización admite muchas modulaciones

22 Lawrence C. Becker, «The obligation to work», *Ethics* núm. 91.1(1980): 35-49, 44.

23 *Ibid.*, 46.

24 En efecto, aunque el Legislador ordinario cuenta con amplísimo margen decisonal para configurar el derecho al acceso a las prestaciones, este encuentra como límite el respeto de los Derechos Fundamentales y la normativa transnacional dotada de primacía. Este límite se ha puesto de manifiesto recientemente, cuando el TJUE, en su sentencia entencia TJUE C-389/20 de Febrero 2022 vino a censurar la tradicional exclusión de la protección por desempleo que afectaba a las personas empleadas al servicio del hogar familiar por entender que tal opción legislativa resultaba una discriminación injustificada por razón de género.

25 Francisco Vigo Serralvo, *El derecho al trabajo. Un primigenio y alternativo proyecto de Estado social*, (Cizur-Menor, Aranzadi, 2019), 234.

y alternativas regulatorias. No debe conducir necesariamente, como tantas veces denuncian los detractarios del *workfare*, a una exaltación de la productividad individual exacerbada que olvide los vínculos de solidaridad hacia los necesitados.

III. La Seguridad Social como limitación al alcance del deber de trabajar

Hasta ahora hemos justificado que existe una clara relación entre el deber de trabajar y la Seguridad Social de corte profesional contributivo en la medida que este sistema de asignación de beneficios sociales incentiva el cumplimiento de dicho deber constitucional y supone, de hecho, su principal concreción legislativa. Pero si el sistema de beneficios sociales es una forma de promoción del cumplimiento del deber de trabajar, otra distinta, acaso más trascendente aún, ya lo dijimos, es la situación de necesidad material en la que se halla el individuo originalmente. Puede decirse a este respecto que la institucionalidad promocionaba el cumplimiento del deber de trabajar por omisión, al no reconocer ninguna garantía pública de existencia pasiva. A partir de esta idea debemos concluir que la Seguridad Social, al establecer excepciones a ese principio de autosuficiencia, introduce verdaderas exenciones al deber de trabajar. Las distintas prestaciones que integran la acción protectora del sistema son, las más de las veces, rentas sustitutivas de los rendimientos del trabajo que pretenden garantizar una forma de vida no productiva, temporal o permanentemente. Son las distintas contingencias protegidas por el sistema las que, por tanto, de forma negativa, limitan el alcance del deber de trabajar. Tales contingencias deben entenderse, desde esta óptica, como las diferentes situaciones en las que, por razones relacionadas con la salud -v.gr. las prestaciones de incapacidad y jubilación- o con la situación social del beneficiario -v.gr. las contingencias vinculadas al cuidado de menores- se ha considerado legítima la exención de un ciudadano de su deber de participación en la contribución productiva²⁶.

Para abundar en esta idea y tratar de expresarla con mayor claridad, pensemos, por ejemplo, en la pensión de jubilación. La edad fijada normativamente para el acceso a esta prestación puede concebirse, desde este planteamiento, como una determinación legal del momento en el que cesa el deber fundamental de trabajar²⁷, como una dispensa definitiva de este deber por razones convenidas

26 En palabras del TC, en su sentencia 109/1993, de 25 de Marzo, “el legislador atiende a la dignidad del trabajador aparejando a determinados acontecimientos (matrimonio, nacimiento de hijos, enfermedad de parientes próximos, ...) la suspensión del deber de trabajar”, si bien, se refería más bien al deber contractual o estatutario de trabajar, el cual, como veremos, es solo una de las manifestaciones del deber constitucional que analizamos.

27 Desde un punto de vista sociológico, no estrictamente jurídico, la regulación de la jubilación como una modulación del deber de trabajar según las convicciones de una sociedad determinada se analizan por Monika Wilińska, Bob Rolander, y Pernille Bülow, “la determinación de la edad como una categoría construida social y culturalmente que

democráticamente²⁸. El catálogo de las que componen la acción protectora de la Seguridad Social puede concebirse así como una relación de situaciones en las que la colectividad ha estimado justo exonerar el cumplimiento de ese deber, para lo cual actúa proporcionando cobertura económica al sujeto que se halla en cualquiera de tales coyunturas, anulando así la pujanza que impone la situación de necesidad material. Obviamente, la determinación de las situaciones protegidas, así como el nivel de protección al que dan acceso, vendrá condicionado por las convicciones de justicias expresadas democráticamente, mas también por “aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema”²⁹.

Dicho lo anterior, es cierto que la Constitución Española, al enunciar el deber de trabajar, a diferencia de otras cartas magnas de nuestro entorno como la italiana o como originalmente hacía la portuguesa, no prevé exenciones al mismo en relación a la capacidad física o la edad de los ciudadanos. Cabría entonces incluso llegar a preguntarse -desde una interpretación absolutista y, por tanto, ya sabemos, inapropiada del deber de trabar- si el legislador ordinario puede por vía de la Seguridad Social establecer estas exenciones a un deber que se enuncia con carácter general en el tenor literal de la norma. Varios motivos nos conducen

se utiliza efectivamente para organizar y definir la vida de las personas. [...] la edad como categoría social se hace visible, relevante e importante en el contexto de la vida laboral, y cómo se relaciona con el deber general de trabajar. Las normas de edad y el deber de trabajar se abordan aquí como poderosas prácticas sociales que se (re)crean constantemente para ser mantenidas, cambiadas y/o eliminadas”. «When I’m 65’: On the Age-negotiated Duty to Work», *Work, employment and society*, vol. 35, núm. 1 (2021): 21-36, 23.

28 Así lo entendió, por ejemplo, el Abogado del Estado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4328/99, en el que se discutía la posibilidad de acceder a una situación de incapacidad permanente allende la edad ordinaria de jubilación. Como es sabido, tradicionalmente, nuestra Legislación, hoy en el art. 195.1 LGSS, impide el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, haya alcanzado la edad legal de jubilación. Esta opción legislativa es explicada por el Abogado del Estado señalando que la “Ley pretende cubrir el riesgo de la incapacidad para el trabajo durante el tiempo en que existe el deber de trabajar. Más allá de ese momento se arbitran otras coberturas. Por tanto, la gran invalidez, como los demás grados de incapacidad, es la originada en el tiempo de trabajo activo y en cuanto determina la incapacidad para trabajar” Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 78/2004 de 29 abril. Antecedente 7º-. Esta lectura, a la que nos adherimos, identificaría la Incapacidad Permanente como una dispensa del deber de constitucional de trabajar, mientras que la jubilación constituiría la extinción definitiva del mismo. Lo interesante de este razonamiento, más allá de las particularidades técnicas del caso, es la que presenta el acceso a la jubilación como una exención definitiva del deber de trabajar, lo cual es acorde a la hipótesis que defendemos: que la normativa de Seguridad Social concretiza el alcance del deber de trabajar al identificar las situaciones en las cuales no es exigible su cumplimiento.

29 Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1987 de 11 de agosto. En similar el sentido, el Tribunal Supremo entiende que “las situaciones de necesidad habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales” (STS, Sala Cuarta, 65/1987 y 127/1987 y 65/1990).

a una respuesta positiva, aunque el principal es la existencia de un mandato programático para la instauración de un sistema de Seguridad Social -art. 40- y, más específicamente, un sistema de previsión para los incapacitados físicos, psíquicos o sensoriales -art. 49- y un sistema de pensiones suficientes en caso de vejez -at. 50-. Parece claro que nuestro ordenamiento constitucional -otros, como decíamos, han sido más explícitos al respecto- admite formas de existencia pasivas con cargo a la colectividad. Tales previsiones deben interpretarse y desarrollarse a la luz del deber constitucional de trabajar para promover una lectura coherente y holística del texto constitucional: ni el deber de trabajar puede anular la asistencia a sujetos necesitados imponiéndose de forma incondicional sobre todos los ciudadanos, ni las coberturas que enuncia la Constitución pueden ser tan generalizadas que hagan del trabajo una opción totalmente voluntaria para los ciudadanos. Entre esas dos posiciones extremas, el legislador ordinario cuenta con un amplísimo margen decisional para el diseño del sistema de Seguridad Social, con las limitaciones obvias que impone, de nuevo, el respaldo presupuestario de cada momento. Como se ha dicho:

“La búsqueda de un modelo de Seguridad Social es una tarea desde su inicio llamada al fracaso por la sencilla razón de que en la Constitución no hay modelo alguno, esto es, no esquema alguno de carácter ejemplar con arreglo al cual han de ordenarse todos los elementos que componen el Sistema para cotejarlo con el que realmente el legislador ordinario ha producido y así obtener un juicio de constitucionalidad sobre este último. Por lo general aquellos intentos acaban en la afirmación de que el art. 41 CE hay un modelo abierto, que es casi como decir que no hay modelo de Seguridad Social alguno, como no lo hay de sindicato, partido político o de libertad de expresión”³⁰.

Volvamos de nuevo al ejemplo de la pensión de jubilación³¹. Aunque más o menos ha encontrado una regulación uniforme, observamos cómo con el paso del

30 Aparicio Tovar, J., “La Seguridad Social en la Constitución”, en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V., dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 787-814, p. 788. En idéntico sentido, BORRAJO DACRUZ, E., “La literalidad y la sistematización de las reglas constitucionales conducen a un planteamiento polivalente, a un planteamiento que permite decir que con el artículo 41 se puede ir a cualquier solución, porque no condiciona sobre el contenido de la acción protectora en orden a su encuadramiento institucional”. “El modelo constitucional de Seguridad Social en España”, *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pp. 25-42, p.33. Sobre las distintas posiciones doctrinales al respecto vid. Sánchez-Uran Azaña, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 31-56.

31 Aunque en la antigüedad existían exenciones -a través de la asistencia- al deber de trabajar, estas se circunscribieron al invalido en sentido estricto. La vejez por si solo no era determinante de ningún resorte prestacional. Así lo documentó la profesora Ángela Groppi en un sugerente artículo sobre el deber de trabajar de los ancianos en las sociedades antiguas: “La “vejez cronológica” nunca se impuso como condición suficiente para liberar a los individuos del deber de trabajar para vivir; sólo la “vejez funcional” (es decir, la edad asociada a la enfermedad y la invalidez) permitía esta transición. La distinción entre “vejez verde” y

tiempo se ha sometido a reformas puntuales para garantizar su sostenibilidad en un entorno demográfico caracterizado por el envejecimiento poblacional y crecimiento vegetativo negativo. Así, siguiendo una tendencia observable en la mayoría de países desarrollados, no solo se ha incrementado la edad de acceso a la misma -en sus modalidades ordinaria y anticipada³²-, sino que se han endurecido los requisitos de acceso y se han producido recortes en las cuantías de las prestaciones. Todas estas modificaciones, que suponen en realidad un endurecimiento del deber de trabajar, son admisibles desde el punto y hora en que no existe una concreción constitucional de lo que significa el derecho a unas pensiones suficientes.

IV. El deber de trabajar en la protección social por desempleo

Aparentemente, en términos lógicos y abstractos, existe una relación conflictual entre la protección social por desempleo y el deber de trabajar³³. Y es que, aquella protección, por su definición esencial, otorga prestaciones sociales al ciudadano que no se encuentra ejecutando la conducta básica exigida por dicho deber. Esta aparente contradicción se solventará en cuanto reparemos en la particular configuración legal de aquella protección social y observemos que está solo alcanza al desempleado involuntario: al que muestra una actitud proclive al trabajo.

Ya hemos visto como nuestro sistema de protección social enumera una serie de situaciones o contingencias protegidas que, *grosso modo*, atienden a quienes, por mor de cualquier limitación, se encuentran impedidos para el ejercicio normal de una actividad profesional. Tal limitación podría ser de origen físico, psíquico, y también social. En este tercer grupo de limitaciones podemos ubicar las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, pero también la prestación por desempleo: Al contemplar el desempleo como contingencia protegida, el Estado

“vejez decrepita”, muy extendida en Europa a lo largo de la era moderna, permitió fijar la línea divisoria entre los ancianos capaces de satisfacer sus necesidades mediante el trabajo y los ancianos incapaces de trabajar a causa de las enfermedades debidas a la vejez, que, llegado el caso, se convertían en pobres dignos de ser ayudados. La edad avanzada en sí misma no era un criterio suficiente para forzar a las personas a salir del mundo del trabajo, a la esfera de la inactividad y la dependencia. Angela Groppi, «Le devoir de travailler jusqu’à la fin de ses jours: Le travail des personnes âgées dans la Rome pontificale (xviie-xixe siècles)», *Mélanges de l’École française de Rome-Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, vol. 123, núm. 1 (2011): 25-32.

32 También la fijación dual de una edad para el acceso a la jubilación anticipada, en función de si el cese por voluntad inherente a la persona trabajadora o no, también se ha justificado por la doctrina científica desde el respaldo constitucional que el deber de trabajar da a esa opción legislativa Ricardo Legarreta Esteban., «Crisis de empresa y pensiones», en AA.VV. (dirs. Espuny Tomás, M^a.J., y Paz Torres, O.), *Crisis y ocupación* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2010): 237-261, 242.

33 Tania Raffass, «Unemployment and punitive activation as human rights issues», *Australian Journal of Human Rights*, vol. 20, núm. 1 (2014): 1-30.

social acepta -separándose de la tradición liberal-, que la ocupación profesional de un individuo no depende por entero de su voluntad. Que el orden económico alberga contingencias que escapan a las posibilidades de control del trabajador y lo pueden colocar, circunstancialmente, en una situación de desocupación involuntaria.

Centrándonos ahora en la prestación por desempleo, solo si la entendemos como una tutela condicionada a la existencia de una contingencia social no provocada por el operario, es como aquella resulta compatible con el deber de trabajar. Así entendida, tal prestación quedaría circunscrita a quienes queriendo dar cumplimiento a ese deber, no puede hacerlo por causas ajenas a su voluntad. Esta inspiración se ve claramente en la definición de la situación legal de desempleo cubierta por el sistema de Seguridad Social: según el art. 262.1 LGSS, la contingencia de desempleo protegida es aquella en que se encuentran “quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo”³⁴. Vemos entonces como en la definición de la situación legal de desempleo resulta crucial el elemento volitivo: la voluntad de trabajar.

Nos topamos entonces con una notable dificultad a la hora de objetivar la concurrencia de la contingencia protegida por la protección por desempleo. Reparemos en que esta acción, la *objetivación* de la contingencia, es un paso crucial en la operatividad de nuestro entero sistema de protección social. Quizás su importancia se vea más claramente en el régimen de las prestaciones de invalidez y el vasto aparato médico-burocrático habilitado al efecto. A diferencias de estas prestaciones, en las que los elementos que requieren objetivación pueden examinarse a través de pruebas científicas, en la prestación por desempleo la objetivación debe practicarse sobre un factor íntimamente subjetivo: la voluntad humana, en este caso la voluntad de trabajar. Para salvar, en la medida de lo posible, este escollo, la regulación de la protección por desempleo suele introducir diversas exigencias y restricciones tendentes a acreditar la intención de reactivarse por parte del sujeto desempleado. Principalmente cabe destacar a este respecto la inscripción como demandante de empleo y el compromiso de activación como trámites burocráticos que necesariamente debe asumir el desempleado para acceder a la protección prestacional -arts. 299 y 300 LGSS-³⁵. Con estos, básicamente, el beneficiario de la prestación se compromete a participar en las iniciativas de capacitación que le sean

34 Esta opción político-legislativa aparece respaldada, además a nivel internacional por la OIT. Concretamente los convenios número 44 de 1934 y 168 de 1998 Trabajo habilitan de forma expresa -arts. 9 y 21 respectivamente- a los Estados firmantes a obligar al desempleado a participar en las actividades y acciones anteriormente citadas y a no rechazar ofertas de empleo convenientes o adecuadas.

35 Estos preceptos deben asociarse además a las sanciones consistente en rechazar las ofertas de colocación adecuadas [art. 17.2 y 25.4 b) LISOS o en incumplir las exigencias del compromiso de actividad [art. 24.2 c) LISOS.

propuestas desde el servicio público de empleo, así como, con más trascendencia, aceptar las eventuales *ofertas de colocación adecuadas* -luego repararemos en esta institución- que le sean comunicadas por este mismo organismo.

Aunque en muchas ocasiones este objetivo de reactivación se ha presentado como una de las derivadas más perniciosas del paradigma del *workfare* -en tanto que, según se alega, culpabiliza al individuo de su situación de desempleo³⁶-, parece un requisito esencial en el régimen de la prestación en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, a través del deber de trabajar reclaman constitucionalmente el compromiso profesional de sus ciudadanos. En efecto, es una valoración común en los escasos comentarios al deber constitucional de trabajar la que encuentra una relación entre este deber y el compromiso de activación que asume el trabajador como requisito de acceso a las prestaciones por desempleo³⁷. En palabras de Mercader Ugina:

“la mención de un deber de trabajar en el art. 35.1 CE da cobertura a eventuales medidas legislativas desfavorables a la inactividad y favorables a la búsqueda activa de empleo. Por ello, no será lícito sancionar directamente la negativa a prestar trabajo; pero sí lo será denegar prestaciones de desempleo a quienes rechacen una oferta adecuada de empleo o no suscriban y cumplan las exigencias del compromiso de actividad (art. 299 c) y e) LGSS). Queda, por

36 Ignasi Brunet Icart y Ángel Belzunegui, *Flexibilidad y formación: una crítica sociológica al discurso de las competencias* (Barcelona, Icaria Economía, 2003), 38.

37 En sentido similar, para la profesora Nogueira Guastavino, el deber constitucional de trabajar representaría “una habilitación al legislador para establecer deberes individuales específicos, dentro de los límites constitucionales generales, lo que en el ámbito de las relaciones laborales se concreta en la prestación y el subsidio de desempleo, en relación no solo con los trabajos de colaboración social que pueden ser exigidos por los Servicios Públicos de Empleo a los trabajadores que los perciban, constituyendo causa de extinción de la prestación la negativa a participa”. Magadalena Nogueira Guastavino, «Artículo 35», en AA.VV. (dirs. Casas Baamonde, M.E y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario (Madrid, Wolters Kluwers, 2008): 1185-1209, 1190. En esta misma posición puede ubicarse a José Luís Gil y Gil, «El derecho a un trabajo digno», en AA.VV. (dir. Escobar Roca, G.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2012): 949-1016, 960-964; a José Luís Monereo Pérez, «La protección legal por desempleo y sus niveles de protección», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 6 (2016), 29-67, 39; Juan Pablo Landa Zapirain, «Constitución y futuro del modelo español del derecho del trabajo del próximo siglo», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 2 (2000): 155-184, 168, y también, fuera ya de la doctrina laboralista y sin vocación exhaustiva, a María Inmaculada Garrido Gómez, *Análisis e implicaciones de los derechos sociales* (Madrid, Dykinson, 2021), 118. Fuera de nuestras fronteras, por todos, Alain Supiot, «Au-delà de l'emploi: Les voies d'une vraie réforme du droit du travail». También, Antoine Jeammaud, «La constitutionnalisation rampante du droit du travail français», *Les Cahiers de droit*, vol. 48, núm. 1-2 (2007): 93-119, 105 y 106, donde se lee: “la afirmación toda persona tiene el deber de trabajar seguramente también comprometería una reforma legislativa que eliminara la condición de realizar actos de búsqueda de empleo a los que el Código del Trabajo sujeta el beneficio de las prestaciones del seguro de desempleo”.

*todo ello, claro que el reconocimiento constitucional del deber de trabajar sirve de apoyo a aquellas fórmulas normativas que establezcan sistemas dirigidos a favorecer la activación de los desempleados y que, por tanto, aquellas normas dirigidas al referido fin encuentran pleno apoyo y encaje constitucional.*³⁸

Aunque el Tribunal Constitucional no ha establecido una vinculación expresa entre el deber constitucional de trabajar y el compromiso de activación del desempleado, sí ha tenido ocasión de afirmar que con este requisito la legislación no introduce ningún tipo de discriminación prohibida por la norma suprema, en tanto que el incumplimiento de “la inscripción dentro de plazo en la Oficina de Empleo correspondiente, lo que se consideraba como una manifestación más de la «voluntad sostenida» de trabajar que debía mostrar el trabajador desempleado [...] origina una diferencia innegable entre la situación de la demandante y la de aquellas personas que hubieran satisfecho esa exigencia legal, y justifica debidamente el desigual trato otorgado a una y otras”³⁹. No comprendemos del todo porque en esta ocasión el Tribunal Constitucional no justificó estos requisitos a partir del deber fundamental de trabajar, que es claramente el que subyace en su argumentación al defender la corrección constitucional de una legislación que prioriza a quienes muestran una voluntad de trabajar -el recurrente propugnaba que era la situación de necesidad y la cotización lo que, por sí solo, debería habilitar el reconocimiento de la prestación-.

Comoquiera que fuese, lo relevante ahora es observar como la demanda de empleo se presenta en esta sentencia como *manifestación de la «voluntad sostenida» de trabajar*. Esta, junto con otros trámites que incumben al desempleado, como el compromiso de activación, son las que evidencian la existencia de la contingencia protegida: el desempleo forzoso o involuntario. Obviamente, de nuevo, el Legislador ordinario cuenta con un amplísimo margen de maniobra para definir el compromiso de activación y modular su rigurosidad⁴⁰. Lo único que parece

38 Mercader Ugina, *Lecciones...*, p. 54.

39 STC 119/1987, de 9 de julio.

40 Cruz Villaón, por su parte, matizando parcialmente esta correlación, sostiene que la configuración del compromiso de actividad vigente en el ordenamiento español hasta la Ley 3/2023, en la medida que delega en el servicio público de empleo la determinación de la oferta adecuada, suponía una vulneración del artículo 35.1 CE ya que “impone un “deber de trabajar” que va más allá de lo razonable en una perspectiva constitucional”, Jesús Cruz Villalón, “El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, vol 1(2003): 357-386, 366. En términos críticos muy similares, Monereo Pérez apunta cómo esta regulación supone una exaltación del deber de trabajar: “El compromiso de actividad es aquí fuente de la obligación jurídica de búsqueda activa de empleo. Está delimitado legalmente y bajo la dirección Administrativa, configurándose en lo principal como una especie de contrato de adhesión, en el cual el desempleado es, sin lugar a dudas, el contratante más débil en cuanto a su posición jurídico-contractual anudada a la situación jurídica de desempleo protegido. Pero es un una «activación heterónoma», que obedece a una filosofía político-jurídica que acentúa el «deber de trabajar» en detrimento

rechazar nuestro marco constitucional sería la supresión absoluta de este, pues eso supondría la redefinición de la situación legal de desempleo para eliminar de esta la voluntad de trabajar y, de esta forma, proteger indistintamente la ociosidad impuesta y la que es libremente asumida. El deber constitucional de trabajar no solo habilita la imposición de condicionantes al acceso a la prestación de desempleo, sino que parece imponer una legislación de este tipo⁴¹.

V. El acuerdo de actividad y la colocación adecuada tras la Ley 3/2023 de Empleo

Para observar el amplísimo margen de maniobra con el que cuenta el legislador ordinario a la hora de configurar el compromiso de actividad veamos la redefinición que este ha sufrido, sobre todo en lo relativo al concepto de *colocación adecuada*, a partir de la *Ley 3/2023 de Empleo*. Con anterioridad a su entrada en vigor encontrábamos en nuestro ordenamiento un *compromiso de activación* muy severo, que obligaba a aceptar cualquier oferta de empleo que fuese puesta a disposición del beneficiario por parte del servicio público de empleo, con independencia de que esta se ajustase a las expectativas profesionales del demandante o a su cualificación académica (art. 301 LGSS en su redacción anterior a la Ley 3/2023)⁴². Con la precitada Ley de Empleo aparece un nuevo *acuerdo de*

del derecho al trabajo ex art.35.1 CE; esto es, del trabajo como deber del ciudadano, cuyo incumplimiento puede ser objeto de control social y de sanción”. José Luis Monereo Pérez, «La protección legal por desempleo y sus niveles de protección», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 6 (2016): 29-67, p. 39.

41 Jeammaud, «La «constitutionnalisation rampante du droit du travail français», 105 y 106.

42 Un tanto extenso y alambicado: “se entenderá por colocación adecuada la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses. Transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las profesiones anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del servicio público de empleo puedan ser ejercidas por el trabajador. La colocación se entenderá adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de la residencia habitual, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por ciento del salario mensual, o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo. La colocación que se ofrezca al trabajador se entenderá adecuada teniendo en cuenta la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial. Además dicha colocación para entenderse adecuada deberá implicar un salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho el trabajador, o aunque se trate de trabajos de colaboración social. Para la aplicación de lo previsto en los párrafos anteriores el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, las características del puesto de

actividad -el cambio de terminología es sutil pero revelador- que solo impone la aceptación de aquellas ofertas de empleo que coincidan con la demandada por el beneficiario, o con sus aptitudes físicas y formativas, siempre que además se encuentre en su localidad de residencia y se trate de un contrato indefinido (art. 3.g de la Ley 2/2023)⁴³. Es fácil observar el contraste entre las obligaciones anteriores y actuales para acceder al derecho a la prestación por desempleo. Antes de la reforma, se entendía oferta adecuada aquella que estuviera ubicada a 30 kilómetros de la localidad de la residencia, ahora solo si lo está en la misma localidad. Antes, la oferta adecuada podía ajustarse a cualquier modalidad contractual, ahora solo a un contrato indefinido. Con anterioridad a la Ley 3/2023, transcurrido un año en situación de desempleo, el SPE podía considerar adecuada una oferta aunque no se ajustase a la experiencia del trabajador o su formación, posibilidad que desaparece tras la entrada en vigor de la nueva norma. Con carácter previo a su reformulación, la colocación adecuada debía comportar una retribución superior al salario mínimo, ahora, en según que casos -cuando se entienda adecuada por corresponderse con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas- deberá alcanzar la retribución media del sector.

Esta profunda remodelación nos lleva a preguntarnos si la libertad del legislador para definir el compromiso de activación es verdaderamente absoluta. Si aceptamos como premisa que nuestro ordenamiento jurídico, condicionado por la existencia del deber de trabajar, no admite la protección del desempleo libremente asumido, hasta qué punto una devaluación de las exigencias de dicho compromiso no daría lugar a la cobertura de tal situación. Pensando en la definición actual de la colocación adecuada, la dada por la Ley 3/2023, vemos como a partir de esta, un desempleado que rechaza una ocupación temporal, se entenderá desempleado involuntario, a pesar de que dicha colocación ofrezca una categoría profesional y unos emolumentos iguales o superiores a los de su anterior ocupación. Del mismo modo, se entenderá desempleado involuntario quien rechaza cualquier oferta de colocación, aunque sea indefinida, si esta se ubica a pocos kilómetros de su hogar, pero en distinto término municipal. Lo que queremos hacer ver con estas ejemplificaciones es hasta qué punto la regulación de una cuestión aparentemente tan técnica, como es la colocación adecuada en el contexto de la protección

trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, así como las características de los mercados locales de empleo. El salario correspondiente a la colocación para que esta sea considerada adecuada no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquel los gastos de desplazamiento”.

- 43 Art. 3.g) “Se considerará adecuada, la colocación en la profesión demandada por la persona trabajadora, de acuerdo con su formación, características profesionales, experiencia previa o intereses laborales y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En los dos últimos casos, además, la oferta deberá implicar un salario equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo. La colocación que se ofrezca deberá ser indefinida y con un salario, en ningún caso, inferior al salario mínimo interprofesional”.

por desempleo, incide en los límites conceptuales de nuestro entero sistema de protección social. Operando alguna modificación puntual sobre esta institución, puede el Legislador, de facto, proteger situaciones, como la desocupación libremente asumida, que tradicionalmente se ha visto incompatibles con las bases constitucionales de nuestro sistema. Sin entrar a valorar si la regulación actual del compromiso de actividad da cabida o no a este tipo de situaciones -habría argumentos, quizás, para defender una cosa y su contraria- pensemos en algún ejemplo más grosero y reducido al absurdo: Pensemos que, haciendo uso de su margen de autonomía, el legislador ordinario define exclusivamente la colocación adecuada como aquella que es demandada por el beneficiario de la prestación. Parecería a priori una opción legislativa flexibilizadora, pero admisible. Sin embargo, de facto, estaría amparando prestacionalmente situaciones de desempleo que son libremente asumidas, como ocurrirá en aquellos casos en los que la profesión demandada por el beneficiario sea extraordinariamente inusual o quede muy por encima de sus aptitudes físicas y profesionales⁴⁴.

VI. El régimen jurídico del Ingreso Mínimo Vital ¿Una inadvertida quiebra del deber constitucional de trabajar?

La actual regulación del ingreso mínimo vital español nos ofrece una oportunidad propicia para corroborar la idea que acabamos de exponer: la posibilidad legislativa de afectar los principios esenciales del sistema de protección social a través de la configuración de aspectos normativos aparentemente técnicos y carentes de significancia constitucional.

Como es sabido, en mayo del año 2020 nuestro sistema de Seguridad Social experimentó una importante transformación con la introducción de una prestación, el Ingreso Mínimo Vital, que venía a ampliar considerablemente los límites del nivel no contributivo de protección del sistema⁴⁵. Se trataba de una prestación, potencialmente vitalicia⁴⁶, asignada a toda persona que, entre otros requisitos, careciese de rentas y patrimonio superiores a un determinado umbral económico que la propia ley determina en función del número de miembros que integran

44 Un ejemplo grotesco, pero quizás por eso más visual podría ser el de una persona desempleada que demanda una ocupación muy cualificada o extraordinariamente inusual, como astronauta o explorador ártico.

45 Originalmente apareció con el *Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital*.

46 Aunque la regulación de la prestación omite cualquier calificación al respecto, estimamos que cabría calificar a esta, dentro de las categorías de las prestaciones según su periodicidad, no como un subsidio, sino como una pensión, id est, como una de aquellas prestaciones que, aunque pueden por diferentes causas verse suspendidas y extinguidas durante su percepción, presentan vocación de permanencia indefinida. De las distintas prestaciones que reconoce nuestro sistema, forman parte de esta categoría la pensión por incapacidad permanente total, absoluta o por gran invalidez; la pensión de jubilación o las pensiones de viudedad y -de manera más discutible- de orfandad. También algunas pensiones en favor de familiares.

la unidad de convivencia y de otras variables, como la discapacidad de alguno de los miembros de la unidad familiar o el carácter monoparental de la misma. Quienes no superasen ese umbral, y reuniesen el resto de requisitos, accederían a una prestación cuyo importe también variará en función de la situación familiar⁴⁷.

Sin entrar a profundizar en los demás los requisitos de acceso a la prestación, que son muchos, nos detenemos en uno solo que es, además, hipotético: El posible deber del beneficiario de aceptar una oferta de empleo adecuada que le sea comunicada por el servicio público de empleo. En efecto, una de las principales críticas políticas que se alzaron contra esta medida legislativa fue el fomento de la inactividad voluntaria que, según muchos, ocasionaría esta prestación, a la que calificó como un “subsidio a la ociosidad”⁴⁸. En las discusiones iniciales sobre esta prestación, la respuesta a esa recusación fue que el ingreso mínimo vital constituía una renta excepcional, para casos en los que la persona cayese coyunturalmente en una situación especialmente desfavorable, y condicionada siempre al compromiso laboral del beneficiario cuando encontrase una oportunidad de empleo⁴⁹.

Sin embargo, en el texto inicial de la norma no aparecía ninguna condición que obligase al beneficiario de la prestación a aceptar una oferta de empleo. Aunque esto pasó desapercibido para muchos, fue una de las principales exigencias de la Confederación de Empresarios para permanecer en el pacto social⁵⁰. A pesar de ello, ninguna de las múltiples reformas a las que se ha sometido el ingreso mínimo

47 oscilando a día de hoy, en los casos generales, entre los 5.899,6 euros para una única persona, hasta los 12.799 euros como máximo para el caso de una pareja con tres o más hijos.

48 *Vid.* La Sexta, Al Rojo Vivo, 17 de junio de 2020: “El empresario Antonio Hernández cree que el Ingreso Mínimo Vital acostumbra a la gente “a la ociosidad”. Accesible en https://www.lasexta.com/programas/al-rojo-vivo/noticias/el-empresario-antonio-hernandez-acusa-al-ingreso-minimo-de-adoctrinar-a-gente-que-se-acostumbra-a-la-ociosidad_202006175eea04011a23fe0001b7f3e2.html (último acceso el 23 de junio de 2023).

49 Diario el comercio, 6 de octubre de 2021, “El importante aviso de la Seguridad Social a quienes reciban el Ingreso Mínimo Vital. Salvo excepciones, tanto los beneficiarios de la prestación como los miembros de la unidad de convivencia deben estar inscritos como demandantes de empleo”. Accesible en: <https://www.elcomercio.es/sociedad/seguridad-social-requisito-ingreso-minimo-vital-20211006120452-nt.html> (último acceso el día 20 de junio de 2023).

50 Así describía por la prensa esta polémica a los pocos días de entrada en vigor de la norma: “Unas de las principales críticas de los empresarios a la renta mínima es que puede desincentivar la búsqueda activa de empleo. Al obtener cierto dinero del estado, se corre el riesgo de que los beneficiarios pierdan el interés por buscar trabajo y salir de su situación de pobreza. Así las cosas, según ha podido saber Confidencial Digital por fuentes conocedoras de la redacción de la medida que se debate este viernes en el Consejo de Ministros, los beneficiarios en paro, además de tener que estar inscritos como demandantes de empleo como ya se contemplaba, perderán la ayuda en caso de “rechazar un trabajo adecuado” Diario El Confidencial de 29 de mayo de 2020: Los beneficiarios de la renta mínima que rechacen un trabajo perderán la ayuda. Accesible en: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/dinero/beneficiarios-renta-minima-rechacen-trabajo-perderan-ayuda/20200528215326145855.html> (último acceso el día 20 de junio de 2023).

vital en su corta andadura ha introducido expresamente esa exigencia. Tampoco lo hace la más reciente *Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital* que recopila y sistematiza todos los cambios habidos hasta hoy. Si acudimos a su artículo 36, relativo a las *obligaciones de las personas beneficiarias*, no encontraremos ninguna relativa a la aceptación de una eventual oferta empleo. Solo existe el compromiso de participar en *las estrategias de inclusión* que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y, también se exige a los beneficiarios que estén desempleados -reparemos en que el percibo del ingreso mínimo vital es compatible con el trabajo- la inscripción como demandantes de empleo en el correspondiente servicio público de empleo (art. 36.1 g del vigente texto normativo). Y es aquí donde procede hacer una distinción técnico-jurídica de importancia que ayuda a entender la posible confusión habida en este asunto: la inscripción como demandante de empleo no obliga a participar en las ofertas de empleo que comunica el servicio público de empleo; esta obligación solo nace a partir del denominado *compromiso de actividad* -o *acuerdo de actividad* en la terminología actual-. Será solo la suscripción de este otro documento, el acuerdo de actividad, lo que impondrá la obligación de aceptar la oferta de trabajo de la que informe el servicio de empleo, no la demanda de empleo, que puede suscribirse sin asumir ningún compromiso de este tipo⁵¹. Resulta muy curioso constatar como el percibo de las prestaciones por desempleo, tanto en el nivel contributivo como en el cuasiasistencial, se condiciona a un doble requisito (art. 299.c LGSS): 1) Inscribirse como demandante de empleo y mantener la inscripción. 2) Suscribir y cumplir las exigencias del acuerdo de actividad. Sin embargo, en el caso del ingreso mínimo vital, solo se ha exigido el primero de estos requisitos, la demanda de empleo, que solo evidencia una búsqueda de ocupación, pero no impone, insistimos, una obligación de aceptar la eventual opción de colocación que sea ofertada por el servicio de empleo. Sobre la suscripción del compromiso de actividad, nada se dice en la norma reguladora del ingreso mínimo vital, lo que es muy llamativo, pues como con atino ha sido advertido por algún exponente doctrinal: “no refleja esta exclusión el objetivo principal que el ingreso mínimo vital declara tener en su Exposición de motivos: la integración de las personas vulnerables y la incentivación de su participación en el mal llamado mercado laboral”⁵².

En la primera versión de la norma -alumbrada en los albores de la pandemia, en el marco de una coyuntura de emergencia social- se pudo pensar que la exclusión de este requisito, el compromiso de actividad, pudo ser una omisión inconsciente del Legislador. Si atendemos a las sucesivas reformas por las que ha pasado el

51 Lo que es frecuente, por ejemplo, en lo que ha dado en llamarse *demanda de mejora de empleo*: aquella que suscriben los trabajadores en activo que buscan otra ocupación.

52 Pepa Diosdado Burriel Rodríguez, “Las obligaciones de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital: las infracciones y sanciones previstas y su posible incidencia en la coordinación de prestaciones de la seguridad social a nivel europeo”, en *E-Revista Internacional De La Protección Social*, 5(2), (2020): 94-114, 104.

régimen de la prestación, y si observamos que, entretanto, la inclusión de este requisito ha sido una exigencia expresa de algunos agentes sociales, podríamos concluir que su no incorporación al texto legal es una decisión consciente del Legislador, que por cualquier razón -la exposición de motivos no da ninguna pista al respecto-, ha optado por no incluirlo entre los presupuestos necesarios para el reconcomiendo y mantenimiento de esta prestación.

Toda la explicación precedente sobre el régimen jurídico del ingreso mínimo vital busca abundar en la idea que exponíamos anteriormente: la honda implicación conceptual que tiene la regulación de los aspectos más técnicos o minuciosos de una institución jurídica determinada. En lo que a nosotros más nos incumbe, cabría preguntarse hasta qué punto esta concreta regulación de los requisitos de acceso al ingreso mínimo vital resulta coherente con el deber constitucional de trabajar y el contenido que venimos atribuyéndole a este. Tal y como está configurada esta prestación, permite a un ciudadano colocarse en una situación pasiva en la relación distributiva del Estado sin comprometer ninguna aportación profesional. Quizás a este respecto quepa distinguir entre los principios expresados por la norma que regula el ingreso mínimo vital y su concreción técnica. En el primer nivel, el de los principios, esta se presenta como una protección marginal que exige la voluntad de trabajar de los beneficiarios de la prestación. Así se presentó políticamente y así se explica la exigencia de la inscripción como demandante de empleo. También la obligación de someterse las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (art. 36.1.h). En el nivel de su concreción técnica, ese espíritu se devalúa, de manera pretendida o no por el Legislador, hasta llegar a proteger al ocioso voluntario y contumaz que rehúsa cualquier oferta de colocación profesional. Eso asimila el ingreso mínimo vital a las rentas básicas incondicionales, como la renta básica universal, que, según defenderemos en el último capítulo, resultan incompatibles con el deber constitucional de trabajar.

VII. Bibliografía

- Alonso Olea, Manuel. «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo». AA.VV. (Sempere Navarro, Antonio Vicente, dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones, 2003.
- Aparicio Tovar, Joaquín. «La Seguridad Social en la Constitución», en AA.VV. (Sempere Navarro, Antonio Vicente, dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003: 787-814
- Anisi, David. *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo*, Madrid, Alianza, 1997.
- Becker, Lawrence C. «The obligation to work». *Ethics* núm. 91.1, 1980: 35-49, 44.

- Borrajo Dacruz, Efrén. «El modelo constitucional de Seguridad Social en España». *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982: 25-42.
- Brunet Icart, Ignasi, y Belzunegui Ángel, *Flexibilidad y formación: una crítica sociológica al discurso de las competencias*. Barcelona, Icaria Economía, 2003.
- Burriel Rodríguez, Pepa Diosdado. «Las obligaciones de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital: las infracciones y sanciones previstas y su posible incidencia en la coordinación de prestaciones de la seguridad social a nivel europeo». *E-Revista Internacional De La Protección Social*, núm. 5 (2), 2020: 94-114
- Cholbi, Miachel. «The Duty to Work». *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 21, núm. 5, 2018: 1119-1133.
- Crisafulli, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Roma, Giuffrè, 1952.
- Cruz Villalón, Jesús. «El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, vol 1, 2003: 357-386
- Dahrendorf, Ralf. *El conflicto social moderno*. Madrid, Biblioteca Mondadori, 1993.
- Díez-Picazo Giménez, Luís María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.
- Garrido Gómez, María Inmaculada. *Análisis e implicaciones de los derechos sociales*. Madrid, Dykinson, 2021.
- Gil y Gil, José Luís. «El derecho a un trabajo digno». AA.VV. (dir. Escobar Roca, G.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2012: 949-1016.
- Groppi, Angela. «Le devoir de travailler jusqu'à la fin de ses jours: Le travail des personnes âgées dans la Rome pontificale (xviie-xixe siècles)». *Mélanges de l'École française de Rome-Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, vol. 123, núm. 1, 2011: 25-32.
- Guamán Hernández, Adoración y Sánchez Ocaña, José Manuel. «Cuarenta años de Constitución del Trabajo: historia de un proceso deconstituyente». *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, núm. 20, 2017: 183-246.
- Hepple, Bob. «A right to work», *Industrial labor journal*, vol. 10, 1981: 65-83.

- Hepple, Bob. «Some Problems of Comparing Socialist and Capitalist Systems of Labour Law». *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 1, núm. 4, 1985: 235-240.
- Jeammaud, Antoine. «La constitutionnalisation rampante du droit du travail français», *Les Cahiers de droit*, vol. 48, núm. 1-2, 2007, 93-119.
- Landa Zapirain, Juan Pablo. «Constitución y futuro del modelo español del derecho del trabajo del próximo siglo». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 2, 2000: 155-184.
- Legarreta Esteban, Ricardo. «Crisis de empresa y pensiones», en AA.VV. (dirs. Espuny Tomás, M^a.J., y Paz Torres, O.), *Crisis y ocupación*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2010: 237-261.
- Lo Voulo, Ruben. «La economía política del ingreso ciudadano». AA.VV., *Contra La Exclusión: La propuesta del ingreso ciudadano*. Madrid, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas, 2004: 109-169.
- Lodemel, Ivar y Trickey, Heather. *An offer you can't refuse. Workfare in international perspective*. Bristol, Policy Press, 2001.
- Martín Valverde, Antonio. «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del tribunal constitucional». *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983: 105-167.
- Martín Valverde, Antonio. *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo*. Madrid, Tecnos, 2020.
- Mercader Ugina, Jesús R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Miravet Bergón, Pablo. «Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible». *Anuario de Filosofía del Derecho del Ministerio de Justicia y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, núm. 17, 2000: 359-393.
- Miravet Bergón, Pablo. *Estado Social, Empleo y Derechos. Una Revisión Crítica*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- Monereo Pérez, José Luís. «La protección legal por desempleo y sus niveles de protección». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 6, 2016, 29-67.
- Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo* (Madrid, Tecnos, 2023).
- Nogueira Guastavino, Magdalena. «Artículo 35». AA.VV. (dirs. Casas Baamonde, M.E y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, XXX Aniversario. Madrid, Wolters Kluvers., 2008: 1185-1209.

- Offe, Claus. *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas del futuro*. Madrid, Alianza, 1992.
- Raffass, Tania. «Unemployment and punitive activation as human rights issues». *Australian Journal of Human Rights*, vol. 20, núm. 1 (2014): 1-30.
- Romagnoli, Umberto. «Diritti sociali e Costituzione: dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriosa». AA.VV., (ed. Casadio, G.), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Roma, Ediesse, 2006.
- Roman, Diane. «Devoir de travailler et protection sociale: d'une problématique de la dette sociale à la question des devoirs sociaux». *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 1, 2009: 63-78.
- Sánchez-Urán Azaña, Yolanda. *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas (1995).
- Vigo Serralvo, Francisco. *El derecho al trabajo. Un primigenio y alternativo proyecto de Estado social*, (Cizur-Menor, Aranzadi, 2019).

SISTEMA ESPECIAL DEL HOGAR, ¿SE HA CONSEGUIDO LA PLENA EQUIPARACIÓN CON EL RESTO DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN GENERAL?

M^a ALEXANDRA DÍAZ MORDILLO

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

Resumen

Las relaciones laborales del empleo doméstico presentan las características generales definitorias del trabajo por cuenta ajena: voluntariedad, ajenidad y dependencia. Aun así, encontramos ciertas particularidades que han ocasionado la existencia de un tratamiento diferenciado en materia laboral y social a lo largo del tiempo, influido por diferentes factores.

La Disposición Adicional 39^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, integró el Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Régimen General, equiparando de manera progresiva la cotización al nuevo encuadramiento, permitiéndoles disfrutar, al menos en teoría, de una protección social igualmente equiparable. No obstante, no ha sido hasta el 1 de octubre de 2022, cuando las personas empleadas del hogar han podido optar a la protección por desempleo contributivo y asistencial.

Materializado este importante logro, conviene preguntarse ahora si realmente se ha conseguido una completa equiparación en derechos con el resto de los trabajadores del Régimen General.

Palabras clave:

Empleo doméstico; sistema especial; régimen general; desempleo; transfronterizos; hogar

I. Año 2012: De cómo un Régimen Especial se convierte en Sistema Especial

Las relaciones laborales del empleo doméstico presentan las características generales definitorias del trabajo por cuenta ajena: voluntariedad, ajenidad y dependencia. No obstante, encontramos ciertas particularidades que han ocasionado la existencia de un tratamiento diferenciado en materia laboral y social a lo largo del tiempo, influido por diferentes factores¹.

Es evidente que existen especialidades que no se dan en otras relaciones laborales. En primer lugar, la persona empleadora no tiene entidad empresarial y la prestación de servicios se desarrolla dentro de la esfera privada familiar, marcada, en ocasiones, por la parcialidad, la pluralidad de empleos² y la intermitencia³. Se da la circunstancia de que la mayoría de estos trabajadores son mujeres⁴ y, además, de nacionalidad extranjera⁵ en un alto porcentaje⁶. La infravaloración del empleo

1 Espuny Tomás, María Jesús: “El servicio doméstico: Historia de una exclusión jurídica continuada”, en *Relaciones Laborales y empleados del Hogar: reflexiones jurídicas*, María Jesús Espuny Tomás, Guillermo García González y Margarita Bonet Esteban (Coord.), páginas 27-60. Madrid, Dykinson, 2015. ISBN 978-84-9031-793-8.

2 López Gandia, Juan: *La convergencia entre regímenes de la Seguridad Social*, Temas Laborales, núm. 81, 2005, páginas 207-226 (pág. 219). ISSN 0213-0750. Se proponía, al igual que en otras actividades, aplicar el régimen jurídico propio de la modalidad de trabajo a tiempo parcial también en materia de seguridad social. Se trataría de una medida importante que haría recaer la cotización sobre el empleador y no sobre los propios trabajadores, aunque el obligado a ingresar las cuotas en su caso siguiera siendo el empleado de hogar (como en el caso de los representantes de comercio). Es necesario aplicar fórmulas para equiparar estos empleos al régimen general, que deberían haberse tenido en cuenta con carácter previo a la integración.

3 Miñarro Yanini, Margarita: *La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I)*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 4, 2012, páginas 73-93 (pág. 49). ISSN 0213-0556. Se indica así que la propia morfología del trabajo doméstico está compuesta por el perfil laboral que más debilidades presenta en el ámbito profesional y social.

4 <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST291> La afiliación media del mes de noviembre de 2023 se sitúa en un total de 372.087 trabajadores del Sistema Especial de personas Empleadas del Hogar. De ellas, 355.740 son mujeres y 16.347 varones. Si observamos la nacionalidad, 168.185 son extranjeros (comunitarios y extracomunitarios), de los que 158.729 son mujeres y 9.456 varones.

5 Patino Alonso, María Carmen, Vicente Galindo, María Purificación y Galindo Villardón, María Purificación: *Perfil multivariante de las mujeres empleadas del servicio doméstico*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 2, 2011, páginas 13-44. ISSN: 1131-8635

6 Fuerte feminización del empleo doméstico. Los datos disponibles muestran una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 95,60%, y el 4,4% restante, a hombres.

doméstico puede incurrir en desigualdad⁷ y ahondar en la brecha de género laboral y pensional⁸.

La existencia de relaciones laborales especiales permite regular aquellos empleos que se alejan de las relaciones laborales convencionales, facilitando una protección adecuada frente a las situaciones de necesidad.

La protección social de los empleados de hogar ha estado condicionada por la distinción entre quienes realizaban ese trabajo de forma exclusiva y permanente para un cabeza de familia y quienes lo realizaban con carácter parcial o discontinuo para uno o varios cabezas de familia, siendo considerados, a efectos de obligaciones de Seguridad Social, como trabajadores por cuenta ajena los primeros y propia los últimos (lo que en la práctica suponía trasladarles las obligaciones de alta y cotización)⁹.

El Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico iniciaba un periplo normativo destinado a visibilizar el trabajo de un colectivo en el que predomina la precariedad y la economía sumergida¹⁰. No obstante, esta precariedad histórica ha ocasionado que no exista una normativa específica que considere las actividades domésticas por cuenta ajena incluidas dentro del Derecho del Trabajo hasta la publicación del Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial de empleados de hogar, que permitió aclarar muchos aspectos laborales que permanecían ajenos a toda regulación¹¹.

El Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regulaba la relación laboral de carácter especial recogida, por aquel entonces, en el artículo 2.1 b) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Actualmente se encuentra regulada en el Real decreto 1620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

A nivel de protección social, la existencia de diferentes regímenes supone un fraccionamiento del sistema y posibles deficiencias en la cobertura. Este hecho,

7 Grau Pineda, Carmen: *De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*. Lex Social: Revista De Derechos Sociales, núm. 9(2), 2019, páginas 47-90. ISSN 2174-641.

8 Gimeno, Beatriz: *El debate sobre el trabajo doméstico*, Revista Transversales, núm. 20, 2010.

9 Muñoz Molina, Julia: *Del Régimen Especial de empleados del hogar al Sistema Especial de empleados del hogar. Protección social*. La revista jurídica de los derechos sociales, vol. 9, núm. 2/2019, 2019, páginas 420-440 (pág. 423). ISSN: 2174-6419.

10 López Villagrasa, Ascensión: *Empleadas del Hogar, ¿Trabajadoras de Segunda?*, Cáritas, Revista, marzo-abril 2022. Disponible en: <https://www.caritas.es/blog/trabajadoras-de-segunda/> (Acceso 17-12-2023).

11 Quesada Segura, Rosa: *El contrato de servicio doméstico en la legislación de Trabajo*, Madrid, La Ley, 1991, páginas 29-48.

provoca desigualdad¹². Por ello, la Comisión del Pacto de Toledo, desde su versión inicial de 1995 (Recomendación sexta), propugna, siempre que sea posible, la simplificación de regímenes recogida en el artículo 10 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 (TRLGSS). Las renovaciones posteriores del Pacto de Toledo (2003, 2011 y 2020) mantienen la propuesta de reducir el número existente de regímenes para confluir en dos únicos, uno por cuenta ajena y uno por propia y que todos los trabajadores puedan ser encuadrados en alguno de ellos. Así, el Acuerdo de medidas en materia de Seguridad Social, del 13 de julio de 2006 inicia el estudio de la situación laboral de las personas que desempeñan empleos del hogar en aras a su integración en el Régimen General. Este Acuerdo supone el nacimiento del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre¹³, así como la introducción de la Disposición Adicional 39^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que, equiparando de manera paulatina la cotización del colectivo a la de los trabajadores del Régimen General, permitiría aplicar una protección social igualmente equiparable¹⁴. Una menor protección del colectivo ante situaciones de necesidad contribuye a mantener la desigualdad entre géneros, prohibida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁵.

Así, con efectos del 1 de enero de 2012, el Régimen Especial de Empleados del Hogar se convierte en un Sistema Especial de Personas Trabajadoras del Hogar, integrado en el propio Régimen General¹⁶. Esta integración, al igual que la de los trabajadores agrarios por cuenta ajena y al contrario de otras integraciones anteriores (escritores de libros, representantes de comercio, toreros, artistas...), se produce de manera progresiva y, manteniendo ciertas particularidades en materia de acción protectora contrarias con lo dispuesto en el artículo 11 del TRLGSS.

12 Molins García-Atance, Juan: *La reforma del régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Revista de Información Laboral, Legislación y Convenios Colectivos, núm. 3, 2008, páginas 1-8 (pág. 1). ISSN 2172-5268.

13 Rodríguez Cardo, Iván Antonio: *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Revista del Ministerio de Empleo y seguridad social, núm. 118, 2015, señala que “el grupo de expertos no llegó a constituirse, y tampoco consta una evaluación en el sentido de la norma. El cambio de Gobierno, y seguramente de prioridades, explica la falta de actividad en este ámbito”.

14 Martínez Lucas, José Antonio: *El Sistema Especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar*. Actualidad Laboral 21-22, núm.21, 2011, Wolters Kluwer. Indica que, con la publicación de esta norma, nos encontramos con un hecho insólito: una norma reglamentaria que, desde el mismo momento de su entrada en vigor, debe ser adaptada a una norma legal (p.1).

15 Selma Penalva, Alejandra: *Novedades en el régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas*. Actualidad Laboral, núm. 2, 2012, (pág. 6). Wolters Kluwer. ISSN 0213-7097

16 Miñarro Yanini, Margarita: *La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I)*, Cuadernos de Relaciones Laborales, *Ibidem*.

La plena integración en el Régimen General se iniciaba con un periodo transitorio de seis meses, hasta el 30 de junio de 2012, en el que empleadores y empleados deberían regularizar su inclusión en el nuevo sistema especial¹⁷. Esta integración tendría efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiera comunicado el cumplimiento de tales condiciones, siendo de plena aplicación las normas reguladoras del Sistema Especial desde ese momento. Hasta entonces, se seguía aplicando el régimen jurídico correspondiente al Régimen Especial de Empleados de Hogar¹⁸.

La norma también comprendía instrucciones en el supuesto de incumplimiento de los deberes de regularización. Si se trataba de empleados a tiempo completo que prestaban sus servicios de manera exclusiva y permanente para un único empleador, quedarían integrados, en todo caso, a partir del 1 de julio de 2012, con arreglo a la base de cotización establecida en el tramo superior de la nueva escala de cotización. Sin embargo, si se trataba de empleados a tiempo parcial o discontinuo que prestaban servicios a uno o más empleadores, quedaban automáticamente excluidos del Sistema Especial con la baja en el Régimen el 1 de julio de 2012, salvo que estuvieran percibiendo subsidios de Incapacidad Temporal, Nacimiento o Riesgo durante el embarazo, motivo por el que se prorrogaría la exclusión hasta su finalización. Se corría así el riesgo de expulsar del sistema a los trabajadores más vulnerables (discontinuos) situándoles nuevamente en situación de vulnerabilidad y empleo sumergido¹⁹. No obstante, las estadísticas oficiales demuestran que no sólo se regularizó la situación de aquellas personas que ya estaban afiliadas al Régimen Especial, sino que la puesta en marcha del nuevo

17 Muñoz Molina, Julia: *Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*. Relaciones Laborales, núm. 4, 2013. Wolters Kluwer.

18 Sendín Blázquez, Alberto: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar: cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*. Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social -FIPROS-). Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/f0d5fd7f-66d7-4477-a459-f39dce7f598d/17_F06.pdf?MOD=AJPERES (Acceso 17-12-2023).

19 De La Villa Gil, Luís Enrique: *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 la Seguridad Social, núm. 26, 2011. ISSN-e 1696-9626. Señala que la economía sumergida por egoísmo debe ser perseguida por los poderes públicos a través de todos sus medios, sin escatimar esfuerzos de organización. También: Miñambres Puig, César.: *El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar*, Revista española de Derecho del Trabajo, núm. 157, páginas 111-133, 2013, ISSN 0212-6095, que señala como ya se han dejado oír voces que anuncian un incremento paulatino de la economía sumergida como consecuencia del incremento de los costes sociales del servicio del hogar familiar.

sistema supuso el afloramiento de una parte muy importante del empleo sumergido hasta el momento²⁰.

La integración supone que tanto la afiliación, altas, bajas o variaciones de datos de los trabajadores del hogar integrados deben realizarse aplicando los mismos criterios que se utilizan para el resto de los trabajadores del régimen general, computando los mismos plazos.

La responsabilidad del ingreso de las cuotas sociales quedaba a cargo del empleador conforme a la normativa establecida en el Régimen General, no obstante, a efectos de cotización no se tendrán en cuenta los salarios realmente percibidos, sino que se utilizaría un sistema de bases tarifadas distribuidas por tramos (de aplicación paulatina para no encarecer los costes sociales de manera desmesurada y repentina). A efectos de determinar la retribución mensual del empleado del hogar para identificar el tramo de cotización adecuado, el importe percibido mensualmente deberá ser incrementado con la parte proporcional de las pagas extraordinarias que tenga derecho a percibir.

Durante los ejercicios 2012 y 2013 se aplicó una reducción del 20% en las cotizaciones por la contratación de las personas que prestaran servicios en el hogar familiar y hubieran quedado incorporadas en este Sistema Especial, siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de integración de este sistema en el Régimen General como Sistema Especial. Reducción que se ampliaría con una bonificación del 45%, en las familias numerosas, en los mismos términos de las reducciones y bonificaciones que ya se venían practicando en el régimen especial.

El periodo transitorio para equiparar las bases de cotización a las del Régimen General, debería haber terminado el 31 de diciembre de 2018, tal y como establecía la Disposición Adicional 39^a de la Ley 27/2011. A partir del 1 de enero de 2019, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarían conforme a lo establecido en el artículo 109 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (hoy 147 del TRLGSS de 2015), sin que la cotización pudiera ser inferior a la base mínima que se estableciera legalmente. Sin embargo, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para ese ejercicio prorrogó su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2023 (reforzado por la Disposición Adicional 16^a del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar).

20 <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST291> En el mes de diciembre de 2011 figuraban afiliados al Régimen Especial de Empleados del Hogar un total de 213.693 trabajadores fijos y 83.256 discontinuos (296.949 en total). Si observamos el primer mes tras la regularización, julio de 2012, el total de empleados del hogar ascendió a 349.033 personas.

En cuanto a las prestaciones causadas a partir del 1 de enero de 2012, a los trabajadores considerados a tiempo parcial dentro del nuevo sistema especial, se le aplicarán las normas establecidas en el Régimen General. En caso de pluriempleo, cuando un empleado tuviera varios contratos a tiempo parcial y la suma de sus bases de cotización fuera equivalente a la de un trabajador a tiempo completo, se procedería a sumar todas las bases (con aplicación del tope máximo) y tiempo trabajado a efectos de asimilarles a trabajadores a tiempo completo para causar prestaciones. Si el empleado de hogar trabajaba simultáneamente a tiempo completo para un empleador y a tiempo parcial para otro, la determinación de la porción de la base reguladora diaria correspondiente a cada uno de dichos empleos se efectúa de acuerdo con su régimen (completo o parcial) correspondiente, sin que la base reguladora pudiera superar el tope máximo de cotización.

En esos momentos se daba la particularidad de que existían trabajadores que causaban subsidios de nacimiento, incapacidad temporal o riesgos estando integrados en el nuevo sistema especial, pero el periodo aplicable a la base reguladora a tener en cuenta estaba compuesto por cotizaciones al antiguo régimen especial. En estos supuestos, y teniendo en cuenta el carácter de renta sustitutiva que tienen los subsidios, se tomarán únicamente las cotizaciones realizadas al Sistema Especial de pertenencia en el momento del hecho causante.

A partir del 1 de enero de 2012, las personas trabajadoras del hogar tendrán derecho al subsidio por incapacidad temporal en caso de enfermedad común o accidente no laboral desde el cuarto día de la baja médica (anteriormente se percibía a partir del vigesimonoveno día), corriendo a cargo del empleador la prestación desde los días cuarto al octavo, ambos inclusive. A partir del noveno día, se prevé el abono de la prestación en régimen de pago directo.

Para el cálculo de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, si se trata de trabajadores a tiempo completo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. Es decir, la base reguladora estará constituida por la base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior al de la baja médica, dividida por treinta. En el supuesto de trabajadores a tiempo parcial, hay que tener en cuenta que el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, excluye expresamente la realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial del Sistema Especial del Hogar, por lo que la base reguladora estará constituida por el promedio de las bases de cotización de los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, sin que proceda aplicar el promedio de las horas extraordinarias.

Por otro lado, a partir de la fecha de efectos de la baja en el Régimen Especial y alta en el Sistema Especial y, en todo caso, desde el 1 de julio de 2012, tanto si se

trata de trabajadores a tiempo completo como de trabajadores a tiempo parcial, la base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia, derivadas de contingencias profesionales, será equivalente a la base de cotización mensual del empleado de hogar en la fecha del hecho causante de la prestación.

Sobre el cómputo recíproco de cotizaciones, aunque no se dice nada en la Disposición Adicional 39^a de la Ley 27/2011, no cabe sino entender, que las cotizaciones satisfechas en el extinguido Régimen Especial se entienden efectuadas al Régimen General, con idéntica validez que las pertenecientes al nuevo Sistema Especial, teniendo plena validez tanto para perfeccionar el derecho como para determinar la cuantía de las prestaciones previstas en la acción protectora del Régimen General a las que puedan acceder estos trabajadores.

Posteriormente se publican otras normas que van perfilando la relación laboral y de protección social de estas personas, como el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social o el importantísimo Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

II. ¿Qué personas trabajadoras se encuentran incluidas en el Sistema Especial?

Con la inclusión del colectivo en el Régimen General, desaparece el requisito de las 72 horas mínimas de trabajo para ser considerados como trabajadores del hogar²¹. Es decir, desde el año 2012 se incluyen en el sistema especial todos los trabajadores domésticos, cualquiera que sea el número de horas trabajadas, siempre que el objeto de la relación laboral, en la línea definida por el artículo 1.a) del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sean los servicios o actividades prestadas para el hogar familiar desempeñando cualquier tarea doméstica, cuidado de todo el hogar o cualquiera de sus partes, cuidado de las personas de la familia o, incluso de los animales domésticos, guardería, jardinería o conductor de vehículos (salvo lo previsto en el artículo 136 del TRLGSS).

Por el contrario, no podrán encuadrarse dentro de este sistema especial aquellas relacionales laborales concertadas con personas jurídicas de carácter civil o mercantil, no contratadas directamente por los titulares del hogar familiar, aunque

21 La Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 9 de noviembre de 1971 consideró que, a efectos de su inclusión en el régimen especial, el empleado de hogar debía justificar como mínimo una dedicación de 72 horas al mes, que habrían de ser efectuadas, al menos, durante doce días de cada mes. Este criterio fue confirmado por la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 5 de noviembre de 1985.

el objeto del servicio sean tareas domésticas. Estas contrataciones se regirán por la normativa laboral común.

También se considera de carácter común la relación del titular de un hogar familiar con un trabajador que, además de prestar servicios domésticos en aquel, deba realizar, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador. Dicha presunción se entiende salvo prueba en contrario que demuestre que estos servicios no domésticos tienen un carácter marginal o esporádico.

Idéntico tratamiento debe seguirse con aquellos cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o entidades privadas (relación laboral común). Sin embargo, los cuidadores no profesionales que cuiden continuamente a una persona dependiente en su domicilio, siendo personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesional, se regirán específicamente por lo previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

No se entienden comprendidos en el ámbito de este sistema especial, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza laboral, aquellos trabajos realizados de manera benévola, amistosa o de buena voluntad. Tampoco las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas “a la par” o “aupair”, mediante las que se prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas u otros, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos.

III. La cotización en el Sistema Especial de personas Empleadas del hogar

La integración en el Régimen General ha supuesto, al menos en teoría, la plena equiparación con éste a efectos de cotización. El sujeto responsable de la obligación de cotizar es el titular del hogar familiar ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia donde se presten los servicios domésticos.

Además, si existiera convivencia entre personas no unidas por vínculo familiar, será titular el que ostente la titularidad de la vivienda o aquella que asuma la representación, pudiendo recaer de forma sucesiva en cada uno de ellos.

A efectos de cotización, la integración en el Régimen General supuso pasar de una cuota única a un sistema de Bases Tarifadas, actualmente divididas en ocho tramos de manera proporcional al salario percibido, incluyendo todas las retribuciones, independientemente de la periodicidad de estas.

Los tipos de cotización aplicados son idénticos a los establecidos para el Régimen General²², es decir, el 28,30 por ciento para las contingencias comunes, siendo el 23,60 por ciento a cargo del empleador y el 4,70 por ciento a cargo del empleado. Para la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sobre la base de cotización que corresponda se aplicará el tipo de cotización previsto al efecto en la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, a cargo exclusivo del empleador²³.

En el sistema especial de personas empleadas del hogar también se han establecido una serie de beneficios de cotización con bonificaciones en la aportación empresarial que serán aplicables en determinados supuestos, algunos pendientes de desarrollo reglamentario.

El mantenimiento de bases tarifadas de cotización supone una desventaja en comparación con el resto de los trabajadores del Régimen general, ya que, al no ser proporcionales al salario percibido, las prestaciones en las que puedan derivar tampoco serán equivalentes. Por ejemplo, una persona con salario mensual (12 pagas) de 294 €, estará encuadrada en el Tramo 2 y cotizará por una base de 386 €. En el supuesto de que cause una prestación por nacimiento y cuidado del menor, su base reguladora será 386 €/mes. Una persona con un salario de 450 €, cotizará también en el Tramo 2 y percibirá la misma prestación al encontrarse ambas en el mismo tramo de cotización. No obstante, aunque ambas personas hayan cotizado igual (la misma base de cotización de 386 €), el esfuerzo contributivo ha sido mayor en la trabajadora con un salario más bajo, aunque percibirá una prestación en cuantía superior al salario, produciéndose así, un lucro carente de toda motivación. Del mismo modo, la segunda trabajadora tendrá una prestación inferior al salario sustituido, fruto de un esfuerzo menor en sus obligaciones de cotización.

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, se incluye el desempleo dentro de la acción protectora de este colectivo. Esta ampliación de la cobertura conlleva el inicio de la cotización por esta contingencia (también por el Fondo de Garantía Salarial, FOGASA), de manera obligatoria, a partir del 1 de octubre de 2022.

Hasta el 31 de diciembre de 2022, el tipo de cotización por desempleo fue del 6,05% (5% a cargo del empleador y 1,05% del empleado) y el de FOGASA de 0,2% a cargo exclusivo del empleador. A partir del 1 de enero de 2023 los

22 Para el año 2012 se mantuvo el tipo vigente en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, el 22%, así como su distribución, siendo el 18,30% a cargo del empleador y el 3,70% del empleado. Para los años sucesivos se estableció un período de aplicación paulatino hasta la plena equiparación con el Régimen General en el año 2019.

23 El tipo previsto para las Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico, epígrafe 97, es del 1,50%.

tipos se equiparan con los del Régimen General. La base de cotización será la correspondiente a accidente de trabajo y enfermedad profesional. El sistema de bases tarifadas actual se mantendrá hasta el 31 de diciembre de 2023.

Otra novedad importante introducida por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre es la eliminación, a partir del 1 de enero de 2023 de la posibilidad de que sean los propios trabajadores domésticos que realizan menos de 60 horas mensuales de trabajo²⁴, los que puedan formular directamente su afiliación, alta, baja o variaciones de datos, siendo los empleadores quienes, a partir de esa fecha, han asumido íntegramente las obligaciones en materia de cotización y encuadramiento.

Se estableció un periodo transitorio para aquellos empleadores que, antes del 9 de septiembre de 2022, hubieran diferido la responsabilidad a sus empleados, estaban obligados a comunicar a TGSS durante el mes de enero de 2023 los datos necesarios para el cálculo de cuotas, en especial, los datos bancarios para hacer efectiva la liquidación de cotizaciones (siempre que estos datos no hubieran sido comunicados con anterioridad).

Si todo se desarrolla según el calendario establecido por el Real Decreto-ley 16/2022, a partir del 1 de enero de 2024, quedará definitivamente eliminado el sistema de cotización por tramos, iniciándose la cotización de acuerdo con el salario realmente percibido.

IV. Particularidades de la acción protectora

1. Integración de lagunas

Pero de todas las particularidades que pueden tener los trabajadores domésticos, la más llamativa, sin duda, es la que se refiere a la acción protectora, ámbito en el que aún existen determinadas particularidades que les alejan del resto de trabajadores del Régimen General.

Establecen los artículos 197.4 y 209.1.b) del TRLGSS con respecto a la forma de cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, respectivamente, que, si en el período que haya de tomarse en cuenta para el cálculo de dicha base, aparecieran meses durante los cuales no hubiese

24 Posibilidad que se introduce con el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, con el objeto de flexibilizar las obligaciones sociales de estas personas, aunque existen autores que lo consideran una vuelta atrás en los logros conseguidos, como es el caso de Gala Durán, Carolina: “La protección social en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta”, en *Relaciones Laborales y empleados del Hogar: reflexiones jurídicas*, en María Jesús Espuny Tomás, Guillermo García González y Margarita Bonet Esteban (Coord.), páginas 139-178 (pág.139). Madrid, Dykinson, 2015. ISBN 978-84-9031-793-8.

existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de cotización²⁵ del Régimen General que corresponda al mes respectivo y el resto de las mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima. Es decir, si no se procediera a integrar estas lagunas, la base de cotización a tener en cuenta durante estos periodos sería de cero euros, pudiendo existir discriminación indirecta por razón de género tal y como se deduce de la aplicación de la general normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea y el Convenio 189 de la OIT.

Es el denominado “sistema de integración de lagunas de cotización” que sirve para paliar los efectos que sobre el importe de la pensión puedan tener los vacíos de cotización que hayan podido producirse a lo largo de la vida laboral por diferentes motivos. Este sistema es muy útil en aquellas carreras laborales marcadas por la intermitencia o la parcialidad, como pueden ser las de las personas trabajadoras del hogar. No obstante, para ellos no está previsto que se integren lagunas de cotización salvo cuando se trate de periodos que se sitúen en vida laboral detrás de un régimen de Seguridad Social que sí las integre, como puede ser el general, carbón o trabajadores del mar por cuenta ajena, independientemente del régimen que resuelva la pensión.

La Disposición Adicional 39^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, estableció una particularidad a la integración de los trabajadores domésticos en el Régimen General, indicando que, desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por estos profesionales, respecto de los periodos cotizados en este sistema especial, únicamente se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo establecido en los artículos 140.4 y 162.1 del TRLGSS de aquel momento (TRLGSS de 1994).

Con el nuevo TRLGSS del año 2015, esta limitación se recogía, con idénticos términos, en la Disposición Transitoria 16^a. 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, prorroga la aplicación de la Disposición Transitoria 16^a hasta el 31 de diciembre de 2020. Pero esta no será la última prórroga, ya que el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, vuelve a retrasar su puesta en marcha hasta el 31 de diciembre de 2022.

Casi agotado el plazo, es el propio Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre el que marca una nueva fecha: el 31 de diciembre de 2023.

25 Romeral Hernández, Josefa: *El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar*, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, Vol. 6, núm. 7, 2013, páginas 57-91. ISSN 1889-1209.

Por su parte, 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 ha incrementado la cuantía a tener en cuenta cuando se integran lagunas de cotización con el fin de conseguir disminuir la brecha de género al 5 por ciento. Los porcentajes a tener en cuenta, según esta norma, también están referidos a la base mínima de cotización vigente en cada momento y sustituyen los porcentajes actuales (100% durante 48 mensualidades y después el 50%) al 100% durante los primeros 5 años, el 80% durante los dos años siguientes (sexto y séptimo), para terminar con el 50% durante el periodo restante. No obstante, esta nueva redacción entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2026 y aún está por ver si en esa fecha, por fin, las personas empleadas del hogar ya habrán conseguido poder beneficiarse de esta técnica de cálculo.

Recordemos que el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo también ha contemplado la integración de lagunas de cotización para los trabajadores autónomos cuando en los periodos que hayan de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran, con posterioridad a la extinción de la prestación económica por cese de actividad, periodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar.

Sin embargo, nada se dice de los trabajadores domésticos, ¿debe entenderse por tanto que podrán beneficiarse de la integración de lagunas a partir del año 2024?, aún está por ver.

2. La protección por contingencias profesionales

Con su integración en el Régimen General, las personas trabajadoras del hogar también pudieron beneficiarse de la consideración como profesional de aquellas lesiones que se hubieran producido en el ejercicio de su actividad ya que, hasta ese momento, todas sus contingencias, independientemente del origen, eran consideradas de etiología común²⁶.

No obstante, respecto a las contingencias profesionales, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del TRLGSS. Si un titular del hogar familiar incumpliera las obligaciones de afiliación, dar de alta o cotizar por la persona empleada del hogar, no será responsable

26 La Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, les extiende la acción protectora por contingencias profesionales prevista en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establecieran reglamentariamente (Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar).

del abono de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales que le correspondiese a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al titular del hogar familiar en cuanto al pago de la cotización y de las sanciones que se deriven de la propia Real Decreto Legislativo 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. Además, teniendo en cuenta que el empleador no tiene entidad empresarial, tampoco se aplicará el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene del artículo 164.2 del TRLGSS.

Además, el artículo primero del Real Decreto-ley 16/2022 elimina el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de Riesgos Laborales²⁷, y añade una disposición adicional decimoctava, a fin de garantizar, a través del correspondiente desarrollo reglamentario, un nivel de protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora. Y, aunque, como se ha dicho, debe tenerse en cuenta que la persona empleadora no tiene entidad empresarial (no persigue el ánimo de lucro²⁸), esto no debe ser impedimento²⁹ para que estos trabajadores puedan hacer valer su derecho a la salud y disfruten de condiciones laborales en entornos seguros y saludables. Por tanto, es deseable que se desarrolle lo más rápidamente posible el derecho a la seguridad y salud del personal al servicio del hogar familiar, de forma que contemple las obligaciones preventivas reguladas con carácter general en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales acomodándose a las especiales condiciones en que se efectúa el trabajo doméstico y a la particular naturaleza de la misma³⁰. Todo ello en consonancia con el derecho fundamental recogido en el artículo 15 de la Constitución (derecho a la vida y a la integridad física), además de la correspondiente obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo del artículo 40.2 del mismo texto normativo³¹.

27 Que suponía la exclusión completa Sempere Navarro, Antonio Vicente: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 2001, (pág.71). ISBN 84-470-0820-7

28 Se afirma por tanto que la no persecución de ánimo de lucro por el empleador es una cuestión irrelevante, ya que prevalece la relación de especial confianza entre ambos. Herrera Duque, María Jesús: *El concepto de relación laboral especial del servicio del hogar familiar en la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, Revista Documentación Laboral, núm. 32, 1990, páginas 319-332 (pág. 327). ISSN 0211-8556.

29 STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 9 de enero de 2017 (Rec. 2229/2016).

30 García Gonzalez, Guillermo: *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica de la dogmática jurídica*, Madrid, Dykinson, 2022. ISBN 978-84-1122-792-6

31 Méndez Úbeda, Maria Cristina: *Algunas consideraciones en materia de prevención de riesgos laborales para los empleados de hogar al Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Pinceladas de propuestas básicas sobre su aplicación*. e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. 8, núm. 1, 2023, páginas 189-217 (pág.191). ISSN-e 2445-3269

Si hablamos de enfermedades profesionales, indicaba la STS 747/2022, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2022 (Rec. 3353/2019), que el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, recoge enfermedades profesionales de actividades desarrolladas principalmente por varones, como pueden ser las relacionadas con la construcción, o desarrolladas por ambos sexos, como las del personal sanitario. No obstante, no establece ningún tipo de protección reforzada para enfermedades que se generan en profesiones altamente feminizadas. Esto supone una discriminación indirecta por razón de sexo que deja en clara desventaja a las profesiones desarrolladas mayoritariamente por mujeres. El Alto Tribunal indica que el listado de enfermedades profesionales no debe ser cerrado ni indicativo, sino debe tratarse como una lista abierta, poniendo el foco en la necesidad de introducir una perspectiva de género en la valoración judicial para suplir las deficiencias de la norma.

La disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre establece el compromiso de creación de una comisión de estudio cuyo objetivo es la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades profesionales regulado en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre.

Resulta de vital importancia poner en el punto de mira la precariedad de profesiones altamente feminizadas (cuidadoras, temporeras...) y determinar el origen profesional de sus dolencias que, en la mayoría de los casos, se reconocen como derivados de enfermedad común. Esta valoración debe hacerse extensiva también a las personas trabajadoras del hogar que, como se ha señalado, en su mayoría son mujeres, reconociendo como profesionales aquellas enfermedades que así lo sean. De esta forma se evitaría, tal y como indica la STS reseñada, que estas mujeres deban acudir a la vía judicial para realizar una correcta clasificación del mal que las aqueja.

3. La responsabilidad en orden a las prestaciones por contingencias comunes

La exigencia de responsabilidad en el pago de prestaciones derivadas de contingencias comunes, cuando existe un incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización, serán de aplicación las mismas normas que en el Régimen General.

4. El subsidio de incapacidad temporal en el Sistema Especial de personas trabajadoras del Hogar

Las personas que desarrollan servicios domésticos tienen derecho a percibir el subsidio por incapacidad temporal en los mismos términos y condiciones del resto

de trabajadores del Régimen General, si bien, presentan ciertas particularidades en torno al pago.

Para un trabajador ordinario, el subsidio causado por contingencias comunes se abona en régimen de pago delegado, con carácter general, salvo si existe extinción del contrato o un incumplimiento de la obligación patronal de la obligación delegada. Para las personas trabajadoras del hogar, el subsidio se abonará en régimen de pago directo por la entidad gestora o colaboradora que corresponda a partir del noveno día de prestación, salvo que haya mediado una extinción de contrato en un momento anterior (la cuantía que corresponde al empresario a su exclusivo cargo es la correspondiente a los ocho primeros días y no a los quince). En el supuesto de contingencias profesionales, el subsidio se genera desde el día siguiente al de la baja médica y en todo caso se abonará en régimen de pago directo.

Como veremos más adelante, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, modificó el artículo 251 -con supresión de su letra d)- del TRLGSS a efectos de que no quede excluida de la acción protectora del Sistema Especial de personas Empleadas del Hogar la correspondiente a desempleo. Por tanto, desde la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley, el día 9 de septiembre de 2022, la acción protectora de este sistema especial comprende también la prestación por desempleo, siendo obligatoria la cotización por esta contingencia desde el 1 de octubre de 2022.

Dado que esta integración tiene efectos en el importe de la prestación por incapacidad temporal que perciba el trabajador (Artículo 283.1 del TRLGSS), en un principio se consideró que dicho precepto no era de aplicación al colectivo en tanto no transcurriera un periodo transitorio de un año (hasta el 1 de octubre de 2023), por ser el momento a partir del cual todos los trabajadores encuadrados en este sistema especial podrán acceder a la prestación por desempleo, al reunir entonces el periodo mínimo de carencia para ello. La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social se ha pronunciado en informe de fecha 4 de mayo de 2023 confirmando la aplicación de dicho precepto sin esperar al transcurso de un año. En consecuencia, lo dispuesto en el artículo 283.1 del TRLGSS se aplicará a las extinciones del contrato de trabajo que se produzcan a partir del 21 de marzo de 2022, fecha de publicación del Criterio de Gestión 11/2022 del Instituto Nacional de Seguridad Social que acoge la doctrina indicada.

A efectos prácticos, los subsidios de incapacidad temporal causados por contingencias comunes cuya extinción de contrato se haya producido desde el 21 de marzo de 2022 hasta el 1 de octubre de 2023 (fecha en la que estos trabajadores habrán cotizado el mínimo de días para poder acceder a la prestación de desempleo, se percibirán por el interesado en una cuantía menor a la debida (70% y 60% del promedio de bases de los 180 días anteriores en lugar del 60% y 75% de la base del mes o de los tres meses anteriores al hecho causante, dependiendo de si se

trata de trabajadores a tiempo completo o parcial, respectivamente). Además, el tiempo transcurrido en esta situación tendrá un efecto directo de minoración de la prestación de desempleo futura tras el alta médica, incluso aunque, a efectos prácticos, durante este periodo no hubiera podido causarse dicha prestación de desempleo.

5. El acceso a la pensión de jubilación

Antes de la integración en el Régimen General, las personas trabajadoras del hogar no tenían derecho al acceso a la jubilación anticipada involuntaria (Artículo 207 del TRLGSS), salvo que la extinción de su contrato de trabajo se hubiera producido por ser víctima de violencia de género. A partir de ese momento, la equiparación es completa con el Régimen General, pudiendo acceder, además, en igualdad de condiciones a las jubilaciones voluntaria (Artículo 208 TRLGSS) y parcial (Artículo 215 TRLGSS)³². Si bien, a efectos prácticos, para tener derecho a la jubilación anticipada por la vía del Artículo 208 del TRLGSS, se requiere que el importe de la pensión a percibir sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondiera al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad, requisito difícil de conseguir teniendo en cuenta las bases de cotización y las carreras laborales en las que se mueve el colectivo. Además, la necesidad de acreditar grandes periodos de cotización para cualquier modalidad de jubilación anticipada dificulta el acceso a estas pensiones a unos trabajadores que, como ya se ha dicho, presentan carreras laborales marcadas por la precariedad y la intermitencia. Habrá que observar si, ciertamente, se produce una mejora de sus condiciones a partir del 1 de octubre de 2023, fecha en la que desaparece el coeficiente global de parcialidad.

El Pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia de 3 de julio de 2019, recaída en la cuestión interna de inconstitucionalidad número 688/2019, declaraba la inconstitucionalidad y nulidad de la forma de cálculo de los periodos a tiempo parcial según la normativa española. Se dejaba de aplicar entonces el denominado coeficiente de parcialidad³³ exclusivamente a efectos de la pensión de jubilación, tomándose en consideración para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la misma, los periodos en los que el trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que fuese la duración de la

32 Si bien el acceso a la jubilación parcial es complicado en la práctica por la obligación de contratar un trabajador relevista y mantener los requerimientos en cuanto a las bases de cotización. García González, Guillermo: *La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro*, Aranzadi Social, Vol. 4, núm. 8, 2011, páginas 197-215 (pág. 198). ISSN 1889-1209

33 Introducido por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Todo ello tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo y siguientes: 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

jornada (aunque el coeficiente global de parcialidad se seguía aplicando tanto a la carencia genérica como a la específica). A partir del 20 de octubre de 2021, se extiende esta nueva fórmula de cálculo también para la Incapacidad Permanente por enfermedad común.

Finalmente, el artículo único, punto 26, del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo ha modificado la redacción del artículo 247 del TRLGSS, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, determinando que se tendrán en cuenta todos los períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. Esta nueva forma de cálculo ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2023 y veremos si, en la práctica, ayuda a que las personas trabajadoras con carreras laborales marcadas por la parcialidad tengan una mayor facilidad para acceder a jubilaciones anticipadas.

V. La protección por desempleo

1. Un colectivo excluido históricamente

Posiblemente la exclusión histórica³⁴ de la protección por desempleo de las personas trabajadoras del hogar sea debida a razones de coste económico³⁵ y la intención de prevenir posibles situaciones de fraude cuyos controles resultan difíciles de realizar dentro del hogar familiar³⁶. No obstante, la idea de fraude también puede darse en cualquier otra prestación encuadrada dentro de la acción protectora del colectivo y, en ningún momento se ha planteado debate al respecto. Si este es el problema, deberían mejorarse las medidas de control del fraude y no suponer que todos los empleados de hogar van a ser fraudulentos y, en consecuencia, impedirles acceder a la protección por desempleo, por defecto³⁷.

34 García Testal, Elena: *La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España*, Revista de Derecho Social, núm. 79, 2017, páginas 93-112. ISSN 1138-8692.

35 López Gandia, Juan y Toscani Giménez, Daniel: *Los trabajadores al servicio del Hogar Familiar. Aspectos laborales y de seguridad social. Propuestas de reforma*, Albacete, Bomarzo, 2006, (pág. 71). ISBN: 9788486977948. Los programas de fomento del empleo serían otra de las posibles vías que permiten una atenuación de los costes, sin embargo, el trabajo doméstico no ha sido tradicionalmente objeto de inclusión y pudiera ser debida su exclusión a su falta de consideración de empleo a fomentar.

36 Gala Durán, Carolina: “La protección social en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta”, en *Relaciones Laborales y empleados del Hogar: reflexiones jurídicas*. Cit. pág. 168.

37 Gala Durán, Carolina: “La protección social en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta”, en *Relaciones Laborales y empleados del Hogar: reflexiones jurídicas*. Cit. pág. 169.

Aunque el Pacto de Toledo lo incluía en sus recomendaciones, no fue hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20 que interpretó el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/9) cuando España ha decidido legislar activamente con el fin de garantizar los derechos pendientes. En la Sentencia se establece con rotundidad que no son compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea las normas de Seguridad Social que sitúen a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Se considera así que cualquier trato diferenciado en el ámbito de la Seguridad Social que, aun siendo aparentemente neutro, afecte mayoritariamente a mujeres, se opone a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo. Concluye la sentencia que, la exclusión de la prestación por desempleo y de la obligación de cotizar por dicha contingencia implica que estas personas no sólo queden desprotegidas cuando terminan una relación laboral, sino que tampoco podrán acceder a otras prestaciones de Seguridad Social supeditadas a la extinción de la prestación por desempleo (como los subsidios o rentas de inserción), traducándose así en una situación de mayor vulnerabilidad y desamparo.

España ha ratificado el Convenio Número 189 de la OIT³⁸ sobre las personas trabajadoras del hogar. Esta ratificación no obliga en sí misma a la asunción de cambios normativos inmediatos, pero sí resultaba el inicio del establecimiento de un programa de actuación y de compromiso para abordar el problema³⁹. Después, con la publicación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, a partir del 1 de octubre de 2022, las personas empleadas del hogar han podido iniciar la cotización que le dará derecho a la protección por desempleo contributivo y asistencial (subsidios, incluido el de mayores de 52 años), siempre que se encuentren en situación legal de desempleo y una vez hayan alcanzado el periodo de carencia previo exigible (365 días). Es decir, el acceso efectivo no se ha producido hasta el 1 de octubre de 2023, cuestión que ha suscitado controversia ya que no han pudieron cotizar por desempleo antes de octubre de 2022 porque la normativa no se lo permitía y no porque así lo desearan⁴⁰.

38 Ello es destacado en el Preámbulo del Convenio 189 OIT que señala llama la atención sobre la infravaloración del trabajo doméstico desempeñado principalmente por mujeres y niñas, muchas de ellas migrantes o que forman parte de grupos desfavorecidos.

39 Sanz Sáez, Concepción: *Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores*, Lan Harremanak, núm. 45, 2021, páginas 138-161 (pág.159).

40 A modo de ejemplo, véase la STSJ Cataluña, Sala de lo social, de 10 de mayo de 2022 (Rec: 4475/2022).

Aunque la norma tiene por objeto equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social del colectivo a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, descartando aquellas diferencias que no solo no responden a razones justificadas (tratamiento diferenciado por realizar servicios en el ámbito privado, alta variabilidad de jornadas, pluralidad de empleadores...), sino que además les sitúan en clara desventaja siendo, por tanto, discriminatorias, no ofrece ninguna solución para las situaciones anteriores, perpetuando así una situación tristemente discriminatoria⁴¹.

Las situaciones que dan derecho a percibir la protección por desempleo son las recogidas en el Artículo 267 del TRLGSS y el Artículo 11 del Real Decreto 1320/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar: disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifiquen que se prescinda de la persona trabajadora del hogar; el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza en la persona trabajadora o siempre que el contrato se extinga por cualquiera de las causas del artículo 49 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 (normativa laboral común).

2. El trabajo doméstico transfronterizo

Tras el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, resulta obligatorio volver a plantearse la situación de los trabajadores del hogar transfronterizos, para los que la nueva norma no ha dado solución.

España mantiene vínculos laborales fronterizos con Andorra, Portugal, Francia o Marruecos, aunque no existe una definición unitaria del concepto “trabajador fronterizo”. El tratamiento que se otorga a estas personas va a depender de la normativa de aplicación, distinguiendo en derechos a los trabajadores comunitarios⁴², extracomunitarios con convenio bilateral suscrito con nuestro país o extracomunitario sin convenio suscrito. Tampoco existe normativa nacional o internacional que prevea de forma obligatoria la exportación de prestaciones por desempleo a las personas trabajadoras transfronterizas residentes en Andorra o

41 Fernández Orrico, Francisco Javier: “El sistema especial de empleados de hogar”. En *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Guillermo Rodríguez Iniesta, Juan Antonio Maldonado Molina, Ángel Luis De Val Tena y José Luis Monereo Pérez, (Coord.) Tomo II. Murcia, Laborum, 2017, ISBN: 9788494659546. Páginas 609-616.

42 Miranda Boto, José María: “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) núm. 1408/71”, en *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*. María Areta Martínez y Antonio Sempere Navarro, (Coord.). Murcia, Laborum, 2009, ISBN: 9788492602124, (pág. 111).

Marruecos, como sí que se hace con Francia o Portugal, al serles de aplicación la normativa comunitaria al respecto.

Al incorporar la protección por desempleo al ámbito de las personas trabajadoras del hogar, el legislador ha olvidado que existe un colectivo muy importante de personas trabajadoras transfronterizas del ámbito doméstico, sobre todo en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla⁴³, que están obligadas a cotizar por una prestación de la que no van a poder beneficiarse en un futuro⁴⁴. El sistema público de Seguridad Social no tiene el carácter de seguro privado, por lo que esta obligación de cotizar no conlleva aparejado el derecho a percibir una determinada prestación⁴⁵. No obstante, esta situación ocasiona un agravio comparativo en estas personas para las que el empleo perdido suponía su principal o única fuente de ingresos. Tampoco hay que olvidar que no podrán inscribirse como demandantes de empleo, reduciendo de este modo sus posibilidades de volver a encontrar una profesión adecuada.

Después del largo periplo seguido para que las personas empleadas en el hogar hayan sido beneficiarias de la cobertura de desempleo, no parece razonable pensar que la solución para las personas trabajadoras transfronterizas no comunitarias sea eliminar esta contingencia de su cotización, sino más bien de encontrar soluciones normativas que permitan combinar la residencia en un país con la percepción económica de la prestación por parte de otro diferente⁴⁶. Lógicamente, incorporar la prestación por desempleo en el ámbito de aplicación material de los convenios bilaterales suscritos por España con Marruecos o Andorra, sería la solución más adecuada y que garantizaría la reciprocidad, pero no la única. Podría crearse en el sistema español un permiso especial de estancia para transfronterizos que les permitiera ser considerados como residentes a efectos prestacionales; o bien modificar los artículos 271, 272 y 279 del TRLGSS excepcionando a los trabajadores transfronterizos del requisito de residencia legal en España para lucrar el desempleo. Quizá podría explorarse la vía del pago único o de la devolución de cotizaciones para evitar simultanear la prestación

43 Andreo Tudela, Juan Carlos y Moránguez Barco, Pilar: “Trabajo decente en el sector del hogar: Procesos de relaciones laborales en el ámbito transfronterizo ceuti”. En *La noche europea de los investigadores en el campus de Ceuta: una experiencia compartida*. Alcántara Pilar, Juan Miguel (Coord.). Editorial GEU, 2015, ISBN 9788416361298. Páginas 213-216.

44 Arnet Rodríguez, Alejandro. *La situación de las trabajadoras transfronterizas durante más de dos años de cierre fronterizo en Ceuta*. e-Revista Internacional de la Protección Social, vol. VII, núm. 2, 2022. ISSN 2445-3269, (pág. 105).

45 Sánchez-Rodas Navarro, Cristina: “Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable”. en *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (II)*. Esperanza Roales Paniagua (Coord.). Murcia, Laborum, 2014. ISBN: 9788492602780. Páginas 89-94.

46 Sánchez-Rodas Navarro, Cristina: *Prestaciones por desempleo y personas trabajadoras del hogar familiar transfronterizas*. e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. VII, Núm.2, 2022. ISSN: 2445-3269. Páginas 8-11.

española con el trabajo no controlado en otro país. Aunque estas últimas opciones no garantizarían que los transfronterizos residentes en España pudieran lucrar la prestación por desempleo a cargo de Marruecos o Andorra.

La situación de las trabajadoras (principalmente mujeres) del hogar en Ceuta y Melilla supone una discriminación indirecta por razón de sexo y coloca a estas personas en una posición doblemente vulnerable puesto que su bienestar económico se encuentra estrechamente ligado al devenir diplomático de la frontera entre Marruecos y España.

VI. A modo de conclusión

Desde su integración en el Régimen General, la confluencia de las personas trabajadoras del hogar con el resto de los trabajadores por cuenta ajena ha ido creciendo paulatinamente. De la marginalidad inicial se producido una evolución hacia el reconocimiento de su labor a través de diferentes medidas que aún no han terminado.

Se han producido importantes avances en materia de cotización, considerando sujeto responsable al empleador, cosa que garantiza la obligatoriedad de las aportaciones sociales. Aunque todavía no se ha producido la equiparación completa teniendo en cuenta que durante el año 2023 sigue estando vigente el sistema de bases tarifadas que, como hemos visto, resulta lesivo para buena parte del colectivo.

En materia de acción protectora, se ha conseguido, al menos en teoría, la proximidad al Régimen General en materia de jubilación (aunque en la práctica vemos que los requisitos de acceso para las jubilaciones anticipadas son más difíciles de conseguir para estos trabajadores que para el resto ya que en sus carreras laborales predomina la intermitencia). Desde el año 2012, además, podrán causar prestaciones por contingencias profesionales, aunque la imposibilidad de considerar que el empleador posee entidad empresarial, impide poder incrementar las prestaciones causadas con recargos por falta de medidas de seguridad e higiene en caso de producirse incumplimientos empresariales en materia preventiva, aunque debemos estar atentos a la materialización de los preceptos preventivos que ya les son de aplicación desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2022.

Pero si de logros se trata, el máximo hito conseguido con efectos del 1 de octubre de 2022 (aunque las prestaciones no se pudieran causar hasta un año después), es sin duda, la incorporación de la protección por desempleo para este colectivo, pero sin haber tenido, como hubiera recomendable, el preocupante problema de los trabajadores transfronterizos extracomunitarios sin convenio bilateral que incluya en su ámbito material la protección por desempleo.

VII. Bibliografía

- Andreo Tudela, Juan Carlos y Moránguez Barco, Pilar: “Trabajo decente en el sector del hogar: Procesos de relaciones laborales en el ámbito transfronterizo ceuti”. En *La noche europea de los investigadores en el campus de Ceuta: una experiencia compartida*. Alcántara Pilar, Juan Miguel (Coord.). Editorial GEU, 2015, ISBN 9788416361298. Páginas 213-216.
- Arnet Rodríguez, Alejandro. *La situación de las trabajadoras transfronterizas durante más de dos años de cierre fronterizo en Ceuta*. e-Revista Internacional de la Protección Social, vol. VII, núm. 2, 2022. ISSN 2445-3269.
- De La Villa Gil, Luís Enrique: *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 la Seguridad Social, núm. 26, 2011. ISSN-e 1696-9626.
- Espuny Tomás, María Jesús: “El servicio doméstico: Historia de una exclusión jurídica continuada”, en *Relaciones Laborales y empleados del Hogar: reflexiones jurídicas*, María Jesús Espuny Tomás, Guillermo García González y Margarita Bonet Esteban (Coord.), páginas 27-60. Madrid, Dykinson, 2015. ISBN 978-84-9031-793-8.
- Fernández Orrico, Francisco Javier: “El sistema especial de empleados de hogar”. En *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Guillermo Rodríguez Iniesta, Juan Antonio Maldonado Molina, Ángel Luís De Val Tena y José Luís Monereo Pérez, (Coord.) Tomo II. Murcia, Laborum, 2017, ISBN: 9788494659546. Páginas 609-616.
- Gala Durán, Carolina: “La protección social en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta”, en *Relaciones Laborales y empleados del Hogar: reflexiones jurídicas*, María Jesús Espuny Tomás, Guillermo García González y Margarita Bonet Esteban (Coord.), páginas 139-178. Madrid, Dykinson, 2015. ISBN 978-84-9031-793-8.
- García Gonzalez, Guillermo: *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica de la dogmática jurídica*, Madrid, Dykinson, 2022. ISBN 978-84-1122-792-6
- García González, Guillermo: *La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro*, Aranzadi Social, Vol. 4, núm. 8, 2011, páginas 197-215. ISSN 1889-1209

- García Testal, Elena: *La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España*, Revista de Derecho Social, núm. 79, 2017, páginas 93-112. ISSN 1138-8692
- Gimeno, Beatriz: *El debate sobre el trabajo doméstico*, Revista Transversales, núm. 20, 2010. Disponible en <http://www.transversales.net/t20beatd.htm> (acceso 17-12-2023).
- Grau Pineda, Carmen: *De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*. Lex Social: Revista De Derechos Sociales, núm. 9(2), 2019, páginas 47-90. ISSN 2174-641.
- Herrera Duque, María Jesús: *El concepto de relación laboral especial del servicio del hogar familiar en la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, Revista Documentación Laboral, núm. 32, 1990, páginas 319-332. ISSN 0211-8556.
- López Gandia, Juan y Toscani Giménez, Daniel: *Los trabajadores al servicio del Hogar Familiar. Aspectos laborales y de seguridad social. Propuestas de reforma*, Albacete, Bomarzo, 2006, ISBN: 9788486977948.
- López Gandia, Juan: *La convergencia entre regímenes de la Seguridad Social*, Temas Laborales, núm. 81, 2005, páginas 207-226. ISSN 0213-0750.
- López Villagrasa, Ascensión: *Empleadas del Hogar, ¿Trabajadoras de Segunda?*, Cáritas, Revista, marzo-abril 2022. Disponible en: <https://www.caritas.es/blog/trabajadoras-de-segunda/> (Acceso 17-12-2023).
- Martínez Lucas, José Antonio: *El Sistema Especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar*. Actualidad Laboral 21-22, núm.21, 2011, Wolters Kluwer.
- Méndez Úbeda; Maria Cristina: *Algunas consideraciones en materia de prevención de riesgos laborales para los empleados de hogar al Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Pinceladas de propuestas básicas sobre su aplicación*. e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. 8, núm. 1, 2023, páginas 189-217. ISSN-e 2445-3269
- Miñambres Puig, César.: *El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar*, Revista española de Derecho del Trabajo, núm. 157, páginas 111-133, 2013, ISSN 0212-6095.
- Miñarro Yanini, Margarita: *La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I)*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 4, 2012, páginas 73-93. ISSN 0213-0556.

- Miranda Boto, José María: “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) núm. 1408/71”, en *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*. María Areta Martínez y Antonio Sempere Navarro, (Coord.). Murcia, Laborum, 2009, ISBN: 9788492602124.
- Molins García-Atance, Juan: *La reforma del régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*. Revista de Información Laboral, Legislación y Convenios Colectivos, núm. 3, 2008, páginas 1-8. ISSN 2172-5268.
- Muñoz Molina, Julia: *Del Régimen Especial de empleados del hogar al Sistema Especial de empleados del hogar*. Protección social. La revista jurídica de los derechos sociales, vol. 9, núm. 2/2019, 2019, páginas 420-440. ISSN: 2174-6419.
- Muñoz Molina, Julia: *Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*. Relaciones Laborales, núm. 4, 2013. Wolters Kluwer.
- Patino Alonso, María Carmen, Vicente Galindo, María Purificación y Galindo Villardón, María Purificación: *Perfil multivariante de las mujeres empleadas del servicio doméstico*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 2, 2011, páginas 13-44. ISSN: 1131-8635.
- Quesada Segura, Rosa: *El contrato de servicio doméstico en la legislación de Trabajo*, Madrid, La Ley, 1991, páginas 29-48.
- Rodríguez Cardo, Iván Antonio: *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Revista del Ministerio de Empleo y seguridad social, núm. 118, 2015.
- Romeral Hernández, Josefa: *El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar*, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, Vol. 6, núm. 7, 2013, páginas 57-91. ISSN 1889-1209.
- Sánchez-Rodas Navarro, Cristina: *Prestaciones por desempleo y personas trabajadoras del hogar familiar transfronterizas*. e-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. VII, Núm.2, 2022. ISSN: 2445-3269. Páginas 8-11.
- Sánchez-Rodas Navarro, Cristina: “Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable”. en *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (II)*. Esperanza ROALES PANIAGUA (Coord.). Murcia, Laborum, 2014. ISBN: 9788492602780. Páginas 89-94.
- Sanz Sáez, Concepción: *Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores*, Lan Harremanak, núm. 45, 2021, páginas 138-161.

- Selma Penalva, Alejandra: *Novedades en el régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas*. Actualidad Laboral, núm. 2, 2012, (pág. 6). Wolters Kluwer. ISSN 0213-7097
- Sempere Navarro, Antonio Vicente: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 2001, ISBN 84-470-0820-7
- Sendín Blázquez, Alberto: El Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar: cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/f0d5fd7f-66d7-4477-a459-f39dce7f598d/17_F06.pdf?MOD=AJPERES (Acceso 17-12-2023).

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL RECARGO DE PRESTACIONES. DIFICULTADES PRÁCTICAS PARA SU DETERMINACIÓN

M^a DEL CARMEN PÉREZ SIBÓN

Magistrada Especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla)

*Letrada Coordinadora del Tribunal Supremo
Miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea del CGPJ*

Resumen:

Una de las principales dificultades que en la práctica jurídica implica la correcta imputación de responsabilidades en materia de recargo tiene lugar cuando el accidente de trabajo objeto de aquél se ha producido con la intervención de varias personas, empresas, entidades o toda clase de terceros. Dificultades que fundamentalmente traen causa en la concepción que se atribuya a la naturaleza jurídica de esta figura, y respecto de la que la jurisprudencia ha mantenido una posición cambiante. Se examinará la problemática derivada de esta confluencia de personas y entidades en la causación el accidente y la evolución de los criterios jurisprudenciales en la materia.

Palabras clave:

Recargo de prestaciones; responsabilidad solidaria; cadena de intervinientes; naturaleza del recargo; prestación-sanción

I. Introducción

El accidente de trabajo y la enfermedad profesional, como situaciones privilegiadamente protegidas en nuestro ordenamiento jurídico, presentan como característica de su regulación la complejidad, y en concreto, ateniéndonos a la materia objeto de este estudio, la complejidad en el sistema de responsabilidades,

su alcance, imputaciones de infracciones en materia preventiva, tipos de responsabilidades, naturaleza de la culpa o negligencia de la actuación empresarial, intervención de terceros, normativa (especial o general) que se tenga por infringida, intervención imprudente de la propia víctima, tipo de culpa del infractor etc.

Lo primero que ha de recordarse es que en materia preventiva son múltiples las entidades o personas que pueden tener intervención o relación con el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de forma más o menos mediata, más o menos intensa, y más o menos diligente. Reparemos en las empresas de trabajo temporal y las usuarias, las empresas principal, contratistas y subcontratistas, los terceros ajenos a la relación laboral, los terceros trabajadores de la propia empresa o del centro de trabajo, los servicios de prevención (ajenos y recursos preventivos de la propia empresa), sucesión de empresas, empresas que intervienen en desplazamientos transnacionales de trabajadores, empresas fusionadas, pluralidad de empresarios en un mismo centro de trabajo, fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, entidades gestoras e incluso la propia Inspección de Trabajo.

Centrándonos en el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo -objeto de esta exposición- y excluyendo otro tipo de consecuencias resarcitorias o sancionadoras -indemnizaciones por daños y perjuicios, sanciones administrativas, responsabilidades penales etc- omitimos de entrada el examen de las entidades gestoras, las cuales no responden en esta materia ni siquiera por vía de anticipo (STS 4-3-15 rec 1307/14) aunque el Instituto Nacional de la Seguridad Social sea el sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo). (Art. 167.3 LGSS)¹ (STS 16/05/07, rec. cud 360/06).

Excluimos así mismo a las compañías aseguradoras, dada la expresa prohibición de aseguramiento del recargo impuesta por el Art. 164.2 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre². Ello no obstante, al respecto de estas entidades, resulta conveniente realizar algunas precisiones, por lo que le dedicaré un específico apartado.

La determinación de cual sea la naturaleza del recargo será crucial para derivar efectos diversos, tanto en cuanto a la imputación de responsabilidad como en la solidaridad de la misma, en la prescripción de acciones etc. Y en este

1 Art. 167.3 LGSS *“En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las mutuas o empresas declaradas responsables de aquellas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido, pero con exclusión del recargo”.*

2 Art. 164.2 LGSS: *“La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla”*

punto la jurisprudencia ha ido experimentando una trascendente evolución que analizaremos posteriormente.

Para cerrar este apartado introductorio, recordar que el recargo se definiría como el incremento de las prestaciones económicas de la Seguridad Social que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, de un 30 a un 50 por ciento según la gravedad de la falta, cuando se haya producido un resultado lesivo para el trabajador, y la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, responsabilidad que es compatible con las de otro orden derivadas de la misma infracción y que corre a cargo del empresario o empresarios sin posibilidad de aseguramiento³.

Finalmente, recordar brevemente los requisitos del recargo:

- a) Que exista un accidente de trabajo o enfermedad profesional y una prestación económica derivada ellos.
- b) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad general o particular prevista en la normativa vigente (Arts. 164 LGSS y 42. 1 LPRL⁴.
- c) Que esa vulneración u omisión haya sido causa del accidente o de la enfermedad profesional (relación de causalidad). (STS 7-2-2019 rcud 1680/2016).

Antes de examinar cada una de los supuestos de pluralidad de sujetos posibles responsables de un mismo recargo, ha de recordarse que la idea clave general de imputación de responsabilidad parte del concepto de empresario infractor, pero dentro de este postulado se dan múltiples connotaciones que perfilan su definición, contenido y alcance cuando en la prestación de servicios coexisten varios infractores (art 164.2 LGSS)⁵.

3 Art. 164.1 LGSS (2015): “1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”

4 Art. 42. 1. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales: “El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dar á lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”.

5 Art. 164.2 LGSS (Texto 2015): “La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto

II. Compañías aseguradoras

Como ya señalamos, nuestro Ordenamiento ha optado por la expresa prohibición de aseguramiento del recargo, tal y como previene el Art. 164.2 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. En cuanto a lo acertado o no de esta prohibición, la doctrina mantiene posiciones diversas, que en cierto modo se hacen depender de la naturaleza que se otorgue a esta figura (sanción, indemnización, prestación, híbrida). El espíritu de la norma es evitar que puedan producirse actuaciones descuidadas en el deber empresarial de vigilancia, o en definitiva, que baje el nivel de alerta en la obligación de prevención que tiene el empresario.

Sin embargo, la realidad viene a demostrar que en buena parte de los supuestos, este sistema de exclusiva responsabilidad del empleador (o empleadores en su caso) puede conllevar la efectiva desprotección del trabajador ante la eventual insolvencia del deudor de seguridad. Esta presumible laxitud en la actitud de diligencia del empresario en el caso de que el recargo pudiera ser asegurado, podría combatirse con otras medidas tales como el incremento de la tarifa de primas para la cotización del accidente de trabajo, actualmente plana, en los supuestos de mayor siniestralidad. Aunque debe reconocerse que la existencia de un modelo como el de nuestro país, de imputación de responsabilidad múltiple, compatible y acumulable, puede eventualmente conllevar la falta de diligencia en los comportamientos del trabajador derivada de la sobrecompensación de la víctima (indemnización, recargo, prestaciones con mayor base reguladora, etc.)⁶.

Ha de repararse así mismo en que el Art. 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (encabezado con el título de “Principios de la acción preventiva”, prevé en su apartado cinco, que los empresarios “Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal”.

III. Pluralidad de empresarios en un mismo centro

Los dos principios generales que rigen esta situación son el deber de coordinación y el de información. El Art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales lo establece en los siguientes términos: “1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de

de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla”.

6 Beltrán Heredia. Sucesión de empresa y responsabilidad por recargo de prestaciones (STS 23.3.15). Blog 11-6-2015.

dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley”.

Este deber de coordinación, se extiende en el número cinco de este Art. 24 a los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo⁷.

El precepto regula, después de exponer estos principios generales, las contrataciones y subcontrataciones de obras y servicios, a lo que dedicaremos el siguiente apartado (Art. 24.3 LPRL)⁸.

Se prevé así mismo el correspondiente desarrollo reglamentario de este precepto, lo que no se ha producido hasta la fecha, habiendo sido desarrollado por la jurisprudencia.

Por su parte, el art. 17 del convenio núm. 155 de la OIT (RCL 1985\2683 y ApNDL 12377) sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo, ratificado por España mediante Instrumento de 26-7-1985, publicado en el BOE 11 noviembre de ese mismo año, para el supuesto de que «dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo», establece un «deber de colaboración» entre las mismas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene.

IV. Subcontratación

La responsabilidad de las empresas contratista, subcontratista y principal en las consecuencias derivadas de la imposición del recargo se regulan en los Arts. 24.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y 168.1 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, referido este último precepto a la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación⁹.

7 Art. 24.5 LPRL: “5. Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo”.

8 Art. 24.3 LPRL: “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”.

9 Artículo 168.1 LGSS. “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones.
1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contrataciones y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable,

Del tenor de estas normas, en una primera aproximación a las consecuencias de la imposición de un recargo en estos supuestos, son datos que influirían en la extensión de la responsabilidad de la empresa directa del trabajador (contratista) a la principal los siguientes:

- que se haya producido el accidente de trabajo en el centro de prestación de servicios de la empresa principal,
- que la obra corresponda a la propia actividad de la empresa principal,
- la titularidad de los medios o maquinarias,
- que el accidente de trabajo haya tenido lugar durante la vigencia de la contrata.
- el cumplimiento del deber de información y coordinación.

1. Hitos jurisprudenciales en la evolución de los criterios en esta materia

A/ Tradicionalmente se había venido entendiendo que estaba proscrita la posibilidad de trasladar la responsabilidad en el pago del recargo a la empresa principal, ya que no le une ningún vínculo contractual con el trabajador, sino únicamente uno de carácter civil o mercantil con la contratista (arrendamiento de servicios). Según lo mencionado, se hacía recaer en el empresario del trabajador accidentado la obligación de prevención cualquiera que fuera el lugar donde el trabajador prestara sus servicios.

B/ La evolución de los criterios doctrinales y jurisprudenciales se han tornado más flexibles, concretamente a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992, rcud 1178/1991, que comenzó a permitir la eventual responsabilidad solidaria en base al concepto de empresario infractor, siempre y cuando:

- 1) Las obras o servicios contratados correspondieran a la propia actividad de la empresa principal.
- 2) Que el accidente de trabajo se produzca en el centro del trabajo de la empresa principal o fuera de él pero utilizando el trabajador los equipos, maquinaria, etc. que le hayan sido proporcionado por la empresa principal, y que ésta asuma las normas de seguridad y salud en el trabajo.
- 3) La infracción ha tenido que producirse durante la vigencia de la contrata.

en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto a su vivienda”.

Todos los requisitos indicados han sido matizados por la jurisprudencia en la evolución hacia una mayor cobertura del trabajador.

- a) Respecto del concepto de “propia actividad”, la sentencia del Tribunal Supremo de 20-7-2005 (rcud 2160/04), con cita de sus precedentes¹⁰, vino a declarar que lo que determina que una actividad sea “*propia*” de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo, siendo posibles dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la “*actividad indispensable*”, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán “*propia actividad*” de ella. En el primer caso, se incluirían como propias las tareas complementarias. En el segundo, se excluirían las labores no “*nucleares*”. Pero precisa la sentencia citada que “*si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que “ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente”.*
- b) En relación con la noción de “centro de trabajo” la jurisprudencia amplía su concepto a estos efectos refiriéndose a “*lugar de trabajo*”. Así, la STS de 26-5-2005 (recurso 3726/04)¹¹, reiteró que “*el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión «lugar de trabajo», lo que aplicado al caso que aquí se resuelve significa que si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su*

10 SSTS 18 de enero de 1995, 24 de noviembre de 1998 y 22 de noviembre de 2002.

11 STS 22/11/2002 [RJ 2003, 510], Recurso 3904/2001, es precedente de la STS 26-5-2005 (recurso 3726/04).

responsabilidad deriva de la falta de información control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario”.

Lo relevante por tanto no es el centro de trabajo en sentido estricto ex artículo 1.5 del ET, sino la identificación de un ámbito organizativo y/o productivo que caiga bajo la esfera de control de la empresa principal, pues en ella le es «*exigible extremar sus deberes de vigilancia*». STS de 18 de enero de 2010 (rcud. 3237/2007).

- c) Vigencia de la contrata.
- d) La responsabilidad del empresario infractor se recoge expresamente en el Art. 164.2 LGSS (Texto 2015)¹².

C/ Un tercer paso en la flexibilización de esta materia vino a posibilitar la responsabilidad de la empresa principal en el recargo aun cuando las tareas encomendadas a la contratista no correspondan a su propia actividad, resultando lo decisivo para la imputación de responsabilidad a la comitente, comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la misma y dentro de su esfera de responsabilidad. Exponente de este criterio es la relevante sentencia del TS de 18-9-2018 (rcud 144/2017).

En ella, en definitiva, se viene a sustentar que la encomienda de tareas inherentes a la propia actividad a otra empresa genera específicos y reforzados deberes de seguridad laboral, pero no comporta un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas. El hecho de que se contraten tareas correspondientes a actividad ajena a la propia es un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal, pero no es el único. La trascendencia de la sentencia es que el criterio de imputación de la infracción preventiva se va a centrar en la determinación de quien tiene el poder de control, en constatar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. En el supuesto tratado por la sentencia, la empresa principal había infringido normas de seguridad y prevención.

Los hechos de la sentencia del órgano casacional que analizamos eran los siguientes: en una cadena de subcontrataciones, la contratista y la subcontratista fueron condenadas al pago del recargo impuesto tras la caída del trabajador de la subcontrata desde la cubierta de las instalaciones de la empresa principal cuya reparación estaba efectuando. La empresa principal fue absuelta en la instancia

12 Art. 164.2 LGSS: “*La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla*”.

por dedicarse a la alimentación (empresa de elaboración de chocolate), siendo por tanto la realizada una actividad que no formaba parte de su “*propia actividad*”. Fue condenada en suplicación y en casación para unificación de doctrina bajo los argumentos que acabamos de exponer.

En tal caso a la empresa principal se le imputaba, en su condición de «sujeto promotor», el incumplimiento de la obligación de nombramiento de un coordinador de seguridad y salud así como de la elaboración de un estudio de seguridad y salud y del posterior plan; falta de la información y las instrucciones adecuadas a las contratistas sobre los riesgos (además de trataba de un trabajo con exposición al amianto).

Sentencia reciente en la que el Tribunal Supremo viene a resumir los criterios respecto de la asignación de responsabilidades cuando concurren en una prestación de servicios una empresa principal y otra contratista, es la de 6-5-2021, rcud 2611/2018¹³.

- 13 Respecto de la asignación de responsabilidades cuando concurren en una prestación de servicios una empresa principal y otra contratista, el Tribunal Supremo ha venido a resumir criterios en su sentencia de 6-5-2021, rcud 2611/2018, en la que con referencia a previos pronunciamientos, declara: “A) STS 5 mayo 1999 (rcud. 3656/1997 (RJ 1999, 4705)).

La STS 5 mayo 1999 (rcud. 3656/1997) aborda el supuesto de un accidente sufrido por trabajador de empresa contratista que realiza tareas de pintura en las instalaciones de la principal (similar al de la sentencia referencial en el presente recurso). En ella se siente una doctrina luego repetida una y otra vez:

La tesis del recurrente consiste en considerar que para que pueda imputarse la responsabilidad a la empresa principal es preciso que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la empresa principal. Pero esta tesis no es correcta.

[...] Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.

B) STS 26 de mayo de 2005 (rcud. 3726/2004 (RJ 2005, 9702)).

La STS 26 mayo 2005 (rcud. 3726/2004) enumera los preceptos que regulan la responsabilidad solidaria de las empresas en supuestos de intervención de empresa principal (contratas y subcontratas), comenzando por señalar el artículo 23.3 de la LPRL para, a continuación, razonar que esta norma se corresponde con el artículo 42.2 de la LISOS, debiendo ponerse en conexión dichos preceptos con el artículo 123 de la LGSS (RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170), sin mención alguna al artículo 42.2 ET.

Y respecto del recargo de prestaciones, dada su compleja ontología, descarta que opere el precepto del ET, debiendo estarse a los términos del artículo 42.2 LISOS en conexión en el correspondiente de la LGSS.

C) STS 20 marzo 2012 (rcud. 1470/2011 (RJ 2012, 4189)).

La STS 20 marzo 2012 (rcud. 1470/2011) afronta un supuesto en que empresa principal y subcontratada se dedican a la misma actividad y al trabajador no se le ha facilitado la formación

2. Cuestiones procesales. Carga de la prueba

El Art. 96.2 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social establece una suerte de inversión de la carga de la prueba de los deudores de seguridad, disponiendo: *“En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”*.

De esta manera, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha venido a posicionarse en la misma línea sostenida desde el año 2010 por la jurisdicción social. Y aunque resaltemos la relevancia de la positivización en el Texto Procesal de esta regla, en puridad, ello derivaba ya de manera natural del modelo implantado por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales de 2013

e información previa necesaria. Resumiendo, la doctrina sentada en múltiples resoluciones precedentes en ella se expone lo siguiente:

El empresario principal puede ser empresario infractor a los efectos del art. 123 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), si la infracción es imputable a la misma y el accidente se produjo dentro de su esfera de responsabilidad.

La obligación específica de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones del empleador por parte de la empresa principal se da en dos casos: A) Cuando se trate de la misma actividad (ap. 3 del art. 24 LPRL). B) Cuando las labores se realicen en su centro de trabajo o en un centro sobre el que la principal extiende su esfera de control (aps. 1 y 2 del art. 24 LPRL);

D) STS 842/2018 de 18 septiembre (RJ 2018, 4577) (rcud. 144/2017).

Al hilo de reclamaciones sobre imposición del recargo de prestaciones hemos analizado el alcance de la responsabilidad derivada de los arts. 24.3 LPRL y 42.3 LPRL, en conexión con el antiguo art. 123 LGSS (actual art. 164). La STS 842/2018 de 18 septiembre (rcud. 144/2017) reproduce diversos pronunciamientos y extrae las siguientes conclusiones:

La encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa genera específicos y reforzados deberes de seguridad laboral, pero no comporta un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas.

La encomienda de tareas correspondientes a actividad ajena a la propia es un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal.

La empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones, aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad.

En todo caso, lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

Es decir, para que se imponga el recargo a la empresa principal hay que apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables. De ese modo se concilia lo previsto en la LPRL y la LISOS con la exigencia de la LGSS de que el recargo lo afronte el “empresario infractor”.

y son el corolario de la configuración legal de la obligación general de seguridad que tiene el empresario.

V. Sucesión de empresas

1. Regulación

La regulación parte de los Arts. 168 de la Ley General de la Seguridad Social, y 44 del Estatuto de los Trabajadores.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, modifica la redacción del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores alterando el contenido de sus apartados 1.º y 2.º, e incorporando ocho nuevos apartados en el mismo, y ello como consecuencia de la transposición de la Directiva 2001/23/CE, resultado de la codificación de las Directivas 77/187/CE y 98/50/CE.

En lo que aquí interesa, el nuevo redactado del apartado 1.º se concreta en los siguientes términos: *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, en cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente”*.

En su apartado 3 dispone: *“Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”*.

El Art. 168.2 del vigente RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, establece: *“2. En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”*.

Así como para las obligaciones laborales se establece una responsabilidad solidaria entre ambos limitada temporalmente, en relación con obligaciones previas a la sucesión y no satisfechas, la mención que en la norma se contiene respecto a las consecuencias sobre los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social, remite a la normativa específica en esa materia, por lo que se regirá por

las previsiones del artículo 142 de la LGSS respecto de las cuotas y por el artículo 168.2 del mismo texto legal respecto de las prestaciones, quedando así delimitado el ámbito de actuación de la subrogación y de la responsabilidad solidaria.

2. Distinción entre deudas, prestaciones generadas y prestaciones causadas

Teniendo en cuenta la literalidad del artículo 168.2 de la normativa vigente, (idéntica a la del Art. 127 del Texto de 1994), la doctrina jurisprudencial tradicional venía interpretando que quedan fuera de la responsabilidad solidaria del empresario cedente por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social cuando la prestación se causara con posterioridad a la transmisión pero sobre la base de un incumplimiento de las obligaciones del empresario cedente, lógicamente con anterioridad a la transmisión. Y ese límite no podía derivarse de las previsiones del artículo 44 del ET, porque con respecto a las obligaciones nacidas con anterioridad a la sucesión durante tres años se ceñía únicamente a las obligaciones laborales, no a las de seguridad social, lo que conducía a la aplicación del Art. 127.2 de la LGSS de 1994, (referida específicamente a seguridad social) precepto en el que se establecía claramente que la responsabilidad solidaria venía referida exclusivamente a las prestaciones “*causadas*” con anterioridad a la sucesión, no a las posteriores. Se identificaba por tanto la causación de la prestación con el momento en que se producía la declaración o reconocimiento del derecho a la misma.

Tal interpretación suponía dejar fuera de la garantía de solidaridad a todas aquellas prestaciones que se causaran con posterioridad a la sucesión, pero con base en incumplimientos anteriores.

Esta interpretación se vio modificada por las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (Rcud 2057/2014) y de 13 de octubre de 2015 (Rcud 2166/2014), en las que analizando el significado del artículo 127.2 de la entonces vigente LGSS, se concluyó que la expresión “*causadas*” que el precepto utiliza, no podía ser interpretado en sentido formal y alusivo a las prestaciones “reconocidas” con anterioridad a la subrogación, sino que debía aplicarse una interpretación material, como prestaciones “generadas”, más acorde con la propia terminología empleada y más razonable, añadiendo que el mandato del referido precepto ha de comprender las prestaciones ya reconocidas antes de la sucesión, así como las que se hallasen “*in fieri*” a la fecha del cambio empresarial.

3. Naturaleza del recargo

La naturaleza del recargo es una cuestión clave para determinar el alcance de su transmisibilidad, siendo una materia que se ha venido tratando con mucha indefinición y confusión por la jurisprudencia y la doctrina, habiendo pasado de su consideración como sanción, a la de indemnización y a la híbrida.

El recargo aparece inicialmente como una indemnización adicional, pero ya en el Decreto de 22 de junio de 1956, que aprueba el Texto Refundido de la Ley y Reglamento de Accidentes de Trabajo, se califica claramente como una sanción.

A partir de la STS de 2 de octubre de 2000, rcud 2393/1999 (con ocho votos particulares) la jurisprudencia se decantó por sobrepesar la naturaleza sancionadora del recargo, subrayando la función fundamentalmente preventiva del recargo, destacando que en una sociedad con tan elevados índices de siniestralidad, la finalidad del recargo es la de evitar accidentes de trabajo por infracciones empresariales de la normativa de prevención de riesgos, de manera que lo que se pretende con esta figura es impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad. Así pues, a partir de esa sentencia de 2 de octubre de 2000, queda fijado el criterio de que el recargo se aproxima a una sanción con una finalidad preventiva.

Las dificultades para establecer de forma tajante el carácter sancionador o indemnizatorio del recargo, abrieron la puerta a una “tercera vía interpretativa”, que aboga por predicar la naturaleza “sui generis”, mixta o híbrida del recargo, señalando que se trata de una figura compleja, que presenta algunos matices que lo aproximan al ámbito de la sanción, si bien otros lo separan de tal configuración, especialmente en atención al destinatario del recargo, por lo que se acaba indicando que el recargo tiene un contenido punitivo-represivo para el empresario y un componente reparador-indemnizatorio para el trabajador.

Los argumentos favorables a la transmisión del recargo parten de la consideración del mismo como una figura híbrida, orillando el concepto personalista del daño punitivo, de empresario infractor que lo harían no susceptible de transmisión, y añadiendo que el recargo no es propiamente una sanción sino una consecuencia prestacional de la infracción, lo que permite la solidaridad con la empresa subrogada.

En algunas sentencias los tribunales han venido manteniendo que en los supuestos en que la sucesión suponía la desaparición jurídica de la empresa que anteriormente ostentaba la condición de empleador, el nuevo empleador viene a constituirse como “*empresario infractor*” al asumir la personalidad del anterior en cuya posición anterior se subroga, convirtiéndose en continuador de la personalidad jurídica del anterior, de manera que es la misma y única personalidad jurídica la que se prolonga en el tiempo.

La STS de 18 de julio de 2011, rcud 2502/2010 prioriza el carácter sancionador del recargo para negar la posibilidad de transmisión, haciendo especial hincapié en el concepto de “*empresario infractor*”. En esta sentencia se analiza la transmisibilidad del recargo, dependiendo de si se entiende que es de carácter personalísimo y sancionador, o si predomina su naturaleza prestacional, cuestiones ambas íntimamente relacionadas entre sí, y recuerda que pese a que la Sala IV había

destacado años atrás el carácter sancionador del recargo, en los últimos tiempos se había impuesto la consideración de la naturaleza dual o mixta, abogando por la idea de que el recargo es “una indemnización con función disuasoria o punitiva” diferenciándose de la indemnización típica con función resarcitoria y también de la multa o sanción administrativa de contenido pecuniario, destacando que el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios, sin descartar la innegable faceta prestacional del recargo. Indica la STS de 18 de julio de 2011 que aunque el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en supuestos de sucesión de empresa, conforme al artículo 127.2 de la LGSS, sin embargo no puede perderse de vista su función punitivo/preventiva y la determinante idea del “*empresario infractor*” que utiliza el artículo 123 de la LGSS, de ahí que siendo sólo atribuible de forma exclusiva a la empresa incumplidora de los deberes en materia de seguridad, la responsabilidad que comporta el recargo, cualquiera que sea el momento de su declaración, es intransferible por la vía de la sucesión de empresa.

Con la STS 23/3/2015, rcud 2057/2014, se cambia radicalmente el criterio, admitiendo la transmisibilidad del recargo, indicando que debe acudirse a las previsiones del artículo 127 de la LGSS, cuyo apartado 2.º (actual Art. 168.2 del Texto de 2015) dispone que en caso de sucesión el adquirente responderá solidariamente con el anterior de las prestaciones de Seguridad Social¹⁴.

Añade el TS que aunque el artículo 127.2 se refiere a las prestaciones y no al recargo, debe efectuarse una interpretación integradora y colmar la laguna legal atendiendo al sentido de la expresión “*prestaciones causadas*” que permitirá subsumir el recargo en dicho precepto.

La sentencia propugna una interpretación analógica y extensiva del Art. 127 LGSS (actual Art. 168), para alcanzar también al recargo y poder calificarlo como una prestación, a estos efectos, en base a los siguientes argumentos:

- Su regulación por la LGSS se contiene en la Sección II, titulada “*Régimen General de las Prestaciones*”, ubicada en el Capítulo III, denominado

14 STS 23-3-2015 rcud 2057/2014: “*Reconsideración del tema.- Es claro que nuestra precedente doctrina se basaba en una consideración mixta del recargo, en la que el aspecto punitivo del mismo [reflejado en la especiales prescripciones del art. 123LGSS] obstaculizaban el mecanismo subrogatorio previsto en el art. 127.2 LGSS . Pero un nuevo examen de la cuestión -previo a la publicación de la STJUE 05/Marzo/2015 - nos ha llevado a conclusión diversa, pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivo/sancionadora en el marco de una naturaleza compleja, por presentar tres finalidades diversas [preventiva, sancionadora y resarcitoria] y articularse su gestión -reconocimiento, caracteres y garantías- en forma prestacional*”.

“*Acción Protectora*” y dentro del Título II, Régimen General de la Seguridad Social.

- La competencia para imponer el recargo corresponde a la misma entidad que tiene atribuida la gestión de las prestaciones económicas de Seguridad Social, el INSS.
- El procedimiento para imponerlo se rige por las mismas reglas que las prestaciones.
- El artículo 123 indica que los caracteres de las prestaciones del artículo 40 son atribuibles al recargo.
- Ha de ser capitalizado por la TGSS y es posible su recaudación por vía ejecutiva, igual que si se tratara de garantizar una prestación.
- Está sujeto al mismo plazo de prescripción que las prestaciones (5 años).
- Al utilizar el artículo 123 el término prestaciones, aunque no sea posible atribuirle esa genuina naturaleza al recargo, sí que es posible su asimilación a las prestaciones.

La STS 23-3-2015 aplica el fundamento de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13, Portugal) la cual, a su vez, aplica la doctrina mercantil al ámbito laboral. En la sentencia del Tribunal Europeo se declara la transmisibilidad a la sociedad absorbente de una multa por infracciones laborales cometidas por la empresa absorbida, infracciones que, aunque cometidas con anterioridad a la absorción, son sancionadas en fecha posterior a aquella.

El TJUE analiza el contenido del artículo 19.1 de la Directiva 78/855 (posteriormente sustituida por la 2011/31/UE), relativa a las fusiones de sociedades anónimas; el mencionado precepto dispone que la fusión produce ipso iure y simultáneamente, la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente, como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la absorbente; los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la absorbente, y la sociedad absorbida dejará de existir. De no aceptarse la transmisión, ello se opondría a la propia naturaleza de la fusión por absorción que consiste en la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad absorbida a la absorbente; añade la Sentencia del TJUE que el concepto de “tercero” que aparece en el artículo 19 de la Directiva es mucho más amplio que el de acreedores, obligacionistas o no.

A la vista de tal pronunciamiento, el TS sostiene que si bien con anterioridad a la sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2015 podía sostenerse que la Directiva 78/855 no alcanzaba a una materia como la posible transmisión del recargo, a la vista del concepto uniforme de los términos “activo” y “pasivo” dado por el TJUE, la amplitud del mismo permite incluir las responsabilidades derivadas de infracciones

laborales y por ello, tanto en aplicación de esta sentencia, como por la eficacia aplicativa indirecta -vía hermenéutica- de la Directiva 78/855, ha de entenderse que es transmisible el recargo en estos casos de sucesión empresarial.

Aunque la sentencia del TJUE analiza exclusivamente un caso de fusión por absorción, la sentencia del Tribunal Supremo de 23-3-2015 considera que también quedarían afectados otros supuestos, como los de fusión por constitución, escisión, fenómenos de transformación y los de cesión global de activos y pasivos o sucesión universal.

Conforme a todos esos razonamientos, el Tribunal Supremo acaba concluyendo que URALITA S.A. es responsable de los recargos de prestaciones que traigan causa de incumplimientos preventivos de ROCALLA S.A., empresa que había pasado a ser, tras sucesivas fusiones y absorciones, Uralita S. A.¹⁵

VI. Empresas de trabajo temporal

El marco normativo regulador de la materia se encontraría en ellos arts. 16.2 del E.T. y 42.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto). El primero de los preceptos citados dispone: *“La empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social a que se refiere el artículo 93 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo 86 en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene”*.

Art. 42.3 LISOS: *“En las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, y sin perjuicio de las responsabilidades propias de éstas, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.*

Los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno”.

La regla general es que será la empresa usuaria la responsable de la protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores, así como del recargo de las prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que

15 La doctrina unificada se ha mantenido en las posteriores sentencias de la Sala IV, entre otras, 502/2016, de 8 de junio; 725/2016, de 13 de septiembre; 336/2017; de 20 de abril, y 545/2017, de 21 de junio.

tenga lugar en su centro de trabajo, y durante el tiempo de vigencia del contrato, y tengan por causa por falta de medidas de seguridad e higiene.

No se impondría por tanto el recargo de prestaciones a la empresa de trabajo temporal salvo que ésta no haya adoptado las medidas necesarias para que los trabajadores reciban la suficiente información sobre los riesgos laborales con los que se van a encontrar en su puesto de trabajo, con antelación al inicio de su trabajo. También tienen que recibir la correspondiente formación.

Por lo tanto, procede declarar la responsabilidad de la ETT cuando incumpla dichas obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud, y esa falta de formación fuese una de las causas por las que se produjeron el accidente del trabajador. Artículo 12 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, Reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal.

Por último, tenemos que señalar que pueden encontrarse supuestos en los que se impute solidariamente la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones de la empresa usuaria y de la ETT cuando las lesiones sufridas por el trabajador tienen su causa en incumplimientos conjuntos de la usuaria y de la empresa de trabajo temporal, aunque la doctrina mantiene discrepancias a este respecto, ofreciendo criterios alternativos como solución, entre ellos el de declarar la responsabilidad subsidiaria de la empresa de trabajo temporal en estos casos

VII. Servicios de prevención externos

Mayores controversias suscita en la doctrina la responsabilidad en el recargo por parte de los servicios de prevención externos ex art. 2.9. de la L.I.S.O.S., o igualmente a entidades formativas, o entidades auditoras, existiendo criterios encontrados, aunque mayoritariamente admiten la reparación al empresario por errores del servicio de prevención ajenos por vías distintas (civil, etc.) a la de la solidaridad en el recargo.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9-9-2022, recurso 500/2022 conoció de un supuesto en el que la empresa tenía concertada la prevención de riesgos laborales con un servicio de prevención que incumplió sus obligaciones, habiendo resultado lesionado el trabajador en accidente de trabajo que conllevó la amputación de un brazo, sentencia que viene a excluir la solidaridad del recargo en estos supuestos.

La sentencia sostiene que el criterio de atribución de responsabilidades en materia de recargo implica que en el concepto de empresario infractor tiene cabida toda empresa que haya incumplido los deberes en materia preventiva que tenía asumidos en su esfera de responsabilidad y, a consecuencia de ello, haya tenido una participación causalmente relevante en la producción de un accidente laboral que ha generado prestaciones de seguridad social. Pero con la precisión de que la

empresa que puede considerarse infractora ha tenido que haber participado en la ejecución del proceso productivo propiamente dicho en que ha tenido lugar el accidente, y haber mantenido alguna clase de obligación con el trabajador accidentado por causa de esa concreta participación a título de empleadora, bien directa, bien como contratista o subcontratista de esta, bien como sucesora de una u otras.

No hay constancia de ninguna resolución del Tribunal Supremo que haya extendido la responsabilidad en el recargo de prestaciones a una entidad que hubiera realizado la actividad preventiva de la empresa donde prestase servicios el trabajador accidentado. La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a una empresa y contratados por ésta incluye tanto el diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa como la evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los de los trabajadores. Pero no parece que en principio, por ello pase a participar en el proceso productivo de la empresa que contrata ese servicio, ni por ende, nacería vínculo laboral de ninguna clase entre la empresa que presta ese servicio y los trabajadores de la empresa con la que ha contratado la actividad preventiva. En la materia que ahora tratamos, la competencia del orden social solo se extiende al empresario infractor identificado de acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, sin que la sentencia comentada considere que en tal concepto de empresario infractor tengan cabida las entidades que asumen la planificación de la acción preventiva de otra empresa, como tampoco las empresas fabricantes, instaladoras, mantenedoras o reparadoras de un equipo, las que proporcionan materiales cuyos defectos dan pie a un accidente laboral, ni tampoco los servicios de inspección oficiales que, debiendo hacerlo, no detectan ese defectuoso funcionamiento. De darse alguno de los supuestos que se acaban de mencionar, la empresa donde presta servicios el trabajador accidentado será considerada como el empresario infractor que responde frente a él, sin perjuicio de que la misma pueda ejercitar los mecanismos legales de resarcimiento que procedan contra quien contribuyó al nacimiento de su responsabilidad (art. 1901 CC).

Se parte por tanto de la diferente naturaleza de las pretensiones judiciales dirigidas a establecer los sujetos responsables del pago de una prestación de seguridad social, los responsables de una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente laboral y el recargo de prestaciones de seguridad social. La distinción es trascendente porque el recargo de prestaciones tiene una regulación definida de sujetos responsables en la que no entra quien hace la evaluación de riesgos preventivos. Si no lo entendiéramos así, resultaría que, de la misma manera que se pudiera pretender la responsabilidad de la empresa que asumió externamente la actividad preventiva, así también podría pretenderse la responsabilidad en el recargo de prestaciones de los trabajadores que, constituyendo el equipo de prevención interno de la empresa, hubieran actuado negligentemente. Por tanto,

el sujeto responsable en el pago del recargo de prestaciones de seguridad social ha de ser un empresario que participe directamente en el proceso productivo y de ahí que la jurisprudencia solo extienda esa responsabilidad entre el empresario directo o propio del trabajador accidentado, el contratista o subcontratista del empresario principal y el sucesor de alguno de los anteriores, pero no más allá.

Resulta de interés, sin embargo, poner en tela de juicio si el indicado criterio puede ser objeto de un nuevo planteamiento que no necesariamente tiene que partir del empresario como único responsable, pudiendo barajarse situaciones de solidaridad en la responsabilidad en el seno de un mismo procedimiento, evitando el planteamiento de acciones posteriores resarcitorias por parte de empleador, con el correspondiente encadenamiento de litigios que pudieron ventilarse en unidad de procedimiento y de acto, con todos los mecanismos alegatorios, probatorios y de contradicción que permitan obtener un resultado único y sin posteriores dilaciones ni reclamaciones que con mucha probabilidad nunca lleguen a instarse. No en vano, aun cuando es el empresario infractor la figura central de todo el sistema de responsabilidades en un accidente de trabajo, y por tanto el que mantiene la conexión directa con el trabajador en las consecuencias del siniestro, en la prevención están involucradas muchas personas y entidades en la cadena de intervenciones en el acaecimiento del siniestro. Merecería la pena un replanteamiento de la materia y una visión crítica de las posiciones ahora consolidadas, máxime si como hemos ya advertido en capítulos previos de este trabajo, el empresario infractor puede devenir insolvente.

VIII. Intervención de terceros en el siniestro. Culpa “in vigilando” y responsabilidad vicaria en el recargo de prestaciones

La responsabilidad civil por los actos de los empleados -con origen en el artículo 1903 del Código Civil- supone la obligación de reparar los daños causados culposamente por los auxiliares (empleados) del empresario en la realización de su actividad. La denominada “responsabilidad vicaria”, supone el establecimiento de esa responsabilidad sin que intervenga la culpa del empleador, quien responde civilmente por los actos de su auxiliar que no respeten “el estándar de conducta exigible”, que no actúe con la diligencia exigible y cause un daño.

El criterio del Tribunal Supremo y de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, ha venido a asumir la teoría de la “*ocasionalidad relevante*” para resolver las situaciones en las que el accidente de trabajo resulta de hechos derivados de la actividad laboral en sí, sino también de los que se producen por acontecimientos colaterales al trabajo. Ello encuentra su base en la redacción amplia del concepto de accidente de trabajo (“*con ocasión o por consecuencia*” art. 156.1 LGSS)¹⁶.

16 SSTSJ Galicia 15 septiembre 2020 (rec.5979, 2009, JUR 2020, 307998), Asturias 20 mayo 2020 (rec. 3001/2019), Aragón 20 enero 2020, (rec. 674/ 2019), 18 octubre 2019 (rec. 2520/2019),

En relación con la intervención de un tercero habría que distinguir dos supuestos. En principio no será responsable el empresario del acto de un tercero ajeno a la empresa, salvo supuestos excepcionales en que tuviera que haber previsto los riesgos de la actuación de empleados de las empresas con las que contrató algún servicio, pues son casos en los que el accidente ocurre dentro de sus instalaciones y por causas que debió prever. (para el caso de indemnización por daños y perjuicios) o de forma más estricta, cuando haya un incumplimiento particular o general de normas de prevención (para la imposición del recargo). Cuando se trata de acciones de un tercero empleado por el empresario; un compañero del accidentado, en este supuesto se parte de una inexistencia de responsabilidad objetiva y la exigencia de un principio de culpa que determine la responsabilidad del empleador, así como que sea el empresario es quien viene obligado a probar que obró con la diligencia debida: se deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador.

Son numerosos los supuestos que pueden producirse en relación con la intervención de terceros: actos dolosos de tercero, actos imprudentes de terceros, actos imprudentes del compañero de trabajo y del accidentado, actos dolosos de un compañero en el lugar de la prestación laboral, actos imprudentes de tercero en el lugar de la prestación o en el centro de trabajo, acoso en el trabajo, actos dolosos de tercero en empresas de servicios en centros con usuarios internos, actos dolosos o imprudentes de un compañero de trabajo o de terceros acaecidos in itinere o en misión.

Del examen de toda esta casuística se concluye, como hilo conductor, que la responsabilidad del empresario por los actos lesivos que se produzcan en la esfera del ámbito de aplicación del contrato de trabajo, se caracteriza por una tendencia al alza hacia una responsabilidad expansiva y objetiva. Por otra parte, para que se aplique la contingencia profesional de accidente de trabajo, es necesario que exista una conexión con la prestación laboral; bien en la agresión dolosa cuando la relación entre las partes implicadas resida en un motivo de trabajo, bien en el encuentro doloso fortuito en el que las partes no se conocen, pero el trayecto de ida o vuelta al trabajo es lo que conserva la relación causal.

Ahora bien, en lo que estrictamente al recargo se refiere, para su imposición se exige la culpa de la empresa de forma más rigurosa que cuando tratamos de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados por actos de los empleados o terceros en conexión con el empresario o el trabajo. En efecto, en el caso del recargo la responsabilidad administrativa en que consiste y su vertiente sancionadora, obligan a interpretar esa responsabilidad de forma estricta (STC 81/1995).

En los casos de “*responsabilidad vicaria*” por el acto del empleado, pero sin culpa del empresario a quien se le hace responsable del acto de otro, por no haber controlado debidamente su actividad, la misma se impone sin culpa, lo que implicaría en numerosos supuestos la ausencia de recargo de prestaciones, lo que nos lleva al examen de una gran casuística para determinar el resultado.

En apoyo de esta solución pueden citarse los artículos 4-2, 12-A y 16, números 1 y 2 del Convenio 155 de la OIT que nos dicen que deben tomarse medidas “*razonables y factibles*” y la STS nº 149/2019, de 28 de febrero, recurso 508/2017, donde al no existir infracción imputable a la empresa, ni medió culpa en la actuación negligente de un supervisor del trabajador accidentado que supuso el siniestro, no procede recargo de prestaciones.

IX. Bibliografía

“Accidente de trabajo en empresa subcontratista, recargo de prestaciones y responsabilidad solidaria de la principal (STS 19/09/18, rec. 144/2017)”, 22 octubre, 2018 ibdehere, Comentarios Jurisprudencia.

“A vueltas con la responsabilidad de los Servicios de Prevención Ajenos de los recargos de prestaciones impuestos a las empresas clientes”, 24/11/2020. En: Actualidad, Artículos Sin Comentarios.

Andersenta & Legal, “*La acción de repetición frente al empresario deudor solidario*”, Derecho Laboral, Comentario 15-5-2020.

Casas Baamonde, María Emilia, “*Responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo en contratas y subcontratas. La responsabilidad civil solidaria como solidaridad impropia*”, Revista de Jurisprudencia Laboral, Nº 6/2021.

Cuadros Garrido, María Elisa, “*Actos criminales e imprudentes de tercero y accidente de trabajo*”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, Nº 29 (4º Trimestre 2021) Estudios Doctrinales

Domínguez Martín, Almudena, “*Giro de 180º en la transmisión de la responsabilidad del recargo de prestaciones*”, 15 marzo 2016, Área Laboral, Departamento de contenidos.

Heredia, Beltrán, “*Sucesión de empresa y responsabilidad por recargo de prestaciones (STS 23.3.15)*”, 11 junio, 2015 ibdehere Comentarios Jurisprudencia.

Igartua Miró, María Teresa “*Carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España*”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 2, núm. 2, abril-junio de 2014.

López Cumbre, Lourdes, “*Recargo de las prestaciones en empresas fusionadas*” 2016.

Pose Vidal, Sara María, “*Sucesión de empresas y subrogaciones convencionales*”, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ nº 7, 2018.

Sicre Gilabert, Fernando, “*Sujetos responsables del pago del recargo*”, 2018.

